

HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL

Atn. M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

E. S. D.

REFERENCIA: EXPEDIENTE T-8.436.289. Acción de tutela instaurada por Sara en contra de la Sociedad SAS propietaria de La Clínica y El Médico

ASUNTO: Oficio N. OPTC-030/22

EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO, ENRIQUE SANTAMARÍA ECHEVERRÍA y LEIDY XIMENA MORA GÓMEZ, en nombre del **CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO** de la **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**, mediante el presente escrito presentamos respuesta a las preguntas formuladas en el auto de treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022) de la Honorable Corte Constitucional en el proceso de referencia.

Concretamente, responderemos sucintamente los siguientes interrogantes planteados por la Corte:

- a. ¿Cuáles son los criterios o principios que deben considerarse para definir la naturaleza, condición o estatus de los embriones criopreservados?
- b. ¿Qué tipo de intereses o derechos surgen respecto de los embriones criopreservados? ¿en quién o quiénes se radican dichos intereses o derechos?
- c. ¿Cuáles son los criterios, reglas o principios que deben considerarse para resolver las tensiones o conflictos que pueden surgir entre los titulares de intereses o derechos respecto de los embriones criopreservados? ¿deben establecerse reglas diferentes según se trate de fecundación homóloga o heteróloga?
- d. ¿Cuáles son las condiciones que deben cumplirse a efectos de obtener el consentimiento relativo a la destinación del embrión? ¿cuáles son los criterios, reglas o principios que deben ser considerados en el análisis de la revocación del consentimiento para el uso de los embriones?

La estructura del presente escrito es la siguiente: la primera sección (1) resolverá la pregunta a, la segunda sección (2) la b y la tercera sección (3), las preguntas c y d conjuntamente.

1.

¿Cuáles son los criterios o principios que deben considerarse para definir la naturaleza, condición o estatus de los embriones criopreservados?

A propósito de la existencia de óvulos fecundados¹ en los bancos de gametos y embriones no es extraño encontrar en la legislación o en la doctrina la expresión preembrión para referirse a tales entidades biológicas hasta cierto límite formal como los 14 días, o hasta cierto punto de su desarrollo biológico². Aún sin utilizar tal término, aparece clara la tendencia a establecer límites normativos fundados en criterios biológicos como piedra de toque para legitimar determinadas actuaciones, generalmente relacionadas con la investigación científica.

En relación con los óvulos fertilizados *in vitro*, en fase de cigoto, mórula o blastocisto³ pareciera haber consenso sobre su naturaleza humana⁴. Las dudas surgen especialmente, en el campo de la biología, a la hora de resolver cuándo aparece el individuo humano y, para el derecho y la bioética, a la hora de decidir sobre su inclusión o no en las categorías tradicionales de persona o

¹ Es el término que utiliza el código penal colombiano en su artículo 134.

² España, Ley 14 de 2006, artículo 1.2: A efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. En el Reino Unido, la ley de fertilización humana y embriología (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990) también se refiere a los 14 días para marcar el límite de algunas actuaciones: Artículo 3. 3 Ningún permiso podrá autorizar a: a) almacenar o utilizar un embrión después de que haya aparecido la línea primitiva. 4. A los efectos de la letra a) del apartado 3 precedente se considerará que la línea primitiva ha hecho su aparición al final del periodo de catorce días que comienza el día en que los gametos se mezclan, sin que se compute a estos efectos el tiempo durante el cual pueda permanecer el embrión almacenado. En Colombia, el Decreto 1546 de 1998, artículo 1, definía al donante de gametos y preembriones como “(...) la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados con fines terapéuticos o investigativos”; este artículo fue modificado por el decreto 2493 de 2004. Este decreto pareciera distinguir entre óvulos fecundados y preembriones. Por ejemplo, el Decreto define Receptora como “(...) la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el óvulo no fecundado, fecundado, o un preembrión, con fines reproductivos.”

³ El profesor Jairo Rivera propone el término **cimoblasto** para referirse a la entidad que se forma después de la fecundación, desde el estadio de cigoto hasta aquél de blastocisto. Jairo Rivera Sierra, “La vida humana *in vitro*, un espacio constitucional de disponibilidad para la investigación. Universidad Externado de Colombia, Colección de publicaciones del Centro de Estudios sobre Genética y Derecha No. 5. 2012, p. 583

⁴ Lacadena sostiene que, en tanto el cigoto es una entidad distinta de los gametos que dieron origen a su formación, y por cuanto el cigoto tiene un programa genético específicamente humano, es posible predicar que la vida surgida es humana. Lacadena, Juan Ramón (2002). *Genética y bioética*. Madrid: Editorial Desclee De Brouwerl, p. 61. En el mismo sentido, Rivera sostiene que en el período cimoblasto “encontramos vida humana, pero no hay individualización, ni unicidad, porque estas características se dan antes de concluir el proceso de anidación.” Jairo Rivera Sierra, “La vida humana *in vitro*, un espacio constitucional de disponibilidad para la investigación. Universidad Externado de Colombia, Colección de publicaciones del Centro de Estudios sobre Genética y Derecha No. 5. 2012, p. 588.

cosa y acordar la forma de protegerlos⁵. Para estas disciplinas surgen interrogantes cuyas respuestas determinarán, en mayor o menor medida, los

derechos en cabeza de las diferentes partes con algún interés en los embriones in vitro (*e.g.* donantes y aportantes de gametos, unidades de biomedicina reproductiva, terceros)⁶. Si son cosas, ¿de qué tipo se tratará? ¿Estarán en el comercio, o por fuera de este? ¿Podrán ser objeto de contratos y otro tipo de negocios jurídicos?. Si son personas, ¿desde qué momento? ¿Se tratará de entidades que pueden transitar de una categoría a otra? ¿O son necesarias nuevas categorías jurídicas para su comprensión?

Mientras los debates teóricos se adelantan con fervor⁷, el derecho ha optado por proteger los embriones in vitro que aún no se han transferido al útero con criterio que podríamos calificar de práctico, obviando el problema de su posible inclusión en una de las dos grandes categorías de persona y cosa y reconociendo, por lo menos en forma indirecta, su diferencia con el nasciturus o embrión in útero (*qui in utero est*)⁸.

En el derecho europeo, varios países han optado por acordar la protección del embrión in vitro como categoría independiente; así, el informe Warnock que en el Reino Unido sirvió de base para la aprobación de la ley de 1990 sobre embriología y fertilización humana, expresa directamente que el embrión debe ser protegido⁹; en Alemania el 13 de diciembre de 1990 se promulgó la ley n. 745/90 sobre protección de embriones y en España, la ley 14 de 2006, tiene por objeto, entre otras cosas, regular los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados (artículo 1. 1. c).

En Colombia, la Corte Constitucional en la famosa sentencia C-355 de 2006 señala que el embrión (en ese caso in útero o nascituro) no es persona, pero que la vida del embrión es un bien constitucionalmente protegido que el legislador, dentro de su libertad de configuración, puede proteger incluso con medidas penales.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica estableció que no es posible considerar que el embrión in vitro sea persona en los términos del artículo 4 de la Convención Americana¹⁰ y precisa que el término “concepción”

⁵ De acuerdo con la recomendación 42 y 43 de la Comisión Warnock en el Reino Unido “(e)l embrión humano debe recibir algún tipo de protección legal. 43. Cualquier uso no autorizado de un embrión in vitro constituirá en sí mismo un delito. Disponible en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F63D224C3E609CEF05257D4A0078994E/\\$FILE/INFORME_WARNOK.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F63D224C3E609CEF05257D4A0078994E/$FILE/INFORME_WARNOK.pdf). Consultado por última vez el 19 de febrero de 2022.

⁶ Para mayor detalle, véase la sección 2 de este escrito.

⁷ Cfr., por ejemplo, Busnelli, Francesco D., Bioética y derecho privado, traducción de Olenca Woolcott y Nélvor Carreteros, Lima, Grijlet, 2003, cap. 5; Femenia López, Pedro, Estatus jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro. Tesis doctoral, Universidad de Alicante; Lejeune, Jerome, ¿Qué es el embrión humano, Madrid, Rialp, 1993.

⁸ Persona antes de nacer, mientras permanece en el claustro materno, definición en Oxford languages.

⁹ Ver nota al pie 5.

¹⁰ La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos

incluido en el mencionado artículo, debe entenderse, a la luz de los desarrollos de las técnicas de reproducción humana asistida, como completa cuando ha sucedido la implantación del embrión. En palabras de la Corte:

“(..).Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer¹¹ sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...). 187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede (...) 189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.”

Ahora bien, en relación con el estatus jurídico del embrión humano in vitro en el período de cimoblasto¹², Rivera ha identificado dos modelos jurídicos distintos para su caracterización. El primero, denominado “desconocimiento jurídico del período cimoblasto”, “superposición del estado embrionario a la etapa cimoblastaria” o “aplicación anticipada del período embrionario”; el segundo denominado “reconocimiento jurídico del período cimoblasto”.

De acuerdo con el primer modelo, el embrión y el cimoblasto son entidades idénticas, titulares de derechos fundamentales y personalidad jurídica¹³.

El segundo modelo acepta la existencia de vida humana desde el período cimoblasto, pero niega la posibilidad de que éste sea considerado persona y por tanto tampoco le reconoce personalidad jurídica ni capacidad de gozar de derechos fundamentales como el derecho a la vida, al libre

artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

¹¹ Actualmente se anuncian investigaciones exitosas sobre la creación de úteros artificiales para el desarrollo de embriones animales como ratones y primates.

¹² Ver nota al pie 3.

¹³ Rivera Sierra, Jairo “La vida humana in vitro, un espacio constitucional de disponibilidad para la investigación. Universidad Externado de Colombia, Colección de publicaciones del Centro de Estudios sobre Genética y Derecha No. 5. 2012, p. 590.

desarrollo de la personalidad, el derecho a nacer a la dignidad o la integridad personales¹⁴. De acuerdo con el autor, este modelo está consolidado en la jurisprudencia colombiana¹⁵.

Para Femenía López el embrión no puede encuadrarse en ninguna de las categorías que conforman el binomio persona-cosa, si bien pertenece a la especie humana y “contiene una característica esencial que le hace elevarse por encima de todas las demás cosas: la posibilidad de llegar a convertirse en persona. Esto, por supuesto, no significa que sea un equivalente a la persona humana, pero sí implica que comparte la dignidad asociada a la misma”¹⁶.

En la misma línea de Femenía López, Iñigo de Miguel Beriain considera que el embrión no debe considerarse sujeto, ni objeto, pero puede en cambio afirmarse que es un ser humano en un estado pre-concepcional, “es un ser que llegará a convertirse en sujeto de derechos, y esa es, precisamente, la razón por la que no debería ser tratado como un objeto”¹⁷.

En Colombia, la protección que el Derecho, en sus distintas “ramas” dispensa a la vida humana parece dividirse según etapas bien marcadas; por ejemplo, el derecho penal tipifica y sanciona de manera diferente el aborto y el homicidio (en su época, el infanticidio), en el Código civil la consolidación de los derechos del que está por nacer se condiciona al nacimiento con vida; si el nacimiento en esta condición no se produce, se entenderá que la criatura nunca existió¹⁸. En el terreno de las patentes la protección del embrión se realiza excluyendo de patentabilidad “la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales”¹⁹.

¹⁴ Rivera Sierra Jairo, “La vida humana in vitro, un espacio constitucional de disponibilidad para la investigación. Universidad Externado de Colombia, Colección de publicaciones del Centro de Estudios sobre Genética y Derecha No. 5. 2012, p. p. 591.

¹⁵ Según el profesor Rivera, la sentencia C-355 de 2006 es un ejemplo de este modelo. Véase Rivera Sierra Jairo “La vida humana in vitro, un espacio constitucional de disponibilidad para la investigación. Universidad Externado de Colombia, Colección de publicaciones del Centro de Estudios sobre Genética y Derecha No. 5. 2012, p. p. 597.

¹⁶ Femenía López, Pedro. Estatus jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro. Tesis doctoral, Universidad de Alicante, p. 38

¹⁷ Beriain, Iñigo de Miguel. El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico. Comares, S.L. Granada. 2004

¹⁸ Código Civil Colombiano, Artículo 90: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”

¹⁹ Artículo 6, apartado 2, letra c, de la Directiva 98/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. El Tribunal europeo de justicia (18/10/11), definió el embrión de la siguiente manera: “Constituye un embrión humano todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis...En algunos de estos casos el problema que se plantea la Corte podría presentar interrogantes más complejos.”

En todo caso, definir el estatus o naturaleza jurídica del embrión debe obedecer tanto a principios éticos,²⁰ como a criterios científicos y éticos²¹. Si bien los Estados cuentan con esta potestad, pueden acudir a instrumentos internacionales marco, en los que se establecen principios que sirven de guía para legislar sobre asuntos biológicos, por ejemplo la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

2.

¿Qué tipo de intereses o derechos surgen respecto de los embriones criopreservados? ¿en quién o quiénes se radican dichos intereses o derechos?

En términos generales, las siguientes personas pueden tener un interés sobre los embriones criopreservados: (i) los donantes de gametos y embriones, (ii) los aportantes de gametos, (iii) las unidades de biomedicina reproductiva o centros similares encargadas de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y, en algunas ocasiones (iv) los herederos de uno o de ambos miembros de la pareja.

Son **donantes** las personas que permiten a las instituciones autorizadas la obtención y utilización de sus gametos con el fin de aplicar las TRHA en favor de terceros, generalmente escogidos por la misma institución.

En el caso de los **aportantes** la autorización mencionada se da exclusivamente para aplicar las TRHA en su cónyuge o compañero (a) permanente.

Las **unidades de biomedicina reproductiva** son, en los términos del artículo 2 del Decreto 1546 de 1998,

“todas aquellas que prestan servicios de estudio, asistencia, tratamiento e investigación en salud reproductiva con especial énfasis en la infertilidad de la pareja, incluyendo actos quirúrgicos de diagnóstico y tratamiento con técnicas de reproducción asistida que contemplan la obtención de preembriones, que vayan en beneficio de la recuperación de la fertilidad tanto de la mujer como del varón, la obtención de material biológico con el mismo fin y la posibilidad del logro de un embarazo.”

Los intereses y derechos de las personas aludidas pueden no ser coincidentes y dar lugar a debates y discusiones que frecuentemente se dejarán a la decisión de los jueces.

(i) Los aportantes

²⁰ “We have considered what status ought to be accorded to the human embryo, and the answer we give must necessarily be in terms of ethical or moral principles”. Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Chairman, Dame Mary Warnok, Dept. of Health and Social Security, London: Her Majesty’s Stationery Office, 1984, p. 60, 11.15, citado por Norman M. Ford. When did I begin?. Conception of the human individual in history, philosophy and science. p. 4

²¹ Ortega Daniela. Diferentes grados de protección jurídica para las primeras etapas del desarrollo embrionario. Tesis de grado. Universidad Externado de Colombia. No 87. 2018, p. 134, 11.

En el caso de los aportantes son varios los derechos cuya materialización podría depender de la transferencia de los embriones crioconservados al útero de una mujer²²: derechos reproductivos, derecho a formar una familia, derecho a la vida privada individual y familiar²³ y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros posibles.

En relación con el derecho a formar una familia, y en tanto los embriones in vitro viables tienen la potencialidad de convertirse en personas humanas, de su transferencia al útero dependerá que una pareja o una persona sola (en aquellos ordenamientos que así lo permiten), puedan conformar una familia de acuerdo con el derecho consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política.

En relación con los derechos reproductivos, los siguientes pueden verse también involucrados en el uso de embriones in vitro: el derecho a no procrear, a determinar libremente el número de hijos y los intervalos de nacimientos²⁴.

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el famoso caso *Costa y Pavan contra Italia*²⁵, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia y Murillo contra Costa Rica*²⁶ precisaron el alcance del contenido del derecho a la vida privada (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En el primer caso, el Tribunal Europeo sostuvo, con referencia a jurisprudencia previa, que:

*56. Under Article 8 of the Convention, the Court has also acknowledged a right to respect for the decision to become **genetic parents** (see *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. [44362/04](#), § 66, ECHR 2007-V, with the references cited therein) and concluded that Article 8 applies to heterologous insemination techniques for in vitro fertilisation (see *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. [57813/00](#), § 82, ECHR 2011) (negrillas fuera de texto).*

En el segundo caso, la Corte sostuvo que el derecho a la vida privada va más allá del ámbito de protección de la privacidad, e implica el respeto por la dignidad del individuo, la capacidad para desarrollar la personalidad, identidad, y definir sus propias relaciones personales. Especialmente, sostuvo la Corte que en el caso concreto se presentaba una especial combinación de distintos

²² En el estado actual de la técnica, pareciera que todavía no es posible llevar a cabo la exogénesis, es decir el desarrollo embrionario y nacimiento de una persona por fuera del útero de la mujer.

²³ Por ejemplo, los Casos *Costa y Paván contra Italia* y *Artavia y Murillo contra Costa Rica* discutidos abajo.

²⁴ Véase especialmente el artículo 16, numeral 1 literal e de la CEDAW: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...): e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”

²⁵ *Case of Costa and Pavan v. Italy*, (*Application no. 54270/10*). Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22costa%20pavan%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-112993%22%5D%7D>. Consultado por última vez el 19 de febrero de 2022.

²⁶ *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Consultado por última vez el 19 de febrero de 2022.

elementos de la vida privada: el derecho a fundar una familia y los derechos reproductivos de las personas. Así, el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva; el acceso a los servicios de salud reproductiva y el acceso a la tecnología médica. En palabras de la Corte:

“En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”²⁷.

En el mismo caso, la Corte relacionó estrechamente el derecho a la vida privada con el derecho a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con la Corte: *“la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”²⁸.*

(ii) Los donantes

En el caso **de los donantes** de gametos, a pesar de que estos en principios los ponen a disposición de las unidades de biomedicina reproductiva o centros similares para su uso en favor de terceros, es posible imaginar escenarios en los que, por especiales circunstancias, deseen usar sus gametos o los embriones creados en su propio favor, por ejemplo cuando, por razones de esterilidad o infertilidad sobrevenida, los embriones representan la última posibilidad de tener un hijo “biológico”²⁹.

(iii) Las UBR o centros similares

En el caso de las UBR, la ausencia de normas que regulen las consecuencias jurídicas de las técnicas de reproducción humana asistida, puede llevarlas a aplicar una medicina defensiva que puede perjudicar a las parejas o a los individuos que acuden en busca de solución para su infertilidad.

Las UBR vinculadas a centros de investigación también podrían tener interés en utilizar los embriones crioconservados para investigación cuando las parejas que originalmente acudieron a ellas no usan los embriones en su propia reproducción.

(iv) Los herederos de uno o de ambos miembros de la pareja

En el caso de la utilización de las TRHA después de la muerte del varón o la mujer (en las jurisdicciones en las que está autorizada la maternidad por encargo), entran en juego los intereses

²⁷ Ibid. para 146.

²⁸ Ibid. para para. 143.

²⁹ Entendemos en este caso por hijo biológico aquél vinculado genéticamente con el donante de gametos.

(¿derechos?) de los herederos³⁰. La ley española presume el consentimiento del varón premuerto, pero la mujer debe proceder a la aplicación de la técnica dentro del año siguiente a la muerte³¹.

También resulta interesante la situación de los herederos del segundo orden sucesoral. ¿Qué derechos tendrán los ascendientes de la pareja sobre los embriones crioconservados³²?

3.

¿Cuáles son los criterios, reglas o principios que deben considerarse para resolver las tensiones o conflictos que pueden surgir entre los titulares de intereses o derechos respecto de los embriones criopreservados? ¿deben establecerse reglas diferentes según se trate de fecundación homóloga o heteróloga?

y

¿Cuáles son las condiciones que deben cumplirse a efectos de obtener el consentimiento relativo a la destinación del embrión? ¿cuáles son los criterios, reglas o principios que deben ser considerados en el análisis de la revocación del consentimiento para el uso de los embriones?

Posibles conflictos sobre embriones crioconservados

En términos generales, es posible distinguir por lo menos tres situaciones en las que se pueden producir conflictos sobre los embriones in vitro: i. cuando no existen acuerdos previos de las partes sobre el destino de los embriones en caso de conflicto; ii. cuando existen estos acuerdos y; iii. cuando a pesar de existencia de los acuerdos una de las partes pretende desconocerlos mediante la revocación de su consentimiento.

³⁰ Nos preguntamos si estos derechos serán siempre meramente patrimoniales. ¿Un título nobiliario, por ejemplo, sería patrimonial?

³¹ Ley 14 de 2006, artículo 9: “*Premoriencia del marido. 1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.*

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.”

³² De manera anecdótica, pero no por eso indiferente para el derecho, s

hace unos años se conoció el caso un acaudalado matrimonio británico que extrajo semen de su hijo muerto para tener un nieto y hereder. Noticia disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/09/12/mundo_global/1536788105_293539.html. Consultado por última vez el 19 de febrero de 2022.

Anticipándonos a los problemas asociados al consentimiento informado, bástenos por ahora afirmar, como regla general³³, la revocabilidad del consentimiento hasta antes de la transferencia de los embriones crioconservados al útero³⁴. En esa medida, en caso de ruptura o muerte, cuando una de las partes del “proyecto parental” revoca su consentimiento surgirían problemas para la interpretación de los efectos de los acuerdos previos sobre la disposición de los embriones. La utilidad de estos acuerdos, en ausencia de legislación específica sobre la materia, estaría en brindar seguridad jurídica a las UBR para las actuaciones sobre los embriones crioconservados hasta antes de que una de las partes revoque su consentimiento. La práctica pareciera demostrar que las UBR han incorporado en los documentos de consentimiento informado (en adelante, CI) las previsiones correspondientes, aunque, reiteramos, podrían seguirse presentando discusiones. Nos preguntamos también sobre la utilidad de que la ley prevea la inclusión de estos acuerdos o una cláusula en el consentimiento informado como obligación de las UBR. Así mismo, en caso de disputas judiciales sobre los embriones, este tipo de acuerdos arrojaría luz y serviría como un elemento de interpretación y juicio para el juez del asunto.

Como resulta obvio, no habría problema cuando las partes cumplen los acuerdos y estos no adolecen de ningún vicio. Nos centraremos entonces en las situaciones i. Ausencia de acuerdos y iii. Revocación de consentimiento.

También acá es posible imaginar distintos tipos de conflicto: a. Las partes aportaron sus gametos y cada uno quiere usar los embriones en su propia reproducción; b. Ambos gametos son de donantes y cada una de las partes quiere usar los embriones en su beneficio; c. Uno de los gametos usados fue de donante y cada una de las partes quiere usar los embriones para su reproducción; d. Uno de los gametos usados fue de donante, la parte que no aportó su gameto se opone al uso de los embriones por la otra parte; y e. Ambas partes aportaron sus gametos, uno de los miembros de la pareja quiere usar los embriones en su reproducción y el otro se opone.

En los casos de falta de acuerdo entre la pareja para quien se obtuvo el embrión (mediante técnicas homólogas o heterólogas), decidir la cuestión en favor de una de las partes, anula el derecho de la otra; no parece posible conciliar los derechos de los dos en forma simultánea.

Jurídicamente, el derecho a la reproducción tiene dos facetas: positiva y negativa, que se excluyen mutuamente. La primera incluye el derecho a tener hijos, la segunda el derecho a no tenerlos. Si el juez opta por reconocer el derecho a la reproducción en su faceta negativa, tal como ocurrió en el famoso caso *Davis* contra *Davis*³⁵, desconoce en forma rotunda el derecho en su faceta positiva que correspondería a la otra; generalmente la mujer.

³³ El debate jurídico y filosófico en este punto es álgido. La profesora Salgado, por ejemplo, a propuesto con base en la teoría del abuso del derecho, algunos supuestos en los que el consentimiento no debería ser revocado. Sobre este punto volveremos más adelante. Salgado, Catalina, “Disputas sobre “embriones” y abuso en el ejercicio del derecho de revocatoria a su implantación: consideraciones para el derecho colombiana”, en Actos de disposición del cuerpo humano. Tradición jurídica romanista y perspectivas contemporáneas, Petrucci, Aldo y Santamaría Enrique Eds.), Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 173-195.

³⁴ Sobre este punto volveremos más adelante en sede de consentimiento informado.

³⁵ *Davis v. Davis* (842 S.W.2d 588 [Tenn. 1992]).

Solamente cuando ambas partes desean emplear el embrión para tener un hijo (conflictos a. y b.), en las jurisdicciones en las que está autorizado recurrir a madres por encargo³⁶, podría acudir a un reparto equitativo de los embriones³⁷. Nos preguntamos si la solución debe ser diferente en el caso del conflicto c. La parte que aportó el gameto podría sostener que, en tanto los embriones no tienen vinculación genética con la otra parte, éstos no deberían ser repartidos equitativamente. En nuestra opinión, si en los casos a. y b. se elige por el reparto de los embriones, la solución para el caso c. debería seguir la misma lógica porque ambos quieren usarlos en la reproducción. En los tres casos persiste el problema de los bebés nacidos como consecuencia de la transferencia de los embriones.

El caso d. parece de fácil solución. En tanto la parte que se opone al uso de los embriones no aportó su gameto, y por lo tanto no tiene un vínculo genético con el embrión, no se manifiesta la tensión entre las dos facetas del derecho a la reproducción: estaríamos en presencia exclusivamente del derecho a la reproducción en su faceta positiva.

Ahora bien, en aquellas jurisdicciones en las que no se permite la celebración de contratos de maternidad por encargo, las soluciones a los anteriores casos variarían. Pensamos que una posible solución sería atribuirle los embriones a la mujer para la transferencia a su propio útero siempre que el varón pueda, si así lo desea, romper el eventual vínculo de filiación, como si se tratara de un donante conocido. En perspectiva de género, esta solución resultaría más ajustada en tanto la mujer está más implicada -sobre todo corporalmente- en el proceso reproductivo. Sin embargo, resultaría injusto que la mujer, cuando todavía no se ha realizado la transferencia embrionaria, le pudiera imponer al hombre la paternidad de los niños nacidos como consecuencia de la aplicación de la técnica.

Si se acoge el anterior razonamiento, la misma respuesta debería dársele al caso e. (ambas partes aportaron sus gametos, uno de los miembros de la pareja quiere usar los embriones en su reproducción y el otro se opone).

En todo caso, el juez deberá tener en cuenta las condiciones de hecho del caso concreto, como, por ejemplo, la edad o las condiciones de salud de las partes.

Consentimiento informado

³⁶ Los denominados contratos de maternidad por encargo presentan problemas jurídicos y filosóficos y morales de hondo calado, incluso dentro de los movimientos feministas. En ausencia de legislación, la repartición equitativa de los embriones implicaría necesariamente por parte del juez un análisis sobre la legitimidad de este tipo de acuerdos.

³⁷ Véase González de Cancino, Emilssen. Problemas de fecundación extracorpórea”. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 2011, jul.-dic., no 21, p. 198: “(E)n cuanto a la legitimación de los sujetos que pueden decidir sobre (el destino de los embriones), creo que se limitan a tres: o se atribuye a los centros de fertilidad, a un ente establecido al efecto, o, como yo me inclinaría, a las personas vinculadas con ellos genéticamente si no los cubre el anonimato, o a quienes solicitaron su obtención dentro de un programa de fertilidad, si intervinieron donantes anónimos”³⁷ (...). Una aproximación lógica sería preferir a quien opta por la vida; sin embargo, en algunos casos, ambos varón y mujer, optan por ella pero por diferentes motivos y acudiendo a soluciones o vías diversas lo cual hace menos fácil encontrar la solución ideal o, por lo menos, más justa -en tales hipótesis la naturaleza dota a la mujer de una ventaja: la posibilidad de gestar alumbrar por sí misma, mientras que el varón tendría que acudir a una madre gestante-. Con base en esto se ha planteado como mejor solución el atribuirlos a la mujer, aunque también se ha insinuado su reparto equitativo”.

En cuanto se refiere al consentimiento, leyes, doctrina y jurisprudencia -ordinaria y constitucional- están de acuerdo sobre la obligación de médicos³⁸ e investigadores de contar con el consentimiento libre, previo e informado del paciente o persona sobre la cual se realiza la investigación antes de proceder a la realización de cualquier acto médico o de investigación. Se subraya el paso del paternalismo médico al respeto por la autonomía personal y la expresión del consentimiento como el resultado de un proceso de comunicación, información, deliberación³⁹ y elección de opciones.

Con base en esta perspectiva, se pone en cabeza de quien posee mejores y más profundos conocimiento el deber de informar, por regla general, sobre la técnica que se empleará, los riesgos y beneficios, procedimientos alternativos, consecuencias, costos, los problemas bioéticos y los posibles efectos colaterales sanitarios y psicológicos, la probabilidad de éxito, el grado de invasión de las técnicas y las consecuencias jurídicas⁴⁰.

La obtención, conservación, utilización (para fines reproductivos o de investigación) o la destrucción de embriones crioconservados deben ser considerados como procedimientos médicos que requieren de la obtención del consentimiento informado. En el caso colombiano, ante la ausencia de una regulación específica, este consentimiento deberá expresarse de acuerdo con las condiciones y características descritas en la doctrina y la jurisprudencia para todo acto médico.

Específicamente, en relación con la destinación de los embriones, las UBR deberán brindar información clara y detallada sobre las consecuencias de cada uno de los posibles usos de los embriones.

Nuevamente, la legislación española arroja luces sobre los posibles destinos de los (pre)embriones crioconservados y el consentimiento para su uso⁴¹. Así, los embriones podrán usarse para: a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; b) La donación con fines reproductivos; c) La donación con fines de investigación y; d) El cese de su conservación sin otra utilización.

³⁸ El Código de ética médica, ley 23 de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica” artículo 15, establece la obligatoriedad del consentimiento informado por parte del médico: “*Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente*”.

³⁹ C. WIESNER, L. MONSALVE, *Interactuar, comunicar, deliberar*, Bogotá, Universidad Externado de Coombia, 2009, *passim*.

⁴⁰ La enumeración está tomada del artículo 6.1 de la ley italiana 40 de 2004, pero es un buen resumen de las exigencias que suelen formular la legislación y la jurisprudencia en todos los países. Véase en sentido similar el artículo 3.3 de la ley española 14 de 2006.

⁴¹ Véase el artículo 11, numerales 4 a 6 de la ley 14 de 2006.

En el ordenamiento colombiano el consentimiento debe constar por escrito⁴², mas, en el caso de las parejas, no es necesario que se exprese en forma conjunta y simultánea, como sí lo exige la ley italiana⁴³.

En la aplicación de las TRHA, se presentan algunas particularidades importantes que tienen incidencia en el consentimiento: a) suelen involucrar a más de una persona y producir efectos importantes sobre sus vidas, tanto en el presente como en el futuro⁴⁴; b) se trata de procedimientos de cierta duración que presentan etapas que pueden influir notablemente en la valoración ética y en las determinaciones jurídicas, por ejemplo, en la fijación del término para revocar el consentimiento⁴⁵; de ahí la importancia de la información que deben recibir los interesados, pacientes o no.

Por cuanto el consentimiento se vierte en documentos preparados por las UBR y el deber de información corresponde a los responsables de los equipos médicos que aplican las técnicas, opinamos que las mencionadas instituciones están obligadas a plantear el interrogante sobre el destino de los embriones en caso de desacuerdos en la pareja o de muerte de uno o los dos miembros de esta.

Como en todo acuerdo o negocio jurídico, las condiciones y circunstancias iniciales pueden modificarse sensiblemente con el paso del tiempo⁴⁶; entonces, los interesados pueden tomar decisiones divergentes y, en consecuencia, aparecen en el ámbito del derecho nuevos debates.

Quizá el punto de partida para la búsqueda de soluciones sea la aplicación del principio de simetría: el consentimiento debe ser legalmente válido y constitucionalmente idóneo⁴⁷, luego, su revocación debe enmarcarse dentro de las mismas exigencias, y dentro del marco de la autonomía y la dignidad humana de los eventuales titulares de intereses o derechos sobre los embriones.

⁴² Artículo 17, Resolución 3199 de 1998 de M. de S y P. S por la cual se establecen las normas técnicas, científicas y administrativas para el funcionamiento de los Bancos de Componentes Anatómicos, de las Unidades de Biomedicina Reproductiva. Centros o similares y se dictan otras disposiciones: Para la inseminación, transferencia de óvulos, preembriones y criopreservación deberá constar igualmente el consentimiento voluntario, libre y consciente, del: - Donante con la institución-heterólogo. - La pareja con la institución-homólogo. - La receptora.

⁴³ Artículo 6.3, ley de 40 de 19 de febrero de 2004.

⁴⁴ Los miembros de la pareja que emprende un proyecto parental con la ayuda de las TRHA, o la persona o pareja y la madre subrogada.

⁴⁵ Antes de la fertilización, tiempo en el que solo existen gametos y después de aquella, en la que ya existe una entidad que ha merecido distintas clasificaciones y diferentes modos de protección.

⁴⁶ En otros ámbitos (adecuación en casos de ambigüedad genital), la Corte Constitucional indicó en sendas sentencias que el consentimiento debe ser persistente. Véanse, por ejemplo, las sentencias T-551 de 1999 y T-692 de 1999. En tanto la aplicación de las TRHA no se agota en un solo acto médico, nos parece razonable que también en esta sede el consentimiento deba ser persistente.

⁴⁷ Artículo 66 del Código de infancia y adolescencia.

La revocación del consentimiento informado

Como hemos sostenido, el consentimiento para el uso de los embriones puede ser revocado en cualquier momento⁴⁸ hasta antes de su transferencia al útero o, como es obvio, hasta su destrucción.

En la legislación colombiana no existe regulación expresa en esta materia. En el derecho extranjero tanto la ley argentina 26862 de 2013, como la ley 14 de 2006 española incluyen disposiciones en esta materia.

El artículo 7 de la ley argentina⁴⁹ estipula que “(e)l consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”⁵⁰.

La ya citada ley española 14 de 2006 prescribe, a nuestro juicio con tino, que:

“5. La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico criopreservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones. 6. El consentimiento para dar a los preembriones o gametos criopreservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación”.

Ahora bien, a pesar de la existencia del derecho a la revocatoria del consentimiento, éste no es absoluto y puede encontrar límites derivados de la aplicación de los principios generales del derecho (*e.g.* buena fe y abuso del derecho⁵¹) y los derechos de otras personas⁵².

⁴⁸ Véase Ministerio de la Protección Social. Garantizar la funcionalidad de los procedimientos de consentimiento informado. Paquetes instruccionales. Guía Técnica “Buenas prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud”. Colombia, Versión 1.0, 2009, p.p, 37

⁴⁹ Disponible en <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/hdocs/legisalud/migration/html/21207.html>. Consultado por última vez el 21 de febrero de 2002.

⁵⁰ Aunque la ley argentina usa la expresión ‘implantación’, nosotros preferimos el término ‘transferencia’ pues la implantación puede suceder o no.

⁵¹ La profesora Catalina Salgado ofrece una serie de criterios para determinar si la revocatoria del consentimiento constituye abuso del derecho. Véase Salgado, Catalina, “Disputas sobre “embriones” y abuso en el ejercicio del derecho de revocatoria a su implantación: consideraciones para el derecho colombiano”, en Actos de disposición del cuerpo humano. Tradición jurídica romanista y perspectivas contemporáneas, Petrucci, Aldo y Santamaría Enrique (Eds.), Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 173-195.

⁵² De acuerdo con el artículo 18 de la Declaración Internacional sobre datos genéticos humanos de la UNESCO solo se puede imponer límites al CI “por razones poderosas el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”.