



EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA
Desplegamos Historias

DERECHOS HUMANOS, REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y FAMILIA HOMOPARENTAL:

ANÁLISIS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
HUMANA ASISTIDA EN MÉXICO Y COLOMBIA



Oscar Samario Hernández
Manuel Santiago Padilla Carvajal
Ramsés López Santamaría

Oscar Samario Hernández
Universidad Autónoma del Estado
de Morelos (México)

Maestro en Derecho y Doctor en Derecho y Globalización en los programas CONACYT-PNPC en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM); Profesor Investigador de Tiempo Completo en FD y CS, UAEM; candidato al SNI CONACYT, y actualmente en estancia posdoctoral CONAHCYT; oscar.samario@uaem.mx <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.31.5222>

**Manuel Santiago
Padilla Carvajal**
Corporación Universitaria
Autónoma del Cauca (Colombia)

Abogado de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, especialista en derecho laboral y seguridad social de la Universidad Icesi, Magíster en Derecho de la misma universidad, Joven Investigador. Email. manuel.padilla.c@uniautonoma.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7080-5395>.

Ramsés López Santamaría
Universidad Militar Nueva
Granada (Colombia)

Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, investigador Asociado reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Docente de planta en escalafón Asistente de la facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá D.C. Contacto: ramses.lopez@unimilitar.edu.co

DERECHOS HUMANOS, REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y FAMILIA HOMOPARENTAL:

ANÁLISIS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN
MÉXICO Y COLOMBIA

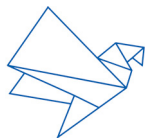
© Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, 2026

© Oscar Samario Hernández, Manuel Santiago Padilla Carvajal, Ramsés López Santamaría

ISBN Digital: 978-628-7691-83-4

Primera edición en español.

Sello Editorial Uniautónoma del Cauca [enero], 2026



EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA

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

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.

DERECHOS HUMANOS, REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y FAMILIA HOMOPARENTAL:

ANÁLISIS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN
MÉXICO Y COLOMBIA

Oscar Samario Hernández

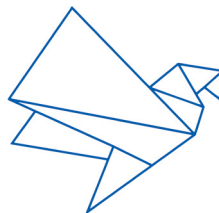
Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México)

Manuel Santiago Padilla Carvajal

Corporación Universitaria Autónoma del Cauca (Colombia)

Ramsés López Santamaría

Universidad Militar Nueva Granada (Colombia)



EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA

Desplegamos Historias

Tabla de Contenido

1. Introducción	9
2. Derechos Humanos en su entorno Internacional	11
2.1 Breve recuento de los Derechos Humanos en el contexto Mexicano	17
2.2 Breve recuento de los derechos humanos en el contexto Colombiano	20
3. Concepto jurídico de la Familia integrado al entorno jurídico internacional	25
3.1 Derechos Humanos Reproductivos mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida	27
4. El Concepto Social de Familia y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el ordenamiento jurídico Mexicano	35
4.1 La regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ordenamiento Jurídico Mexicano	41
5. La Familia y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ordenamiento Jurídico Colombiano	49
5.1 Antecedentes de la familia en el orden interno colombiano	49
5.2 Acercamiento a la evolución jurisprudencial del concepto de familia en Colombia	57

5.3 ¿Protección Constitucional a la familia homoparental en Colombia?	65
5.4 Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Colombia	79
5.5 Antecedentes Jurisprudenciales de las TRHA en Colombia	99
6. Conclusiones	155
7. Referencias Bibliográficas	159

1. Introducción

La familia es una de las instituciones más importantes de la vida en sociedad, la mayoría de constituciones latinoamericanas, en el orden doméstico, así como, instrumentos internacionales, en el orden internacional, reconocen a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.¹ Tradicionalmente, la mayoría de ordenamientos jurídicos internos han adoptado una noción de familia que da prevalencia a los sistemas de parentesco o los vínculos de consanguinidad, partiendo de la presunción según la cual, los progenitores son quienes mejor pueden satisfacer las necesidades básicas del menor.² Sin embargo, una visión interdisciplinaria de la institución familiar, permite comprender, como lo planteaba Morgan en 1887, que el parentesco es un elemento pasivo, es decir, que “solo después de largos intervalos registran los procesos hechos por la familia y no sufren modificación radical, sino cuando se ha modificado radicalmente la familia”.³ De modo que, al ser la familia un elemento activo, que se encuentra en constante evolución, el derecho no puede ser ajeno a las realidades familiares que permean una sociedad, pues, es deber del Estado la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.⁴

Indudablemente, en la actualidad, en el seno del tejido complejo de la sociedad contemporánea, los derechos humanos y la diversidad familiar se

1 Esborraz, D. F. (diciembre de 2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones. *Revista de Derecho Privado*(29), 15–55, p.21.

2 Anca Gheaus (2018) Paternidad biológica: Gestacional, no genética, *Australasian Journal of Philosophy*, 96:2, 225-240

3 Morgan, L. (1887). *Ancient Society*. Londres, Reino Unido: MacMillan & Company p. 27

4 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.

entrelazan de tal forma, que el criterio personal de los integrantes de una tipología familiar encuentra sustento en el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de la voluntad, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y el derecho a la personalidad jurídica, derechos que se encuentran íntimamente ligados con la dignidad humana, piedra angular, de los distintos instrumentos internacionales, tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en adelante DIDH, como del Derecho Internacional Humanitario, en adelante DIH.

En consecuencia, las dinámicas sociales actuales, los avances tecnológicos, que han introducido las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), la noción de identidad de género, el reconocimiento de las familias homoparentales y la protección de la voluntad responsable de conformar una familia, han conllevado a replantear la noción biológica o natural del parentesco, y a demostrar la necesidad de una nueva regulación que proteja no solamente los vínculos biológicos o civiles, sino también *de facto*⁵ y producto del consentimiento en el marco de las TRHA.

En la presente obra, se abordan las TRHA, a la luz de los instrumentos internacionales, y los ordenamientos jurídicos internos de México y Colombia, se analizarán estas técnicas desde una perspectiva asistencial del sistema de salud, es decir, del acceso a las mismas en el marco de los derechos sexuales y reproductivos, al mismo tiempo que, las controversias jurídicas que se han suscitado entre las partes que se someten a estas técnicas y el menor que ha sido concebido a través de estos procedimientos. Asimismo, se buscará reflexionar críticamente sobre la gratuidad que debe revestir estas técnicas a la luz de la dignidad humana y una postura ética kantiana. De ahí que, este libro sea un reflejo de la rica interacción entre aspectos legales, científicos y sociales que caracterizan esta área de estudio.

En estas páginas, se realizará un análisis detenido de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ahondando en su evolución, sus implicaciones éticas, las transformaciones que han provocado en la construcción tradicional de la familia, el reconocimiento de la familia homoparental, sus implicaciones jurídicas, los nuevos paradigmas que definen las técnicas de reproducción humana asistida, promoviendo una reflexión crítica sobre la naturaleza misma de la parentalidad y el significado de la filiación.

5 Hace referencia a la familia de Crianza. Véase: Padilla Carvajal, M. S., & Guachetá Torres, J. D. (2023). ¿Equidad en la protección familiar? Un análisis de la pensión de sobrevivientes y su acceso para las familias de crianza en el contexto colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, 26(1).

2. Derechos Humanos en su entorno Internacional

Los derechos humanos son derechos fundamentales inherentes a todos los seres humanos, sin distinción de nacionalidad, lugar de residencia, género, origen étnico, color, religión, idioma o cualquier otra condición. Estos derechos son universales, inalienables, indivisibles e interdependientes, lo que significa que están interrelacionados y se refuerzan mutuamente.¹

La idea central detrás de los derechos humanos es reconocer la dignidad inherente a todas las personas y garantizar que cada individuo tenga ciertos derechos y libertades básicas, además de garantizar la necesidad de asegurar su respeto por parte de los Estados. Estos derechos están consagrados en instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, así como en numerosos tratados y convenios internacionales que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). La doctrina especializada ha determinado que desde el Siglo XX “se han venido desarrollando y consolidando, progresivamente, los llamados sistemas de protección de derechos humanos”.² Estos derechos tienen sus raíces en ideas filosóficas, políticas y éticas que han evolucionado a lo largo de la historia. El concepto moderno de derechos humanos se desarrolló en gran medida después de la Segunda Guerra Mundial en respuesta a los horrores y violaciones masivas de derechos humanos ocurridos en el marco de este conflicto.

1 Pizarro, A. & Méndez, F. (2006) *Manual de derecho internacional de derechos humanos* Primera Edición, Panamá: Universal Books, p. 13

2 *Ibíd.*

La profesora Aida Cortina entiende los derechos humanos como “aquellos que se atribuyen a todo hombre por el hecho de serlo”³, bajo esta comprensión, precisa, que más que meras aspiraciones, los derechos humanos son un tipo de exigencias, es decir, derechos subjetivos, que deben ser protegidos por los organismos correspondientes y satisfechos por los Estados.

la satisfacción de tales exigencias, el respeto por estos derechos, son condiciones de posibilidad para poder hablar de <<hombres>> con sentido. Si alguien no quisiera presentar tales exigencias, difícilmente podríamos reconocerle como hombre. Si alguien no respetara tales derechos en otros, difícilmente podríamos reconocerle como hombre. Porque ambos actuarían en contra de su propia racionalidad al obrar de este modo.⁴

En efecto, los derechos humanos representan exigencias, que para su positivización, ostentan razones indiscutibles, que conllevan a que, estos deban ser satisfechos aun cuando no fueran reconocidas. “De ahí que todo hombre esté legitimado para hacerlos valer como derechos, aunque no fueran reconocidos como tales por las legislaciones correspondientes”⁵

En un periodo inicial y de forma tradicional, tanto en el sistema Universal de los Derechos Humanos como en los Sistemas Regionales, fruto de la Guerra Fría y la pugna política y económica de la época entre el socialismo y el capitalismo, se catalogaron a los Derechos Civiles y Políticos como derechos justiciables de primera categoría y a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, en adelante, DESCAs, como no justificables y progresivos, es decir, que ambas categorías de derechos eran divisibles e independientes y por tanto, podría llegar a argüirse que los Derechos Civiles y Políticos son Derechos Humanos, mientras que los DESCAs, no. Sin embargo, recientemente, en el sistema interamericano de derechos humanos⁶, se ha dado la noción a los Derechos Económicos,

3 Cortina, A. (2000) *Ética sin moral*, editorial tecnos, cuarta edición, Madrid, España, p.249

4 *Ibíd.* p.249

5 *Op.cit* p. 249

6 Porque en Colombia se dió con anterioridad, la Corte Constitucional, en un proceso que tuvo su mayor grado de desarrollo entre los años 2002 y 2012, comenzó a ampliar y precisar su comprensión de los derechos constitucionales, a la luz de los principios de interdependencia e indivisibilidad, y bajo el entendimiento de que todos los derechos deben ser igualmente satisfechos, pues todos se dirigen a la satisfacción de la dignidad

Sociales y Culturales, como interdependientes e indivisibles de los Derechos Civiles y Políticos, mal llamados de primera categoría, estos desde el Caso Lagos del Campo Vs. Perú (2017), siendo reiterada dicha posición a través de un *comportamiento judicial estratégico*,⁷ en los casos Poblete Vilches y otros vs. Chile [2018] y Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala [2018].

En consecuencia, los derechos humanos abarcan diversas categorías, incluyendo derechos civiles y políticos (como la libertad de expresión, el derecho a un juicio justo y el derecho a la privacidad), así como derechos económicos, sociales y culturales (como el derecho a la educación, el derecho al trabajo y el derecho a un nivel de vida adecuado). El objetivo es promover la igualdad, la justicia social y la dignidad humana, asegurando que las personas vivan en condiciones dignas.

El estudio del entorno jurídico internacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) exige considerar el papel de las organizaciones internacionales que, en el ejercicio de sus atribuciones, participan en la consolidación del orden jurídico internacional, de tal manera que los marcos normativos constitucionales se integren de manera efectiva a la comunidad internacional, vinculándose directamente con el concepto jurídico de los derechos humanos y posibilitando su reconocimiento y jerarquización por encima de las leyes ordinarias emitidas por los órganos legislativos.⁸ Esta evolución supone una transformación profunda de la actividad jurídica, al superar los paradigmas heredados de la Ilustración y del constitucionalismo decimonónico.

En el ámbito latinoamericano, Argentina constituye un referente temprano al intentar, desde 1987, afirmar la supremacía constitucional de los derechos humanos. Este proceso se consolidó en 1994, cuando la Comisión Reformadora con un mayoría legislativa acordó el establecimiento

humana. (véase sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-227 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) T-859 y T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-016 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-760 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y T-235 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), C-377 de 2011, C-288 de 2012, C-313 de 2014), entre muchas otras.

7 Roa, J. E. R. (2021). Comportamiento judicial estratégico en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La protección del derecho a la salud mediante el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: *Los Derechos Fundamentales en el Siglo XXI Tomo III El estudio internacional y regional de los derechos fundamentales Estudios de casos líderes interamericanos Vol. XX. La jurisprudencia interamericana más relevante de 2018 a debate*. México: Editorial Tirant Lo Blanch.

8 Badeni, Gregorio, "Reforma constitucional de 1994, en Revista Pensar en Derecho, tomado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/reforma-constitucional-de-1994.pdf>

constitucional del reconocimiento de los Derechos Humanos (DD DH). La Constitución de la Nación Argentina⁹ tuvo un avance significativo, al modificar cuarenta y cuatro artículos e incorporar diecisiete cláusulas transitorias, conjunto normativo que fue denominado “núcleo de coincidencias básicas”.¹⁰ El poder legislativo aprobó el texto en lo general y, posteriormente, fue sometido a la Convención Constituyente, donde las reformas fueron objeto de un intenso y riguroso debate jurídico antes de su aprobación definitiva.

Por otra parte, en materia de derechos individuales, las decisiones legislativas adoptadas por la Convención reafirmaron los derechos políticos e incorporaron nuevas garantías al texto constitucional. Entre ellas se encuentran el establecimiento del cupo femenino del 35 % como participación obligatoria en los cargos de elección popular; la incorporación de los mecanismos de iniciativa y referéndum popular; así como el reconocimiento constitucional de las acciones de amparo, hábeas corpus y hábeas data.¹¹ En lo que respecta a la jerarquía normativa constitucional y la relación con los tratados internacionales, en 1994 se respetó la integridad de la redacción del artículo 31 de la Constitución,¹² de conformidad al compromiso internacional respecto de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,¹³ lo que resulta ser la fuente primordial del Derecho son los tratados internacionales, con ello la cooperación pacífica entre las naciones.

En cuanto a la jerarquía normativa constitucional y su relación con los tratados internacionales, la reforma de 1994 preservó la redacción del artículo 31 de la Constitución, en congruencia con los compromisos

9 Natale, Alberto A., “La Reforma Constitucional Argentina de 1994” en Revistas IJ – UNAM, Cuestiones Constitucionales Número 2, Enero – Junio 2000, tomado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5588/7261>

10 Para la Reforma de 1994 acudieron representantes de treinta y cinco partidos, formaron diecinueve bloques políticos.

11 Derecho a la información sobre datos públicos y personales. Vigente en constituciones entre otras España y Portugal.

12 Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante, cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859. Tomado de: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_la_nacion_argentina.pdf

13 Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (23, mayo, 1969), Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

internacionales asumidos por el Estado argentino, particularmente los derivados de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Desde esta perspectiva, los tratados internacionales se configuran como una fuente esencial del derecho, favoreciendo la cooperación pacífica entre las naciones.¹⁴

El texto del artículo 75 de la Constitución de la Nación Argentina otorga las facultades y obligaciones del Congreso en el Capítulo Cuarto, las consideraciones legislativas que se deben considerar respecto de la jerarquía superior a las leyes respecto de los acuerdos internacionales, lo que representa un compromiso del Estado ante los tratados. La fracción 22 para los tratados internacionales:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.¹⁵

La Constitución atribuye jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre los que destacan la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; así como la Convención sobre los Derechos del Niño. Este bloque normativo vigente actúa como complemento y refuerzo de los derechos y garantías reconocidos en el texto constitucional.

En caso de que se presenten eventuales contradicciones con el orden jurídico interno, corresponde de manera exclusiva al Poder Ejecutivo Nacional formular la denuncia del tratado respectivo, previa autorización otorgada por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los

14 Congreso de la Nación Argentina (1994) “Constitución de la Nación Argentina” (15, diciembre, 1994) Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804/texto>

15 *Ibid.*

miembros de cada Cámara del Congreso. Por su parte, los demás tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados por el Congreso podrán, en su momento, incorporarse al rango constitucional conforme al procedimiento establecido.

La reforma constitucional argentina de 1994 consolidó la supremacía normativa de los derechos humanos y de los tratados internacionales, ampliando de forma sustantiva el catálogo de protección y asegurando la apertura del orden constitucional a futuros acuerdos internacionales. Para que dichos instrumentos alcancen jerarquía constitucional, se requiere como condición legislativa la aprobación por una mayoría calificada de dos terceras partes de los miembros de la Cámara correspondiente.

Por otra parte, desde una perspectiva de derecho comparado, resulta pertinente destacar que, en ese mismo año de 1994, la República de Sudáfrica atravesaba un proceso histórico comparable: Nelson Mandela, líder del Congreso Nacional Africano (CNA), fue elegido presidente en las elecciones generales celebradas el 27 de abril. Su proyecto político se sostuvo firmemente en la promoción de los derechos humanos y la igualdad, marcando un quiebre definitivo con el régimen de segregación impuesto por el *apartheid*.¹⁶

Desde su adopción en 1996¹⁷, la Constitución sudafricana identifica a la Declaración de Derechos como el eje central de su sistema democrático. El texto ordena al Estado la protección y realización de estos mandatos legales, asegurando que nadie sea objeto de trato injusto. Por tanto, se garantiza la plena igualdad ante la ley, rechazando la discriminación por causas que abarcan desde la raza, el género y la orientación sexual, hasta la religión, la cultura y la discapacidad. De lo anterior se resalta la contribución al mundo jurídico la prohibición de cualquier acto de discriminación, pero también que es la primera constitución que prohíbe la discriminación por orientación sexual.¹⁸

16 Rubio Llona, Aimar, “Comprendiendo la homofobia poscolonial: una propuesta de análisis desde el paradigma sudafricano”, en Revista Sociológica UAM, México, vol.30 no.86 México sep./dic. 2015, pp. 65 – 98.

17 Constitutional Assembly (8, mayo, 1996) Constitution of the Republic of South Africa Disponible en: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-explanatory-memorandum>

18 Pierre de Vos and Jaco Barnard Same-Sex Marriage, Civil Unions and Domestic Partnerships in South Africa: Critical Reflections on an Ongoing Saga. Disponible en: <https://constitutionallyspeaking.co.za/wp-content/uploads/2015/11/Same-sex-marriage1.pdf>

2.1 Breve recuento de los Derechos Humanos en el contexto Mexicano

México mediante su evolución jurídica y normativa ha permeado en un ambiente de amplia contribución sobre la materia de Derechos Humanos, el proceso histórico en el que se encuentra el avance democrático que deja atrás a la naciente nación mexicana para resaltar en este siglo el proceso de reformas sobre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Estas reformas fueron publicadas el 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación (DOF) de Derechos Humanos, de esa fecha a la actual la cultura de esta materia coloca a la dignidad de las personas en el centro de respeto y respaldo constitucional en México.

El cambio en la denominación del Capítulo I del Título Primero, ahora titulado ‘De los Derechos Humanos y sus Garantías’, fue el resultado directo de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Su publicación en el Diario Oficial de la Federación, mediante el decreto respectivo, formalizó no solo el nuevo nombre del capítulo, sino también la actualización de diversos artículos fundamentales.¹⁹

A partir del enunciado comprendido en el artículo 1 párrafos primero y quinto y la adición los párrafos segundo y tercero. Se pone de manifiesto la organización de autoridades de gobierno federal y los gobiernos estatales, municipales, los órganos legislativos, todos los tribunales; en general todo el órgano público, autoridad o persona funcionaria para respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos de todas las personas que estén en la República de México.

Esta reforma implicó la modificación de 11 artículos constitucionales: 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105. Este documento resalta los siguientes cambios:

¹⁹ **ARTÍCULO ÚNICO.**- Se modifica la denominación del Capítulo Primero del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1o. y recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102 del Apartado B; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011#gsc.tab=0

- Los tratados internacionales se armonizan e incorporan a los derechos humanos estableciendo su respaldo constitucional.
- Toda persona extranjera tiene el derecho de audiencia ante el juzgador competente.
- El sistema protector de Derechos Humanos como son la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), y las de los Estados tienen facultades para proteger los derechos laborales.

La reforma obliga a las autoridades a respetar el principio *pro persona*, en sus aplicación a normas de derechos humanos. Lo anterior debe basarse en los principios de Promover; Respetar; Proteger, y Garantizar los derechos humanos.

La reforma de derechos humanos es producto entre otras razones a las reformas en Materia de Amparo en materia de Derechos Humanos de 6 de junio del 2011, en la que la procedencia permite al justiciable solicitar el amparo y protección de la justicia frente actos, leyes u omisiones de autoridad que violen derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales.

El proceso de la reforma constitucional en materia de derechos humanos implica para el Estado Mexicano, actualizar el Orden Jurídico interno dirigido a los operadores del derecho, que comprende decisiones de las instancias jurisdiccionales y la correspondiente sobre las sentencias de cortes internacionales. Revisando las técnicas y prácticas de la aplicación del derecho interno y armonizar el Orden Jurídico de los Derechos Humanos.

A partir del año 2011 el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, garantiza su protección, por parte del Estado Mexicano que funda el reconocimiento universal de los Derechos Humanos; dejando atrás la idea de que es el Estado quien los otorga o que los Derechos son limitados mediante una acción del propio Estado.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, se garantiza a todas las personas el disfrute de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por México. En consecuencia, la interpretación de las normas debe alinearse con estos documentos para favorecer en todo momento a las personas (principio *pro persona*). Asimismo, es deber ineludible de la autoridad guiar sus acciones bajo los criterios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad para asegurar el pleno respeto y garantía de estos derechos.

El cambio constitucional en derechos humanos es tan relevante que ha merecido, incluso, que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la

Nación se pronuncie, en una votación celebrada en septiembre de 2013,²⁰ sobre la forma de incorporar los derechos humanos incluidos en los tratados internacionales dentro del marco jurídico mexicano. La Corte resolvió que todo el cuerpo normativo que haga referencia a un derecho humano y que están contenidas en los tratados internacionales tendrán rango constitucional, al igual que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son a partir de la reforma vinculantes para los juzgadores en México, aun cuando se trate de decisiones en las que México no fuese parte, reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1988 y a la adhesión y ratificación de múltiples instrumentos internacionales en el ámbito de los derechos humanos.

De igual manera para el caso en el que la Constitución mexicana contempla alguna restricción al ejercicio de un derecho, ésta surtirá efecto. De aquí la materialización de las disposiciones constitucionales deberá producir normas, políticas y prácticas en el conjunto de áreas y niveles que componen al Estado mexicano y, finalmente, de la apropiación que hagan los ciudadanos.

El primer párrafo del artículo 1 de la Constitución establece las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Por un lado, señala las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; por el otro, las de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley. Esta separación responde a que existen obligaciones genéricas y obligaciones específicas para asegurar la protección de los derechos humanos, sin que eso signifique que haya una jerarquía entre ellas.

Los recientes cambios en materia de derechos humanos son fundamentales para el Estado constitucional en México. La obligación del Estado de observar y cumplir los preceptos y normas a favor de individuos y grupos sociales, aplicando los principios constitucionales, la reiteración y ampliación del control de convencionalidad, como obligación de los juzgadores del país; el nuevo marco normativo del juicio de amparo y el fortalecimiento de las atribuciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

La reforma interrelaciona al plano axiológico, inherente a los derechos fundamentales, con las acciones institucionales para su reconocimiento y protección. Norberto Bobbio, enuncia para el Estado de derecho, como

20 Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2013, 3 de septiembre) “Sesión Pública núm. 89 Ordinaria”. Tomado de: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/actas-sesiones-publicas>

el ente gubernamental para el cual las normas constitucionales y legales forman el código de actuación de los gobernantes, tomando siempre como referencia el más amplio abanico de derechos. El Estado mexicano contribuye a la escuela garantista, coincide con Luigi Ferrajoli, que se refiere a las “condiciones de validez del derecho y de la Constitución”, junto a los valores ético-políticos de la igualdad, la dignidad de las personas y el concepto de derechos fundamentales, sobre un orden jurídico positivo que obligue a todas las instituciones del Estado.

Es la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México quien ha documentado todas sus sentencias relevantes en materia de Derecho Humanos en una agrupación por grupos vulnerables²¹ mediante la Unidad General del Conocimiento y Derechos Humanos permite la adecuada consulta ya sea en resumen o bien la sentencia completa que a criterio de la Corte son sentencias relevantes.

2.2 Breve recuento de los derechos humanos en el contexto Colombiano

Ineludiblemente, el hablar de derechos humanos, en un país donde históricamente la guerra ha sido un común denominador, pone de presente grandes retos a la hora de abordar este tópico. Las desigualdades económicas y sociales claramente han contribuido a esta circunstancia. Desde una perspectiva histórica, las luchas por las reivindicaciones sociales, se han gestado desde “los palenques, pasando por los comuneros, los artesanos, las continuas guerras de finales del siglo XIX culminando con la guerra de los Mil Días, expresión de un partido sojuzgado frente a un Estado omnipotente.”²²

En este contexto, al igual que en el ámbito internacional de los derechos humanos, una de las dimensiones de estos derechos, es su protección en el marco de un conflicto armado, ya sea interno o externo. Desde la época de independencia, existen antecedentes de consensos o acuerdos tendientes a la “humanización de la guerra”, tal es el caso del pacto entre Bolívar y Morillo de 27 de noviembre de 1820, que establece, entre otras cosas, la regularización de la guerra, el respeto por los pueblos alternativamente ocupados, entre otras. Asimismo, otro antecedente consiste en el pacto entre Tomas Cipriano

21 Véase [Sentencias relevantes en materia de Derechos Humanos](#)

22 Velasco, O. (1991) “Teoría General de los Derechos Humanos”. Editorial Herrera y hermanos, Bogotá, Colombia. p. 67

de Mosquera y el presidente de turno Mariano Ospina Rodríguez, suscrito el 27 de agosto de 1860 para aplicar el derecho de gentes en las contiendas, estableciendo regulaciones sobre los prisioneros de guerra, la persecución y los heridos en batalla.²³

Por otra parte, la Constitución Política de 1886, instrumento anterior a la Constitución Política de 1991, retoma la forma de República Unitaria, puesto que desde 1843 hasta la vigencia de la carta política de 1863, se había adoptado una organización federalista. De ahí que, la carta de 1886 haya dispuesto que “la nación colombiana se reconstituye en forma de República Unitaria”, forma de organización que con algunos matices y elementos diferenciadores, continúa en la actual constitución de 1991.²⁴ Para la época, la Constitución encomendó a la Corte Suprema de Justicia el ejercicio del control constitucional del orden jurídico, el cual se puede compilar en cuatro tópicos: los estados de excepción, los vicios de trámite en las leyes, los tratados internacionales y las reformas a la constitución.²⁵ Sin embargo, la noción del bloque de constitucionalidad, tal y como la conocemos actualmente, tuvo un impacto muy precario.²⁶ De hecho, la jurisprudencia hasta la constitución política de 1991, sostenía que no era posible incorporar esta noción, pues la Corte “en ejercicio de la jurisdicción constitucional sólo le es dado confrontar la ley con los textos de la Carta, cuya integridad se le ha confiado. Por tanto, no procede el examen del cargo de violación del artículo 1º de citada Ley 74 de 1968.”²⁷ Con la expedición de la Constitución Política de 1991, expresamente se incorporó en el artículo 93 que:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden

23 Op. cit. pp. 67-71

24 Padilla M, Urbano, R, Paz, L & Vidal, B. (2022) “El procedimiento administrativo para la creación de un municipio, como unidad fundamental de la división político administrativa en Colombia” En: Una visión multidisciplinar a debates contemporáneos en Ciencias Sociales, Popayán, Cauca, Colombia, ISBN: - 978-958-8614-71-7 ED: IERA. Sello Editorial Uniautónoma del Cauca, v. 1, P. 57-80. Noviembre de 2022.

25 Cruz Rodríguez, M. (2017). Mario Alberto Cajas Sarria (2015). La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Bogotá: Universidad de los Andes & Universidad ICESI. Estudios Socio-Jurídicos, 19(2), 271–274.

26 Uprimny Yepes, R. (2021). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. *Ius Inkarrí*, 3(3), 115–148.

27 Corte Suprema de Justicia, (1973, 23 de marzo) Sala Plena, Sentencia del 23 de marzo de 1973, M.P Eustorgio Sarria, Gaceta Judicial No 2390-2391, p. 105.

interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.²⁸

La ratificación de un tratado internacional, depende de una serie de trámites por parte de las ramas del Poder Público. El ejecutivo o el Congreso pueden someter a decisión del Congreso la aprobación del instrumento internacional; si este es aprobado por el Congreso a través de una ley, el Presidente de la República, naturalmente, procede a sancionar y a partir de este momento el Ejecutivo puede manifestar su consentimiento mediante la ratificación, momento a partir del cual entra en vigor el instrumento internacional.²⁹

La Corte Constitucional a partir de este artículo empezó a desarrollar toda una serie de subreglas en torno a la forma de aplicación de este artículo en el marco del control de constitucionalidad de las normas, consolidando la doctrina constitucional del bloque de constitucionalidad *stricto sensu* y *lato sensu*. La Corte Constitucional estableció en este sentido que si bien es cierto, conforme al artículo 93 superior, para verificar la constitucionalidad de una norma no sólo debe analizarse el texto formal de la Constitución, sino también a partir de su comparación con otros instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

Por consiguiente, existen ocasiones en las cuales las normas que, por su naturaleza, se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad. Todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. Así pues, no todos los contenidos normativos que son parámetros de constitucionalidad, deben ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto para la reforma constitucional, pues el proceso de cambio normativo varía según la naturaleza de cada disposición. Pero, todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros necesarios e indispensables para el proceso de creación de la ley.³⁰

28 Asamblea Nacional Constituyente. (7 de Julio de 1991). Constitución Política de 1991. Bogotá D.C, Colombia.

29 Corte Constitucional (1993, 26 de febrero) Sala Plena, Sentencia C-087 de 1993, M.P Jaime Sanin Greiffenstein.

30 Corte Constitucional, (1999, 11 de agosto), Sala Plena, Sentencia C-582-1999, M.P Alejandro Martínez Caballero.

De modo que, el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* hace referencia a aquellos instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que no pueden ser suspendidos en los Estados de Excepción (art. 93 inc. 1 C.P). La Corte ha reconocido que estas normas no tienen un carácter supra constitucional, sino que “están situadas en el nivel constitucional, tienen la misma fuerza y jerarquía de la Carta.”³¹ Mientras que, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad hace referencia a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas. Estas normas son un referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.”³²

31 Corte Constitucional, (2020, 21 de mayo), Sala Plena, Sentencia SU-146 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.

32 *Ibíd.*

3. Concepto jurídico de la Familia integrado al entorno jurídico internacional

Los análisis jurídicos respecto de los derechos humanos inician con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Para el estudio de la familia se acude al texto consagrado en el artículo 16 que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”,¹ concepción que ha sido reiterada en los siguientes instrumentos internacionales: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su artículo 9; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 17. En tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo V lo hace en este particular sentido; “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella”.²

La dinámica social, el entorno cultural y la sociedad particular orientan los estudios respecto de la familia como una institución compleja, que se vincula a la persona y al ser humano al interno y a lo externo como célula básica de la sociedad y el establecimiento del Estado, que converge de un territorio determinado, en contraste, con los acelerados avances tecnológicos, conlleva a que el concepto de familia sea analizado desde una perspectiva interdisciplinaria y hermenéutica con los derechos humanos. Es por ello

1 Asamblea General de las Naciones Unidas (1948) “Declaración Universal de los Derechos Humanos” 10 de diciembre de 1948. Disponible en:

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

2 Organización de lo Estados Americanos (1948) “Declaración Americana de los Derechos y Deberes Del Hombre” Disponible en:

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

que el presente estudio articula a la familia junto a los avances de la ciencia médica y en particular con las contribuciones que se hacen en el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

La institución jurídica del matrimonio regulada en países como México, en la que se establece como la unión entre dos personas, cambia la concepción de familia al estudio de la Familia Homoparental en la que las parejas acuden a la TRHA para fundar una familia. Lo anterior es fuente de consideraciones respecto de los DD HH de tal manera que los juzgadores han establecido garantizar la protección de los conceptos ligados al término jurídico de Comaternidad como el reconocimiento voluntario de los hijos de parejas homoparentales y que son respaldados constitucionalmente junto a los conceptos de DD HH de; Derecho a la identidad, derecho a la igualdad y no discriminación, derecho de protección de la familia, interés superior del menor, comaternidad, parejas del mismo sexo, familias homoparentales, filiación jurídica y biológica, reconocimiento voluntario, voluntad procreacional.³

La sentencia en cita decreta la inconstitucionalidad del Código Civil del Estado de Aguascalientes (México) que limita el reconocimiento voluntario de un hijo, únicamente a una mujer y un hombre, bajo la presunción de la existencia del vínculo genético y; porque establece un trato discriminatorio que trasciende a las uniones familiares homoparentales, este Código excluye a las familias de parejas del mismo sexo de su protección constitucional.

En razón de lo anterior y ante la inconstitucionalidad del Código, se debe admitir por la autoridad registral al hijo biológico de una mujer que además es reconocido voluntariamente en su partida / acta de nacimiento o en acta especial posterior por otra mujer con quien aquélla conforme una unión familiar homoparental, aun cuando evidentemente quien reconoce no tenga vínculo genético con él. Por lo que al declararse la inconstitucionalidad y se ordena la desaplicación de la norma en la esfera jurídica de las afectadas y se levante el acta de nacimiento del menor de edad reconociendo la comaternidad.

3 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 852/2017, Primera Sala, Min. Norma Lucía Piña Hernández, sentencia de 8 de mayo de 2019, México. El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentenciasematicas/sentencia/2020-12/AR%20852-2017.pdf>

3.1 Derechos Humanos Reproductivos mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

La Ciencia Médica es una fuente científica y tecnológica que aplicada a las TRHA, permite a la Ciencia Jurídica contribuir a la adecuada protección de los derechos fundamentales, ampliar las garantías individuales y fortalecer los Derechos Humanos, de aquí que las diversas generaciones de Derechos Humanos evolucionan hasta ahora en Derechos Reproductivos, así se encuentran en las Declaraciones emanadas de Conferencias mundiales de la Organización de Naciones Unidas, celebradas en El Cairo en 1994 y Beijing 1995. De las conferencias anteriores la de 1995 el tema central fue Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995,⁴ emitieron conceptos sobre la salud reproductiva que requerían soporte jurídico para contar con respaldos económicos y materiales, para la concepción respecto de temas de infertilidad.

94. La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados

4 Naciones Unidas (1995) “Informe de la Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer”, Beijing, China. Tomado de: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.⁵

La salud reproductiva a la que se refiere el texto anterior contiene definiciones respecto de las condiciones de bienestar con las que debe contar la mujer para alcanzar la definición de salud reproductiva, de tal manera que pueda estar en condiciones de disfrutar la vida en su magnitud de igualdad junto al resto de la sociedad en particular en la igualdad de género, en lo interno junto a la familia, por lo que respecta a la atención de la salud reproductiva, el objetivo se encuentra en el desarrollo de la vida, no como una asesoría o los diversos programas de ayuda psicológica o de información por las entidades de gobierno.

Lo importante respecto de las declaraciones internacionales se encuentra en un principio fundamental de Respeto a la Dignidad Humana, tanto la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; de 11 de noviembre de 1997,⁶ como en la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos(2003)⁷ y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre 2005,⁸ en lo establecido en su artículo 28 respecto de la Salvedad en cuanto a la interpretación, por lo que los “actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana”, podrán “... interpretarse como si confiriera a un Estado, grupo o individuo derecho alguno a emprender actividades o realizar actos que vayan en contra de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana”⁹.

La Declaración Internacional sobre datos genéticos humanos de la UNESCO define el consentimiento como un “permiso específico, informado

5 Ibid.

6 UNESCO (1997) “Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights” 11 de noviembre, París, Francia. Disponible en: <https://www.unesco.org/en/legal-affairs/universal-declaration-human-genome-and-human-rights>

7 UNESCO (2003) “International Declaration on Human Genetic Data” 16 de octubre, París, Francia. Disponible en: <https://www.unesco.org/en/legal-affairs/international-declaration-human-genetic-data>

8 UNESCO (2005) “Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos” 19 de octubre. Disponible en: <https://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/subtemas/bioeticayderechoshumanos.pdf>

9 Ibidem.

y expreso que una persona da libremente para que sus datos genéticos sean recolectados, tratados, utilizados y conservados”,¹⁰ y preceptúa en su artículo 8, que tanto en la recopilación de datos genéticos y proteómicos humanos, así como en la obtención de muestras biológicas, independientemente de la invasividad del procedimiento utilizado, y en su posterior procesamiento, uso y preservación, es esencial obtener el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona involucrada. Este consentimiento debe obtenerse sin recurrir a la influencia de incentivos económicos u otros beneficios personales, ya sea que las instituciones que lleven a cabo estos procesos sean de carácter público o privado. La única excepción a este principio de consentimiento debería estar sujeta a restricciones solamente por razones de un valor superior, en concordancia con el derecho interno compatible con las normas internacionales de derechos humanos.¹¹

En la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, se estableció en el primer apartado del artículo 6 que cualquier intervención médica con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos debe ser realizada únicamente después de obtener el consentimiento libre e informado de la persona afectada, el cual debe fundamentarse en una información adecuada. En casos pertinentes, se prefiere que el consentimiento sea explícito, y la persona involucrada tiene el derecho de retirarlo en cualquier momento y por cualquier motivo, sin que esto le cause desventajas o perjuicios.¹²

Respecto de la Unión Europea las actuaciones del Consejo Europeo han emitido recomendaciones sobre Biomedicina en 2004 y 2005, los antecedentes parten del año 1997, la Convención de Oviedo sobre Derechos Humanos y biomedicina¹³ que estableció los principios básicos de la ética biomédica, en el Artículo 2 (primacía del ser humano) el texto establece que el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia; por su parte, en el artículo 18 (Experimentación con embriones in vitro) se hace referencia al tiempo futuro;

“1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección

10 Declaración Internacional sobre datos genéticos humanos de la UNESCO (núm. iii), art. 2º)

11 *Ibid.*

12 UNESCO (2005) “Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos” Tomado de: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa

13 Consejo de Europa (1997) “Convenio de Biomedicina y Derechos Humanos”, 4 de abril, Asturias de Oviedo, España. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/37.pdf>

adecuada del embrión”¹⁴. En la fracción “2. Se prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación”¹⁵. Por lo que hasta el momento existe una amplia protección respecto de los embriones. A partir de ese entonces existen tres protocolos adicionales relativos a la prohibición de la clonación de seres humanos, el trasplante de órganos y la investigación biomédica.¹⁶

Las diversas instancias académicas, gubernamentales y de la sociedad civil organizada han adoptado códigos aplicados en el ámbito internacional respecto de la conducta ética – profesional, las que regulan el actuar de aquellos quienes realizan y aplican las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), sobre todo en países donde existe una carencia o la regulación jurídica es escueta, vaga o inexistente sobre reproducción humana. Ejemplo de lo anterior es el de la *European Society for Human Reproduction and Embryology* (ESHRE) y en EE.UU. la *American Society for Reproductive Medicine* (ASRM), asociaciones que representan a médicos especialistas en medicina procreativa.¹⁷

Si bien las TRHA son un triunfo de la genética y la medicina, han generado una erosión en los paradigmas tradicionales de la familia. Hoy en día, el desafío para la vigencia de los derechos humanos no radica únicamente en la opresión estatal, sino también en el avance tecnológico que, en ocasiones, distorsiona los valores jurídicos y disocia el acto humano de su fin natural, diluyendo la responsabilidad individual. No obstante, prevalece una postura que equipara el derecho a la reproducción con un ‘derecho al hijo’, redefiniendo la infertilidad y legitimando el uso de estas tecnologías bajo el amparo del derecho humano a fundar una familia.

~~~~~  
14 Ibid.

15 Consejo de Europa (1997) Op.Cit.

16 *Salud - Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes - www.coe.int*. (n.d.-b). Manual de Educación en los Derechos Humanos con Jóvenes. <https://www.coe.int/es/web/compass/health>

17 El principio de beneficencia procreativa propuesto por Julián Savulescu, establece que los padres tienen la **obligación moral** de utilizar las técnicas de **manipulación genética** y reproducción humana asistida disponibles para crear niños que tengan la mejor oportunidad de disfrutar de la mejor vida (Francisco Güell Pelayo. Cuadernos de Bioética XXV 2014/3<sup>a</sup>). Observatorio de Bioética, Instituto de Ciencias de la Vida, Universidad Católica de Valencia, San Vicente Mártir. Disponible en: <https://www.observatoriobioetica.org/2015/06/beneficencia-procreativa-su-definicion-y-defensa/8534>

Derivado de lo anterior, los países emergentes intentan garantizar la salud reproductiva y sus derechos derivados. No obstante, la complejidad y el precio de la reproducción asistida contrasta dolorosamente con la realidad económica de la mayoría de sus habitantes. A este problema de acceso se suma un dilema ético, pues estas técnicas pueden ser utilizadas para discriminar en función del sexo de los bebés.

Por otro lado, es crucial señalar que la formulación actual de los derechos reproductivos suele ignorar la asimetría biológica entre sexos: la gestación femenina sigue siendo un requisito indispensable, independientemente del método de concepción utilizado. Además, existe una limitación material evidente: el Estado no puede asegurar el suministro de gametos o embriones para satisfacer el derecho a la reproducción, ni es realista confiar ciegamente en el altruismo de los donantes a gran escala.

Al analizar la legislación europea sobre TRHA, se observa un uso desproporcionado del Derecho Penal, a menudo desconectado del resto del ordenamiento jurídico. Conforme al principio de intervención mínima, sería prudente limitar el uso de sanciones para no coartar la libertad procreativa ni la investigación científica. La situación actual es de una complejidad extraordinaria; el progreso simultáneo de la genética y la embriología plantea riesgos serios para los derechos fundamentales, la estructura familiar y el futuro mismo de la condición humana.

La Unión Europea en su amplia protección de los Derechos Humanos ha hecho pronunciamientos de carácter jurídicos a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en controversias en las en inicio se ha hecho uso de las TRHA, el Tribunal acepta la argumentación contenida en las demandas en las que se han hecho valer el derecho a la vida privada y familiar, en relación al (artículo 8 de la Convención Europea de 1950 que se procura interpretar dinámicamente. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos, se abrió a la firma en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Fue el primer instrumento que dio efecto a algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos)<sup>18</sup>, lo anterior corresponde a la aplicación del criterio de sentencias en el que el TEDH se ha basado

---

18 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. ARTÍCULO 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

respecto de toda consideración sensible sobre los casos en la que los Estados disponen de un amplio nivel de apreciación, al tiempo que se intenta avanzar en la homogeneidad de la respuesta jurídica, que se dispone a efecto de resolver en la vía de vinculación a los Estados Europeos y firmantes del Convenio Europea de Derechos Humanos.

Para la controversia del caso Evans contra Reino Unido (2007)<sup>19</sup>, la Gran Sala del TEDH en la interpretación del Artículo 8 emite criterio respecto de la prevalencia al revocar todo consentimiento de la implantación de embriones utilizada bajo las TRHA, establecida en la ley británica, negando la solicitud de demanda de la mujer separada de su marido, que pretendía seguir adelante con el proyecto parental. En otro caso controvertido el propio TEDH entendió que el Reino Unido se había extralimitado al negar a una ciudadana británica la posibilidad de ser inseminada utilizando el material genético de su marido recluso (Caso Dikynson contra UK 2007). En los casos S.H y Otros frente a Austria, (2011) y Costa y Pavan contra Italia (2012) citados, prevalece igualmente el criterio de reconocer a los Estados al regular la reproducción asistida un amplio margen de apreciación. Esta regulación debe evitar discriminaciones y estar en armonía con la protección de los DD HH.

La subrogación de vientre, alquiler o gestación por cuenta ajena es una práctica social altamente controvertida en Europa, ya sea por su sesgo discriminatorio, por la contratación de mujeres en situación vulnerable particularmente, en situación precaria, de necesidad económica, en países menos desarrollados. Algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tales como Menesson y Labassee contra Francia en 2014<sup>20</sup> y Paradisso y Campanelli contra Italia en 2015<sup>21</sup>, al margen de las medidas adoptadas respecto a las injerencias en la vida privada y familiar de los padres comitentes, subrayaron la imperiosa necesidad de proteger a los menores involucrados en este tipo de comercio. Dicha protección debe

---

19 Tojo, Liliana Compilación: *Sumarios de Jurisprudencia Salud y Derechos Reproductivos*, Centro Por La Justicia y el Derecho Internacional, Buenos Aires, República Argentina, 2012, pp. 66 y ss. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5210/21.pdf>

20 Durán Ayago, Antonia, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, Reseñas de jurisprudencias Internacional Privado, pp. 281 – 282, Salamanca, España, Ed. Universidad de Salamanca, disponible; <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/12785/13156>

21 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2017, 24 de enero) Paradiso and Campanelli v. Italy judgment.

garantizarse independientemente de si existe o no un vínculo genético, parental o de otra índole con los solicitantes.

La filiación en estos casos considerada por el TEDH en respeto a la apreciación del Estado vinculante, que puede reducir los supuestos de las relaciones paterno filiales por lo prolongado en el tiempo, a considerar o no por las apreciaciones, aportes y controversias jurídicas, por lo que el Tribunal en funciones de protección de Derechos Humanos emite resoluciones de respaldo al vínculo establecido, sin en inicio afectar al derecho a la identidad del hijo. Hasta ahora las apreciaciones que el presente estudio académico presenta, permite emitir un conjunto de conclusiones, basados en los comentarios jurídicos en líneas anteriores, de aquí que sobre lo se ha manifestado se puede plantear, que el objetivo que la Ciencia Médica sobre el uso de las TRHA es otorgar una solución a los problemas que se presenten por la infertilidad, facilitar la implementación de terapias reproductivas, favoreciendo las soluciones al problema de fertilidad a corto plazo. Las ciencias médicas y de la salud han generado enormes logros en los campos de las ciencias reproductivas y sus aportaciones son una clara aplicación práctica de solución en materia de salud.

El alcance de la Ciencia Médica Reproductiva es un constante avance en el conocimiento, manifestándose de manera acelerada en un período que inicia en 1978 con el nacimiento de Louise Joy Brown a la actualidad, lo que parece ser tan reciente pero lo que en realidad representa es un avance científico y tecnológico como un logro de la humanidad, lo que implica tanto la solución a los problemas como el estudio constante de la aplicación sobre conocimientos novedosos, lo que enaltece el valor terapéutico de todo proceso que alcanza su objetivo. Por lo que podemos vislumbrar que de continuar estos logros científicos y tecnológicos, la humanidad tendrá acceso a TRHA bajo una forma simplificada, abierta, común y quizá de forma cotidiana, solucionando con prontitud los problemas de fertilidad. Para el caso de México la infertilidad es un problema que no distingue estratos sociales y es tarea de la propia sociedad buscar estrategias que permitan el acceso a estas TRHA sobre todo en el campo Biológico para evitar enfermedades hereditarias en los recién nacidos.

La aceleración en los descubrimientos, logros e implementación de TRHA en nada se compara con la capacidad de respuesta en cuanto al proceso legislativo, la regulación está pendiente y en algunos casos el poco interés para regular las TRHA es nulo, los seminarios y encuentros académicos permiten el análisis de las TRHA, pero se hace necesario establecer y actualizar el marco legal, para fortalecer las investigaciones y

sus aplicaciones clínicas, manteniendo el equilibrio entre la ley regulatoria y los avances científicos, en ambiente de respeto al Principio de respeto a la Dignidad de la Persona, de manera particular los establecidos en los derechos reproductivos de mujeres y hombres.<sup>22</sup>

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla el derecho a tener descendencia en el artículo 4, en su párrafo segundo establece: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”. Esto permite el uso de las TRHA, demostrando la infertilidad de la pareja, en un inicio, pero ante la igualdad de las personas y los derechos reproductivos tener hijos mediante TRHA sin tener pareja, se convierte en una solución para las parejas homoparentales, o bien para ciudadanos que deseen tener hijos, bajo figuras de utilización de vientres, arrendamientos de vientres, subrogación o madres sustitutas, para lo cual de nueva cuenta se pone de manifiesto la necesidad de regular sobre este tema en el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.<sup>23</sup>

---

22 Flores, Javier y Blazquez Graf, Norma, Tecnologías de reproducción asistida en el siglo XXI y su impacto social, en *Reproducción Asistida*, Ingrid Brena Sesma Coordinadora, IIJ – UNAM, 2012, p. 18.

23 Flores Ávalos, Elvia Lucía, Derechos de los sujetos que participan en la reproducción asistida, en *Reproducción asistida*, Ingrid Brena Sesma Coordinadora, IIJ – UNAM, 2012, p. 63.

#### **4. El Concepto Social de Familia y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el ordenamiento jurídico Mexicano**

**L**a evolución del concepto social de familia anterior al Estado y por ende antecedente del concepto jurídico de familia contemplado bajo la garantía que otorgan las constituciones bajo el orden institucional y normativo, al que al aparece la familia como institución primordial para la realización de actividades por el Estado. La familia es en la actualidad considerada como la célula básica, primordial, regulada jurídicamente y protegida en todos los órdenes, partiendo desde el plano internacional con la celebración de tratados y armonizando el Orden Jurídico Nacional. Manuel Chávez Ascencio, hace referencia a los derechos sociales de la familia a proteger son:<sup>1</sup>

- Derecho al ser y al hacer.
- Derecho al trabajo.
- Derecho a un salario familiar suficiente.
- Derecho a la salud y a la seguridad social.
- Derecho a la vivienda digna y suficiente a sus necesidades.
- Derecho a la educación.
- Derecho a creer y profesar su propia fe y a difundirla.
- Derecho a la intimidad, libertad y honor familiares.
- Derecho a participar en el desarrollo integral de la comunidad.
- Derecho a la asesoría conyugal y familiar.
- Derecho al descanso.

---

<sup>1</sup> Chávez Ascencio, Manuel, "Alternativas constitucionales para la familia del siglo XXI", Revista Mexicana de Procuración de Justicia, México, D.F., Vol. 1, No. 4, febrero, 1997, pp. 113-116.

- Derecho de asociación.
- Derechos especiales.

El Estado que otorga el cumplimiento de protección de los DD HH, establecido en el principio general de Derecho en el rubro de una correcta seguridad jurídica, se da garantía constitucional también la protección de la familia. Al tener reconocimiento por el Estado, el derecho protege a la familia por cuanto a la dignidad de quienes la integran. La familia la integran personas y los lazos que los unen son; el parentesco y la convivencia.

Los vínculos de parentesco se crean, por consanguinidad o por afinidad. También son generados por adopción o por relaciones estables de afectividad; en las que el reconocimiento que hacen las instituciones jurídicas del Estado también abarca a las parejas del mismo sexo. Los Artículos 4º y 133º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y en los Artículos 390 del Código Civil para el Distrito Federal. Al igual que en la Ley para la Protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, en su Artículo 3 fracción I, señala puntualmente el Principio del Interés Superior del Menor y su resguardo, comprendidas en el párrafo noveno:

#### Artículo 4o.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.<sup>2</sup>

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece un principio de igualdad y seguridad jurídica en torno a la familia al afirmar que: La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá el desarrollo y organización de la familia.

Luego entonces, la garantía establecida en el artículo 4º constitucional implica tres elementos: el primero, que consagra la igualdad entre mujeres y hombres; el segundo, el derecho de los particulares a formar, organizar y desarrollar una familia; y el tercero, el deber del Estado de regular esta

---

<sup>2</sup> Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011.

actividad de forma que se salvaguarden y se garanticen los derechos de todos los integrantes de esta. Por otro lado, respecto a la ampliación de la familia y los derechos y obligaciones que de ello derivan, el mismo artículo, como ha sido transcrito las establece. Con motivo de los compromisos del gobierno mexicano adquiridos a través de los programas nacionales y en particular con respecto a los derechos de los niños, se han hecho adiciones al artículo 4º constitucional que fundamentalmente se refieren a la protección social que se les debe dar a éstos. Como se ha hecho notar en el comentario al párrafo anterior.

Asimismo, se incluye una disposición, la cual se encuentra en el espacio del derecho de familia, en cuanto al ejercicio de la patria potestad y de los derechos y las obligaciones que de ella derivan. Dicha adición se refiere al deber de los padres tutores, o de cualquier persona que tenga a su cargo a un menor de edad en los términos de ley, de garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos sociales –arriba mencionados– a los menores de edad: Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.<sup>3</sup>

En este sentido, los dos últimos párrafos de la disposición constitucional se refieren a las obligaciones que el Estado adquiere para adoptar medidas eficaces para proteger a este grupo vulnerable y para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo artículo:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.<sup>4</sup>

Otro precepto constitucional fundamental es el artículo 1º, que establece de forma clara y precisa el reconocimiento al derecho a la igualdad para todas las personas dentro del territorio nacional, y que debe ser reconocido, respetado y protegido tanto por el Estado como por cada hombre y mujer en el mismo. Esto se plasma en el texto:

---

3 Párrafo adicionado DOF 07-04-2000. Reformado DOF 12-10-2011.

4 Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.<sup>5</sup>

El artículo fue reformado y adicionado con un último párrafo en enero de 2001, la redacción que se ha transcrito es la reformada el 10 de junio de 2011 que junto con el Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I Del Título Primero, por el *De los Derechos Humanos y sus Garantías*,<sup>6</sup> actualiza y da validez formal a los Derechos Humanos y coloca en segundo plano al antiguo termino de *Garantías*, permaneciendo aquello de la prohibición a la discriminación, como un principio general de igualdad.

Con ello se procuró, igualmente, establecer conceptos que guardaran una congruencia con los criterios expresados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por México, respecto al derecho a la igualdad y a la no discriminación establecidos en los primeros artículos de los mismos, ya que se trata de supuestos indispensables en un Estado de derecho moderno que se considere como democrático, así como de asumir y respetar las políticas internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, considerando que, en la actualidad, las relaciones entre los Estados que forman la comunidad internacional están supeditadas al reconocimiento, respeto y protección de los mismos.

Es así como al señalar que la firme tendencia del legislador en México, ante el reclamo social imperante en el país ha paulatinamente adicionado, modificado, derogado diversos preceptos legales, de conformidad al entorno mundial en el que formamos parte. En la actualidad los tratados internacionales, en donde de manera significativa las sentencias, opiniones, consultas entre otras, con las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, marca una directriz jurídica que deberá ser tomada con una alta consideración por naciones como México. A este último respecto se transcribe y es parte de la opinión consultiva OC – 17/02;<sup>7</sup>

~~~~~  
5 Párrafo reformado DOF 10-06-2011.

6 Diario Oficial de la Federación México: 10 de junio 2011.<http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm>

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002, 28 de agosto) Opinión Consultiva OC 17/02.

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.⁸

Resultado pues de lo anterior tanto en la CPEUM, como en la opinión consultiva deberá ser el Estado y la sociedad los encargados de cumplir y preservar los derechos de los niños. Revisemos para el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁹ el cual establece en su artículo 23, que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰ refiere, en su artículo 17, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la misma y el Estado.

La Convención también señala en su capítulo II, de los Derechos Civiles y Políticos, que:

Artículo 4°. Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 5°. Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Artículo 7°. Derecho a la libertad personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales.

⁸ Ibid.

⁹ ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3, 16 Diciembre 1966.

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario (Segunda Edición). (2019), Konrad Adenauer Stiftung.

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y el reconocimiento de su dignidad.

Artículo 19. Derechos del niño

1. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el estado.

Artículo 24. Igualdad ante la ley

1. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.¹¹

Por último debemos considerar dentro de este análisis las coincidencias que ordenamientos vigentes nacionales cuyo contenido en tratándose de derechos de los menores contiene disposiciones similares a lo anterior, en cuanto al Código Civil Federal, en su *CAPÍTULO V De la Adopción* en su *Sección Primera* señalada como, *Disposiciones Generales*, en su;

Artículo 390.-

I.

II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma, y

En la Sección Cuarta, denominada: De la Adopción Internacional, se encuentra contemplado lo siguiente en el precepto:

Artículo 410 E.- La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código.¹²

Contemplado en la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en Título Primero, Disposiciones Generales, establece:

~~~~~  
11 Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario (Segunda Edición). (2019), Konrad Adenauer Stiftung

12 Código Civil Federal, (1928, 31 de agosto), México.

Artículo 1. La presente Ley es de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional, y tiene por objeto; Fracción I. Reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, con capacidad de goce de los mismos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos que establece el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

Artículo 3. La Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, concurrirán en el cumplimiento del objeto de esta Ley, para el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas públicas en materia de ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como para garantizar su máximo bienestar posible privilegiando su interés superior a través de medidas estructurales, legales, administrativas y presupuestales.

#### **4.1 La regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ordenamiento Jurídico Mexicano**

Es Estado de Tabasco el Código Civil del Estado<sup>13</sup> contempla a las TRHA, y el Derecho para ejercerlas de común acuerdo entre cónyuges. Señala la protección al concebido a través de TRHA, aún y cuando no se encuentre en el útero.

ARTÍCULO 349.- Reconocimiento de hijo no nacido  
Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendientes; pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos.<sup>14</sup>

No hay distinción respecto de los hijos nacidos bajo las TRHA, en el matrimonio o en el concubinato, si existe como ya se ha manifestado,

<sup>13</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco (1997, 9 de abril), México.

<sup>14</sup> *Ibid.*

el consentimiento de la pareja. Es causal de divorcio si se prueba la unilateralidad en el uso de TRHA.

En cuanto a la Maternidad Subrogada el Código establece lo siguiente:

**ARTÍCULO 92.-**

...En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.<sup>15</sup>

El artículo anterior aclara dos figuras: la madre gestante, que se limita a llevar el embarazo, y la madre subrogada, quien aporta tanto el material genético como la gestación. Por su parte, se denomina madre contratante a la mujer que solicita dichos servicios. Jurídicamente, cuando la gestante no tiene vínculo biológico con el nacido (por ser producto de una transferencia embrionaria), la filiación legal y legítima corresponde automáticamente a la madre contratante. Finalmente, respecto a la paternidad en mujeres casadas, rige la presunción legal: el marido será reconocido como padre, a menos que promueva un juicio de desconocimiento y obtenga una sentencia ejecutoria que declare lo contrario.

En cuanto a la inseminación post mortem el Código establece en el Capítulo VI Bis De la Gestación asistida y subrogada:

---

<sup>15</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco (1997, 9 de abril), México.

**Artículo 380 Bis. Concepto de Reproducción Humana Asistida**  
Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos.

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.<sup>16</sup>

El esposo podrá consentir por escrito la posibilidad de la inseminación de su esposa o concubina, reproducción posmortem. El embarazo debe presentarse dentro de un plazo no mayor a un año.

**ARTÍCULO 1396.- Incapacidad por falta de personalidad**  
Por falta de personalidad son incapaces de adquirir por testamento y por intestado, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o que aun cuando lo estén no nazcan vivos, salvo que el autor de la herencia dispusiere válidamente en documento auténtico, la posibilidad de la inseminación de su esposa o concubina, después de su muerte. En este último caso, la mujer deberá estar embarazada dentro de un año después de la muerte del marido.<sup>17</sup>

Se puede apreciar en cuanto a la regulación de TRHA para el Estado de Tabasco, México un considerable alcance producto de la legislación vigente el

---

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco (1997, 9 de abril), México.

Código Civil se ha actualizado de forma constante y mantienen una postura vanguardista. A efecto de continuar con el análisis de las regulaciones sobre TRHA, se debe considerar el aumento de leyes de protección de los usuarios de los servicios, los pacientes al ser amparados por preceptos legales, se abaten, limitan y restringen las prácticas abusivas. Más sin embargo el efecto del “turismo reproductivo” se encuentra presente por que los usuarios buscan acomodo en Estados en donde las regulaciones son menores, esto es también en donde se encuentran las clínicas con servicios de TRHA.

Este turismo reproductivo se presenta en la actualidad con mayor frecuencia, ante el aumento no en la misma proporción, pero sí en forma novedosa de tecnologías reproductivas, producidas por el constante, reiterado presente en la humanidad por el profundo deseo de generar descendencia, de en simples términos, del deseo de maternidad y/o paternidad; lo que provoca en los usuarios de estos servicios clínicos, privados o públicos, en la mayoría de las ocasiones se tomen riesgos, que sin medir consecuencias o bien desconociéndose, acepten estos procedimientos, pero cuando se presenten controversias entre el Derecho vigente, y los actos o hechos jurídicos que como supuestos normativos deben ser analizados en un juzgado, el Derechos debe de responder, porque aun cuando se carezca de ley aplicable, la Ciencia Jurídica siempre responde.

La mayoría de los países regula a las TRHA, sus prácticas clínicas mediante regulaciones internacionales de acreditación, autorización de laboratorios y seguimiento y control de prácticas, es claro la alta responsabilidad que existe por la aplicación de las TRA, por lo que la responsabilidad administrativa se encuentra en primer orden en cuanto a la regulación.

Por otra parte, las sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mexicana en consideraciones a los debates que se han presentado respecto de las consideraciones y pronunciamientos en cuestiones de género al igual que las relaciones jurídicas en las controversias sobre Derecho de Familia, con contenidos sobre la sexualidad o la reproducción humana aún se encuentra en los tinteros bajo tareas pendientes de resolver. En el ámbito de la relación anterior se encuentra el análisis jurídico heredado del Derecho continental del siglo decimonónico, con los firmes propósitos de actualizar y conformar criterios, que den oportuna respuesta a los evolutivos sociales propios del mundo globalizado; de estos los debates sobre la perspectiva de género se inician decretando acuerdos universales, de los que reformas legislativas sobre género, en materias de Derecho Electoral sobre las cuotas de género, o la reforma en Derecho de Familia de la Ciudad de México,

sobre matrimonio, las causales de divorcio, custodia, patria potestad del año 2000. Las de divorcio *in causado* (divorcio judicial sin invocación de causales) del 2008, y la que inicia la vigencia del matrimonio entre dos personas que data del 2009, ahora vigente en la República Mexicana. Un tema frontera en la Ciencia Jurídica como el aborto o interrupción legal del embarazo, se presentó en amplio debate en Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, de 28 de agosto de 2008, este cambio normativo presenta para México la percepción de que el proceso jurídico en el que los tribunales enfrentan casos novedosos, aplicando técnicas formalistas de la ley, en las que todas las interpretaciones tengan un criterio patriarcal, tradicionalista, moral más que ético, requieren de una constante actualización de los acuerdos, tratados, convenciones y sentencias de las Cortes Interamericana, Europea de Derechos Humanos.

Las reformas en Derecho Civil y Familiar son respuesta a la igualdad, equidad y el juzgar con perspectiva de género que bien pudiésemos centrar en el feminismo, área de análisis multidisciplinar netamente teórico y de acción política. En esta Área de estudio los ámbitos de la familia, el género, el sexo y la reproducción, deben regularse en los principios generales del Derecho, sortear posturas tradicionales ancladas bajo tradiciones sociales, étnicas, que le permitan al legislador conceptualizar a la institución familia moldeada por la Ciencia Jurídica bajo circunstancias de la justicia, en la que la intervención del Estado debe favorecer a la sociedad y a las personas que la integran. La familia es lo que la sociedad demanda, los cuidados, educación, formación cívica de los integrantes de la familia son en principio desarrollados en el seno familiar. Al interior de toda familia se debe generar el ambiente que rige la sociedad respecto de la igualdad, equidad sobre todo de trato hacia las mujeres en todos los ámbitos de la sociedad.

Junto al reconocimiento del respeto a la persona integrado a la diversidad social y a su pluralismo, se genera en una sociedad democrática, el ambiente de comprensión ciudadana los cambios sociales y culturales ocurridos en las últimas en el mundo, por lo que abordar, desde lo teórico en función de la realidad social, los órganos de impartición de justicia y derecho emiten sus resoluciones bajo normas de no discriminación basadas en la perspectiva de género.

El orden jurídico internacional permite bajo sus acuerdos internacionales la convivencia internacional, permea hacia los planos nacionales el respeto de los DD HH. Esta armonía frente a la Ciencia Jurídica refuerza en la sociedad el respeto a la dignidad de la persona humana, le protege en su libre desarrollo con libertad e igualdad en la seguridad jurídica. La comunidad

internacional y nacional por lo tanto no debe hacer notar ninguna diferencia de trato frente al derecho, como lo hace al señalar derechos del hombre o bien derechos de la mujer, debe tan solo incentivar su igualdad como personas. En esta relación social de convivencia se encuentra la familia homoparental, al referirse a la perspectiva de género, la igualdad y a sus integrantes como personas, la comprensión se integra al funcionamiento del hogar.

Los DD HH no hacen distinción entre hombres o mujeres, están en la Declaración Universal, se amplían para las mujeres en todos los instrumentos especiales, con el objetivo fundamental de eliminar las desigualdades, tanto públicas como privadas, apartando las injusticias estructurales históricas. La Comunidad Internacional obliga a los Estados sobre los diversos derechos de y hacia las mujeres; que hacen un recorrido desde su nacionalidad, salud, igualdad laboral, participación social y política, igualdad en las relaciones familiares, de las que este trabajo resalta la seguridad jurídica con perspectiva de género.

Dentro de este catálogo de Derechos se encuentran los derechos reproductivos, establecidos en los diversos tratados internacionales, que no son suficientes pero que podemos listar de entre otros los siguientes; derechos a la salud integral y reproductiva con planificación y decisión individual para integrar una familia, entre los cuales se reafirman la no discriminación, a la vida, libertad, respeto a la dignidad como persona humana, sin tortura, sin discriminación por cuestiones de género; a no ser explotado sexualmente y bajo esas consideraciones al derecho de estar correctamente informado para otorgar el consentimiento sobre los tratamientos, Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.

En los sistemas democráticos las diversas corrientes de opinión se encuentran en al menos dos posturas la académica como lo es en el presente estudio y el activismo respetado y respaldado bajo el apego al derecho de reunión, opinión y libre manifestación de las ideas. Estas dos fuentes democráticas buscan dar una comprensión sobre los comportamientos, abusos y hechos injustos, medidas en extremo de represión, discriminación y posición de desventaja de las personas por razones de género. Sin duda estas fuentes de opinión al parecer distintas pueden contribuir a evitar y restringir aminorando esta discriminación y aun más a remediarla en su totalidad. Las opiniones centrales de feminismo sobre la protección de la familia en entornos maternos, a ser manifestaciones democráticas son atribución de liderazgo, reclamo de oportunidades en la sociales que sin duda erradicaría respecto del tema central de este estudio, el reconocimiento de derechos, amplía el camino hacia una sociedad más equitativa la cual coincide en

lo democrático produciendo la convivencia de las personas, por lo que el colectivo social en su entendimiento participan generando la conciencia de subjetividad en torno orden social.

México, no cuenta con una Ley de Reproducción Humana Asistida. Lo que les permite a las clínicas aplicar la inseminación artificial bajo sus propias normas. Si bien cumplen con la Ley General de Salud, pero nada en esta ley específica quién puede recibir estos tratamientos. Tabasco es el único Estado que niega el acceso a la inseminación artificial a parejas homoparentales y solteras, en el resto del país, si es permitido. Igualmente, existe una nula regulación respecto a la donación de esperma.

Por otra parte, en relación con las iniciativas legislativas, al momento en México se han presentado varias iniciativas, no existe todavía una ley que controle la reproducción asistida. La Ley General de Salud hace referencia a la donación de gametos y el Código Civil rige los temas de parentesco, pero no tratan la complejidad de los nuevos métodos de reproducción. El Código C Federal, refiere el establecimiento de una filiación en caso de reproducción asistida. El Código Civil del Estado de Tabasco requiere del consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición para acceder a la asistencia reproductiva, denegando por tanto el acceso a la inseminación artificial a parejas homoparentales y mujeres solteras.

En cuanto a la inseminación artificial, este método no está contemplado en la regulación mexicana. Los donantes de gametos, en relación con la Ley General de Salud, una “donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones”. Por lo que la mayoría de los donantes están en el completo anonimato. Las condiciones económicas de donantes de esperma: A la donación de esperma debe regirla el principio de altruismo, junto a la ausencia de ánimo de lucro y factibilidad, por lo que cualquier tipo de contrato con remuneración está prohibido. Queda en tan solo un arreglo respecto a los gastos que esta labor ocasione, por ejemplo, gastos por transporte.

Los anteriores eventos y métodos de la TRHA son una realidad social en México, la ley no reconoce los acuerdos de maternidad subrogada, lo que ocasiona muchos riesgos legales. La maternidad subrogada es el último recurso para parejas infértiles o matrimonios homoparentales que desean ser madres / padres. Las parejas homoparentales, deben enfrentar juicios y recurrir a las instancias impartidoras de justicia para lograr que los hijos nacidos mediante TRHA puedan ser registrados en el Registro Civil de su entidad. Tabasco es el único Estado que menciona la maternidad subrogada en su Código Civil. El artículo 92 establece que “en el caso de los hijos

nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación”.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Código Civil para el Estado de Tabasco (1997, 9 de abril), México.

## 5. La Familia y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

*“Se abren los espectros para determinar que hoy en día ya no podemos hablar del derecho de familia, sino del derecho de las familias, porque son varias familias las que hoy podemos encontrar en el contexto social”.*

Fragmento de la intervención en la Corte Constitucional colombiana del profesor y magistrado Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo (2015).

### 5.1 Antecedentes de la familia en el orden interno colombiano

#### 5.1.1 La familia con anterioridad a la Constitución de 1886:

Un recorrido histórico constitucional, permite evidenciar que desde la Constitución del Estado libre e independiente del Socorro del 15 de agosto de 1810 hasta la del 86, no se había regulado expresamente la institución familiar.<sup>1</sup> Por ejemplo, para el Siglo XVII, se encontraba vigente el Código Negro de 1789, normatividad en la que:

Se exaltó la importancia que tendría el reconocer los matrimonios entre esclavos, norma fundamental en el giro que se produce luego de muchos años de no ser reconocido tal derecho. Sin embargo, el hecho de la entrada en vigencia de la Real Cédula en mención, no quiere decir que ya con anterioridad, las relaciones afectivas y los matrimonios no se materializaron, incluso entre personas de distintas razas.<sup>2</sup>

Al respecto, una investigación cualitativa realizada en la vasta región de Popayán, capital del Estado Soberano del Cauca, de documentos entre 1791

---

1 Morales, A. (2010) La familia en la Constitución Nacional: Estimación Legal y Jurisprudencial. *Revista Jurídica Mario Alario D'filippo*. 60-89. Bogotá, Colombia.

2 López R (2023) El matrimonio en blanco y negro, *Vniversitas Jurídica*, vol. 72, Bogotá, Colombia.

y 1807, se relacionan las causas, motivos y las razones políticas, económicas, sociales y culturales en las que participó la población afroamericana en las postrimerías del Siglo XVIII, en las uniones matrimoniales.<sup>3</sup> La fuente documental se encuentra en los actos registrales, los cuales permiten evidenciar, que a la población de esclavos se les permitió bajo Cédula Real contraer nupcias:

El matrimonio se presenta como una oportunidad para empezar a ocupar espacios de representación social, así como jurídica, toda vez que los esclavos empiezan a reclamar el desarrollo de dicha institución y derecho en las mismas condiciones de igualdad que los matrimonios celebrados por el resto de la sociedad. De hecho, es una de las primeras oportunidades para empezar a gozar del reconocimiento de una personalidad jurídica dentro de la esclavitud, sin necesidad de pagar por esta, como efectivamente sí debían hacerlo antes de la entrada en vigencia de la Real Cédula de 1789, cuando pagaban por la liberación de su espíritu por medio de las bulas y, posteriormente, pagando con dinero para la obtención de sus cartas de libertad.<sup>4</sup>

La propuesta de análisis de la institución jurídica del matrimonio es para el autor un hecho de suma importancia, el esclavo logra su libertad al casarse con una persona libre, de esta relación se amplían sus derechos y le otorgan personalidad jurídica, se queda establecido como requisitos que tal enlace social, debe ser por libre voluntad, debe ser exteriorizado en pleno goce de derechos, para poder lograr el matrimonio en plenitud. La institución jurídica del matrimonio y su reconocimiento establece la libertad del otro esclavo ahora con derechos civiles, inmerso en una sociedad de prestigio moral, bajo características sobre las buenas costumbres, pero que también significó control social, en lo político, demográfico por el incremento de población afroamericana, numéricamente superior a cualquier otra que habitaba los territorios del Virreinato de la Nueva Granada.<sup>5</sup>

---

3 Ibid.

4 Op. cit. p. 4

5 López R (2023) El matrimonio en blanco y negro, *Vniversitas Jurídica*, vol. 72, Bogotá, Colombia.

### 5.1.2 La familia a partir de la Constitución Política de 1886

Para el año de 1886, la Constitución Política nace como una forma de retomar la configuración política de la República Unitaria. El régimen institucional anterior a esta norma fundamental, había concebido una organización federalista, que se había mantenido desde 1843 hasta la terminación de la vigencia de la Carta de 1863. Por ello, la Carta Política del 86 dispuso expresamente su reconstitución en una República Unitaria.<sup>6</sup> Para esta época, la normativa relacionada con la familia era bastante limitada, la familia no era considerada como una entidad colectiva. En cambio, se abordaba su tratamiento jurídico de manera individual, tratando a los miembros de la familia de manera aislada. En este contexto, la familia no poseía estatus como sujeto de derechos u obligaciones, siendo más bien objeto de regulación y sujeta a control, sin recibir reconocimiento o participación destacada en la sociedad.<sup>7</sup>

La Constitución de 1886, sólo se refería a la institución familiar en dos de sus disposiciones, el artículo 23 y el artículo 50<sup>8</sup>. El primero de ellos establecía que “nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito o de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.”<sup>9</sup> Consiguientemente, el artículo 50 *ibidem*, modificado por el Acto Legislativo número 1 de 1936, disponía que: “las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. Así mismo, podrá establecerse el patrimonio inalienable e inembargable”<sup>10</sup>

Es precisamente la falta de reconocimiento de su importancia y de la protección de la institución familiar, lo que por varios años permitió que en la regulación del derecho familiar se permitirán discriminaciones, como la distinción jurídica con plenos efectos patrimoniales entre hijos legítimos, ilegítimos y legitimados, el concubinato, el punible ayuntamiento, entre

---

6 Asamblea Nacional Constituyente (1886, 5 de agosto) *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

7 Ayazo, S. & Guerrero, J. (2019). Alcance probatorio de los medios electrónicos de mensajes de datos en los procesos de familia. Tesis de maestría. Universidad Libre, Bogotá, Colombia.

8 Parra Benítez, J. (1996). El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, (97), 34–53. Bogotá D.C, Colombia.

9 Op.cit., p.51.

10 Op.cit., p.93.

otras instituciones o categorías jurídicas, que a la luz del orden vigente internacional y nacional colombiano son arbitrariamente discriminatorias. En otras palabras, “si cabían leyes que discriminaban a los individuos y eran constitucionales, era porque la Constitución de 1886 abría paso a ello”.<sup>11</sup> Bajo este contexto, en el contexto jurídico de la Constitución Política de 1886, el derecho de familia era una rama del derecho civil, que competía exclusivamente al Congreso de la República, de manera que “el derecho de familia no se impregnaba de manera directa de la naturaleza y jerarquía constitucional”.<sup>12</sup>

### ***5.1.3 La familia a partir de la Constitución de 1991:***

Para la expedición de la Constitución Política de 1991, parece uniforme tanto en un ámbito universal y regional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>13</sup>, como en un ámbito doméstico constitucional latinoamericano, el reconocimiento de la importancia de la familia como institución fundamental para la sociedad, siendo encomendada su protección al Estado y la sociedad. Colombia no ha sido ajena a esta realidad, el constituyente primario, para 1991 estableció un concepto de familia amplio y pluralista, tomando como punto de partida el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, previendo que:

Tal protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia; v. gr. -concubinatos- velando porque la protección en ese caso se extienda a la propia concubina.<sup>14</sup>

---

11 Parra Benítez, J. (1996). El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, (97), p. 36.

12 *Ibíd.* p.36.

13 Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23.

14 Subcomisión Preparatoria 0405. (enero de 1991). “Propuestas de las Comisiones Preparatorias”. *Informe Final*, 370-371. Bogotá D.C, Colombia: Presidencia de la República.

Bajo una interpretación teleológica del artículo 42 supralegal, es posible concluir que la institución familiar, debe ser analizada desde los principios de autonomía individual, pluralismo e igualdad, en clave con los cambios socioculturales de la sociedad colombiana. De ahí que, en 1991 el constituyente primario buscó incorporar al ordenamiento jurídico colombiano un concepto de familia, que abarque no solamente las fuentes formales y tradicionales sino también naturales de la familia,<sup>15</sup> otorgando plenos efectos legales a la voluntad responsable de cualquier ser humano de conformarla. Este mismo artículo, también previó la igualdad de los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él e incluso aquellos que nacen fruto de las TRHA, estableciendo que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.<sup>16</sup>

La Constitución Política de 1991, y en especial el artículo 42 supralegal, conlleva a lo que la doctrina ha denominado como la constitucionalización del derecho de familia, en el sentido de que la libertad de configuración legislativa que previamente tenía el legislador en la Constitución del 1886, pasa a ser limitada por los principios, reglas y valores consignados en la carta política del 1991. En consecuencia, el ordenamiento jurídico vigente debe ser armónico con los principios, reglas y valores constitucionales, por lo que está siempre ostenta una calidad de supremacía (art. 4 C.P). Respecto a este fenómeno, Rosa Guío (2009) precisó que con este fenómeno el texto supra legal pasó de ser un texto enunciativo que para su eficacia jurídica dependía de un desarrollo legal a ostentar

El rol de documento jurídico – político, que además de la estructura del aparato estatal incorporó una carta de derechos, deberes y garantías que debe ser aplicada y garantizada a los ciudadanos, sin necesidad de la existencia de una norma jurídica de rango legal que la desarrolle.<sup>17</sup>

La preocupación por regular específicamente la institución familiar en América Latina, es una situación que sobre todo ha tomado fuerza en

---

15 Torrado, H. (2020). *Derecho de Familia: Matrimonio, filiación y divorcio*, cuarta edición, Bogotá D.C, Colombia: Editorial Legis, Universidad Sergio Arboleda.

16 Asamblea Nacional Constituyente. (7 de Julio de 1991). Constitución Política de 1991. Bogotá D.C, Colombia.

17 Rosa Guío (2009) “El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana” *Studiositas*, 4(3) p. 66. pp. 65-81

lo denominado por Esborraz como la “segunda oleada” de las reformas constitucionales en América Latina, contexto histórico que parte en los años ochenta del siglo XX, con la caída de las dictaduras cívico-militares, momento en el cual se produce “un renacimiento del constitucionalismo, acompañado de una especial consideración de la teoría de los derechos humanos, lo que se vio reflejado en una democratización de la vida nacional en todos sus aspectos (político, social, cultural, etc)”<sup>18</sup>

La globalización, el renacimiento acelerado de la tecnología, y las complejas relaciones sociales humanas, han permitido entender a la doctrina especializada a la familia como un institución sociocultural, mediada por lazos sociales, donde en algunos casos, lo científico puede ser desplazado para dar prevalencia a los lazos sociales.<sup>19</sup> De hecho, Lewis Henry Morgan, abogado, antropólogo y etnólogo estadounidense, quien dedicó su vida a estudiar la institución familiar en los distintos estadios de la evolución humana<sup>20</sup>, aceptó que la familia es un elemento activo, lo que permite inferir que no permanece pétreo, expectante o estacionada<sup>21</sup>, lo que claramente pone en duda la suficiencia de la regulación actual que hace el derecho civil colombiano de la familia, pues implícitamente incorpora una única noción de familia basada en el parentesco, entendiendo a esta institución como el conjunto de ascendientes, descendiente, colaterales y afines de un linaje.

Además, el Código Civil colombiano proviene del Código Civil Chileno y este a su vez del Código Civil de Napoleón, preceptos que contienen la misma imprecisión, no definieron el concepto de familia<sup>22</sup> y la regulación familiar en ellos realizada, da prevalencia a las fuentes de familia formalmente constituidas a través del matrimonio que sobre las formadas por hechos, vg. Uniones maritales de hecho.<sup>23</sup> La única referencia a la familia que hace el Código Civil Colombiano se encuentra en el título X del libro segundo: “de los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce” en el artículo 874 *ibidem* que reglamenta el uso y la habitación:

18 Esborraz, D. F. (diciembre de 2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones. Revista de Derecho Privado(29), 15–55, p.21.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC 1171 de 2022, M.P. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

20 Engels, F. (1976). *El origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado*. Moscú, Rusia: Editorial Progreso.

21 Morgan, L. (1887). *Ancient Society*. Londres, Reino Unido: MacMillan & Company.

22 Torrado (2020), Op. cit.

23 Torrado, H. (2021) *Derecho de Familia: Unión Marital de hecho- De la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*. Séptima edición. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende, asimismo, el número de <empleados o trabajadores> necesarios para la familia. (La expresión ‘sirvientes’ fue declarada INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-552-19, debe sustituirse por las expresiones “trabajadores” o “empleados”).<sup>24</sup>

La mención que hace esta normatividad sobre la familia ha sido catalogada por la doctrina especializada como aislada y desarticulada<sup>25</sup>, siendo la mención más importante sobre la familia en el ámbito interno contemporáneo, la consignada por el constituyente primario en el artículo 42 constitucional. De hecho, el maestro Arturo Valencia Zea indicó que:

La Constitución de 1991 superó la concepción que considera a la familia y al matrimonio como unidad inescindible y a la familia originada en el matrimonio como la única digna de protección por el Estado y la sociedad; ahora tienen protección constitucional tanto la familia que nace del matrimonio como las demás realidades familiares, sin consideración a creencias religiosas, formalidades especiales, o concepciones ideales, etc.<sup>26</sup>

A pesar del alcance expuesto en la exposición de motivos en el marco de la redacción del artículo 42, el concepto de familia en Colombia fue interpretado por las altas cortes y parte de la doctrina, de forma exegética por varios años, excluyendo, por ejemplo, a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de constituir una Unión Marital de Hecho (UMH) o matrimonio civil. De hecho, el maestro Juan Enrique Medina Pabón planteaba, que uno

---

24 Congreso de la República. (26 de mayo de 1873). Código Civil. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 2.867 del 31 de mayo de 1973

25 Torrado (2020), Op. cit.

26 Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*. tomo V, séptima edición, Bogotá, Colombia: Editorial Temis, p. 65.

de los elementos esenciales del matrimonio es la diferencia de sexos; lo anterior de la lectura de los artículos 113 y 115 del Código Civil. Al respecto indicó: “estas reglas permiten identificar como de la esencia del matrimonio los siguientes elementos: acto jurídico, unión personal, singularidad, diferencia de sexos y forma solemne. Faltando cualquiera de ellos, no existe matrimonio.”<sup>27</sup> Respecto a la diferencia de sexos, este autor argumentaba que la diferencias de sexos es un requisito esencial meramente objetivo.

El matrimonio se contrae entre un individuo que tenga características físicas de hombre y uno que tenga características físicas de mujer, no importa que su psiquis corresponda a la del otro sexo o sus órganos reproductivos presenten deficiencias, estén atrofiados o hayan sido mutilados total o parcialmente.<sup>28</sup>

La mención que hace el artículo 42 de que la familia se puede constituir por “un hombre” y “una mujer” fue tomada como una configuración, de familia heterosexual, nuclear, matrimonial y convencional, la primera por cuanto expresamente se establece el estereotipo sexual tradicional “hombre” y “mujer”, la segunda, ya que se instaura el modelo clásico de familia, hombre, mujer y descendientes.<sup>29</sup>

En consecuencia, la normatividad vigente e incluso la misma constitución (al ser interpretada de modo textual) concebían un concepto de sexualización de la familia tradicional, siendo a través de la jurisprudencia posible cambiar esta concepción, por una más amplia, que se adecue a los postulados constitucionales. Para este momento, se otorgó en principio mayor protección a otras formas de familia como las ensambladas, de crianza, monoparentales, entre otras; en efecto, fue a partir del año 1996, con el reconocimiento implícito de la familia de facto, que se empezó a consolidar a través de la protección de las formas de familia referidas, una disrupción a la noción tradicional de familia y se empezó a ampliar la protección de

---

27 Medina, J (2008) *Derecho Civil: Derecho de Familia*. Bogotá, D.C, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, p. 55.

28 *Ibid.* p.57

29 Padilla, M, Solano, A. & Erazo, L. (2021) Reconocimiento socio-constitucional de las formas contemporáneas de conformación familiar en Colombia: En López, R. & et. al. *La investigación jurídica en perspectiva multidisciplinar: Aportes para la comprensión de realidades sociales, políticas y jurídicas*. Bogotá, Colombia: Primera edición. Editorial Uniautónoma del Cauca. pp. 1-160.

esta institución familiar a otras formas de configuración familiar, evolución que se abordará a continuación.<sup>30</sup>

## **5.2 Acercamiento a la evolución jurisprudencial del concepto de familia en Colombia**

El sistema jurídico colombiano ha estado marcado por una pasividad del Congreso de la República de regular temas coyunturales de trascendencia nacional, como es el caso de la familia homoparental, el aborto, las TRHA, las familias de hecho o de crianza, el reconocimiento y regulación de Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales, DESCAs, entre otros hechos, derechos y realidades sociales. Es por ello que, apelando al diseño institucional establecido en la Constitución de 1991, que corresponde a la fórmula del constitucionalismo fuerte<sup>31</sup>, la Corte Constitucional como máxima intérprete de la constitución ha dinamizado los derechos y prerrogativas constitucionales a las dinámicas sociales actuales, a través de: el control de constitucionalidad de las leyes, la implementación de sentencias integradoras y estructurales y “la existencia de un sistema mixto de control de constitucionalidad que combina las facultades judiciales de inaplicación de las leyes con un esquema de alta apertura al control concentrado de constitucionalidad”.<sup>32</sup>

Indudablemente la institución familiar es una figura que permea todas las etapas del ser humano, la Corte Constitucional ha reconocido que en ella es en donde se concilian las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social, a su vez que se materializan varios de los principios y valores consagrados en la carta política de 1991, incluso, ha establecido que al ser una institución anterior al estado, expresa la naturaleza social del

---

30 En relación con la familia de crianza, puede consultarse: Padilla, M. & Guacheta, J. “La Crianza como fuente del Parentesco: Reflexiones Socio-jurídicas en torno a la familia de hecho” (2023) Editorial Uniautónoma del Cauca pp. 83-94. De igual modo, se puede consultar: Padilla, M., & Guacheta, J. (2024). ¿Equidad en la protección familiar? Un análisis de la pensión de sobrevivientes y su acceso para las familias de crianza en el contexto colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, 26(1).

31 Roa, J. E. (2019) *Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Primera edición, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

32 *Ibíd.*, p.494.

hombre; de hecho, es en ella en donde el ser humano se forja para vivir en sociedad, de ahí su condición de institución o célula fundamental.<sup>33</sup>

El concepto de familia tradicionalmente ha sido abordado de forma monodisciplinar, por ejemplo, en el marco normativo, “la familia tiene una connotación que se encuentra supeditada a la normatividad misma y por el momento histórico en que se revise”<sup>34</sup>; mientras que en el campo biológico, se concibe a la familia como “una agrupación humana de fines eminentemente biológicos”.<sup>35</sup>

La definición de esta institución fundamental adquiere relevancia en materia normativa, pues en principio, de él depende la extensión de la protección a distintas tipologías familiares que afloran de los cambios y dinámicas sociales y culturales. De ahí que, las dinámicas actuales, como el avance acelerado de la tecnología, la globalización y las complejas relaciones humanas, reclaman una visión interdisciplinar del concepto de familia, máxime si de las ciencias jurídicas se trata, pues de esta forma se podría extender la protección familiar a distintas formas de familia, sin importar criterios formales, legales o incluso científicistas.

En estos términos, la familia no puede ser comprendida de forma aislada con los cambios culturales y las exigencias sociales, ni tampoco exclusivamente por el cientificismo, puesto que esta es una institución cambiante, donde lo científico, puede ser desplazado, a efectos de extender el deber protección a cualquier tipología familiar.<sup>36</sup> Respecto a este punto, vale la pena mencionar, que si bien es cierto, con la entrada en vigor de la Constitución política de 1991, no se constituyó de forma inmediata el concepto de familia que predomina en la actualidad, sino que, de forma progresiva, el concepto de esta institución fundamental, se fue ampliado en la jurisprudencia de las altas cortes colombianas, desde el año 1996. Para este año, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia identificó una colisión entre el régimen legal de familia y los principios de la seguridad social. Mientras el régimen legal de familia se enfoca en los derechos de propiedad y herencia, la seguridad social es un servicio público obligatorio

---

33 Corte Constitucional, (1994, 15 de junio). Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-278 de 1994, exp. T- 31.510. M.P Hernando Herrera Vergara.

34 Oliva, E., & Villa, V. J. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 11-20.

35 *Ibíd.*, p. 15.

36 Corte Suprema de Justicia (2022, 8 de abril) Sala de Casación Civil, Sentencia SC 1171-2022. Rad. 08-2012-00715 M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

que busca proteger al núcleo familiar de las contingencias que se encuentran previamente establecidas en la ley.<sup>37</sup>

En esta providencia se evidencia la colisión de las normas que regulan la filiación y la filiación real que emerge de las relaciones sociales complejas, colisión que resulta relevante en materia de seguridad social. El caso analizado por la Corte, se refiere a un menor que busca reclamar la pensión de sobrevivientes, pero cuyo reconocimiento voluntario por parte del causante se hizo en vigencia del vínculo matrimonial anterior de su madre, lo que por expresa disposición legal (art. 3 de la Ley 75 de 1968 hoy derogado) lo convertía en un hijo no reconocido legalmente. Por ello, al mismo tiempo que se adelantaba el proceso laboral, en la jurisdicción de familia se ventilaba un juicio de impugnación de la paternidad, lo que generaba serias dudas sobre la filiación legal del demandante.

Sin embargo, la Corte reconoce que cuando se trata de problemas relativos a la prueba de la condición de beneficiario de esta prestación, no necesariamente procede la prejudicialidad frente a la jurisdicción de familia, ya que la Seguridad Social “propende por proteger las personas a quienes dicha contingencia afecta directamente, vale decir al núcleo familiar pero entendido más con un criterio natural y socioeconómico que puramente legal”.<sup>38</sup> Bajo este entendido concluyó:

Dadas estas circunstancias, por razones de orden constitucional y de principio, no se remite a duda que en el presente caso, debe otorgarse prelación al concepto real de la relación familiar de filiación frente al criterio legal que lo contraría, sobre todo porque se trata del reconocimiento de una prestación de Seguridad Social que procura aliviar la condición de precariedad en que queda la familia al desaparecer su cabeza, contingencia que precisamente sufre la demandante señora María Celeny y su hijo.<sup>39</sup>

Además, por ejemplo para el año 2010, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoció que si bien podría decirse que la filiación no es otra cosa que la “afirmación jurídica” de un nexo biológico entre los padres e hijos, “lo cierto es que en un plano de estricta juridicidad,

---

37 Corte Suprema de Justicia, (1996,13 de diciembre) Sala de Casación Laboral, radicado 9125, Gaceta Judicial Núm. 2483. M.P Francisco Escobar Henríquez.

38 *Ibíd.*

39 *Ibíd.*

no parece posible hacer una aseveración tan contundente, de manera que definiciones de esa estirpe evidencian una ostensible deficiencia en cuanto circunscriben el aludido vínculo a uno sólo de los criterios de los que se vale el legislador para determinarlo.”<sup>40</sup>

Bajo este contexto, la Corte resaltó la especial trascendencia que han tenido las TRHA en los tiempos actuales y la consolidación del principio de responsabilidad en la procreación como una forma de abordarlas, “dado que hoy no solamente es posible, sino realmente usual, que exista procreación sin necesidad de relación sexual alguna e, inclusive, sin que los interesados en asumir la paternidad hubiesen aportado el material genético”.<sup>41</sup> En consecuencia, aseveró que el deseo de asumir como hijo a un ser a través de estas técnicas, es una cuestión que sin duda alguna merece protección jurídica, para cuyo caso el criterio biológico resulta insuficiente o, incluso inútil.

Así ocurrirá, por ejemplo, respecto del hijo nacido, con autorización del cónyuge de la mujer casada, por inseminación heteróloga, o mediante la fecundación in vitro del óvulo de la mujer con semen de un donante, en cuyo caso, la paternidad matrimonial habrá de apoyarse en la voluntad del marido de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo de esos procedimientos.<sup>42</sup>

La posición anterior, deja en evidencia, el cuestionamiento de la Corte en relación con la insuficiencia del ordenamiento pético de las personas para abordar dinámicas actuales y la consolidación de voluntad responsable de los individuos expresada a través del consentimiento como instrumento jurídico para constituir la filiación. Como se expondrá más adelante, este reconocimiento se incorporó en la Sentencia SC-6359 de 2017, que analizó un caso de las TRHA, e incluso se ha visto materializado en varias sentencias que analizaron la familia *de facto*, dentro de las cuales se destacan la STC 1976 de 2019, la SC 4856 de 2021 y la SC 1171, 2022.

En la Sentencia en estos términos, la Corte analiza STC 1976 de 2019, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en instancia de tutela, es decir, como juez constitucional, analizó el caso de una niña de 15 años de edad

---

40 Corte Suprema de Justicia (2010, 21 de mayo) Sala de Casación Civil. Sentencia rad. 001-2024-0072-01 M.P Pedro Octavio Munar Cadena.

41 *Ibíd.*

42 *Op. cit.*

quien en el marco de un proceso de impugnación de la paternidad solicita la protección sus derechos fundamentales vulnerados por la obligación impartida por parte del Juez de Familia de practicarse la prueba de ADN con miras a establecer su filiación natural, aunque esta no desea saber si el demandante es o no su progenitor, pues desde su nacimiento tiene establecida plenamente su familia de crianza. En el caso analizado, la Corte recordó la importancia del interés superior del menor y la prevalencia de sus derechos, precisando y reconoció la importancia de la familia como espacio que permite el desarrollo armónico e integral de los menores, a tal punto de que cualquier cambio que se pretenda imponer, debe obedecer a la protección de los derechos de los menores, circunstancia que deben valorar las autoridades administrativa o judiciales.<sup>43</sup> Además, precisa que el derecho a la filiación se encuentra íntimamente ligado con valores constitucionales como la dignidad humana y la autonomía de la persona, por lo que la identidad que se estructura a partir de las reglas jurídicas debe corresponder con la identidad que surge de las dinámicas sociales, pues de lo contrario, sería un obstáculo inconstitucional al libre desarrollo de la personalidad.<sup>44</sup>

a la familia desde la sociología y plantea que aquellas familias en que se sustituye la paternidad biológica por lazos de afecto, solidaridad, respecto, que algunos denominan “paternidad socioafectiva” es merecedor de la misma protección constitucional y legal reconocida a la surgida del acto de la concepción<sup>45</sup>, reconociendo que “debe prevalecer la afectividad como generador del vínculo filial, permitiendo al hijo conservar su estado civil a pesar de la inexistencia de parentesco consanguíneo con quien pasaba como su padre”.<sup>46</sup> En consecuencia, la Corte reprocha el actuar del juez, al dar prevalencia a una interpretación taxativa del ordenamiento, desconociendo no solamente principios y valores constitucionales, sino también, las consecuencias emocionales y afectivas de un individuo que ha entablado una relación con sus padres de crianza, poniéndose en riesgo su derecho a pertenecer a un núcleo familiar.

De allí que, si la accionante se encuentra integrada a una familia, en la cual encuentra el apoyo necesario para desarrollar a plenitud sus prerrogativas superiores, aun si ésta no se halla compuesta por los dos

---

43 Corte Suprema de Justicia (2019, 21 de febrero) Sala de Casación Civil, Sentencia STC 1976 de 2019, M.P Ariel Salazar Ramírez.

44 *Ibíd.*

45 Corte Suprema de Justicia (2019, 21 de febrero) Sala de Casación Civil, Sentencia STC 1976 de 2019, M.P Ariel Salazar Ramírez.

46 *Ibíd.*

progenitores biológicos, sino por uno de ellos y su padre afectivo, es la solidificación de los vínculos emocionales allí compartidos, la que genera la consolidación del estado civil que le figura en su registro de nacimiento, y de allí deriva su derecho de no aceptar la paternidad del demandante y de permanecer en el seno de su grupo familiar, el cual debe recibir la protección del Estado como institución base de la sociedad, a fin de que pueda asumir plenamente sus responsabilidades, siendo improcedente cualquier injerencia que la perturbe. En estos términos, la Corte considera que, el estado civil consolidado entre la tutelante y sus padres debe prevalecer sobre la verdad biológica, siendo este inobjetable a partir del mandato contenido en los artículos 44 de la Carta Magna y el artículo 9º de la Ley 1098 de 2006.

La sentencia referida, ha sido considerada como una extensión interpretativa en clave de corrección constitucional, en tanto que, a través de una interpretación axiológica de postulados supralegales, la denominada en la sentencia “filiación de crianza o social”, “es congruente con la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; en contraste a la lógica conservadora de las reglas ordinarias sobre filiación.”<sup>47</sup>

En la Sentencia SC 4856 de 2021 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en un asunto en el que se impugnaba el reconocimiento de la causante a un menor a pesar de su incompatibilidad genética, reconoce que la maternidad puede emerger por elementos psicológicos, sociales, culturales y afectivos, pues ser madre es un estado natural y sociocultural, por lo que, los herederos o terceros con un interés actual, no pueden desconocer claros actos positivos de la posición materno filial que ocupó voluntariamente la causante.

Finalmente, en la Sentencia SC 1171 de 2022, la Corte analizó un caso en el que se refirió a la familia de crianza y estableció algunas subreglas en torno al tiempo de convivencia y el proceso declarativo verbal de posesión notoria. En sede de Casación, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, indicó en casación oficiosa que es un hecho que:

La concepción de familia ha tenido una evolución constante en el derecho y, por ende, ha ampliado el contenido del estado civil; así, comenzando por un escenario de anomia legislativa, se trasegó hacia una regulación limitada a ciertos temas económicos entre parientes consanguíneos y afines, que con

---

47 Moreno V & Restrepo J. (2020). Análisis jurisprudencial de la sentencia stc-1976 de 2019 de la corte suprema de justicia de Colombia: Un caso de corrección constitucional en la filiación de crianza. *Estudios constitucionales*, 18(2). pp.363-364

los años se expandió de acuerdo con la realidad social para normar aspectos concernientes a los efectos civiles e, incluso, reconocer novedosas formas de organización familiar propias de la evolución social.<sup>48</sup>

En estos términos, esta Corporación entendió que el concepto de familia no debe definirse únicamente por el cientificismo, “porque doblega en repetidos casos, el derecho, la libertad y la autonomía de la voluntad. La familia es ante todo una institución cultural, mediada por lazos sociales, donde lo científico puede ser desplazado.”<sup>49</sup> En esta sentencia, la Corte establece que para que se configure la posesión notoria, es necesario cumplir tres (3) presupuestos a saber: el trato, la fama y el tiempo, así:

El padre o la madre debe haber, no sólo abrigado al hijo en su familia, sino proveer moral y económicamente por su subsistencia, educación y establecimiento, debiendo trascender el ámbito privado al público, tanto que sus deudos, amigos o el vecindario en general, le hayan reputado como hijo de ese padre en virtud de aquel tratamiento; y extenderse por mínimo cinco (5) años.<sup>50</sup>

Asimismo, precisa que, si en un proceso de impugnación de la paternidad obran en los medios de convicción pruebas de que los 3 requisitos anteriores se cumplen, no es admisible la procedencia de ninguna de las causales de impugnación del acto de reconocimiento, toda vez que “posesión notoria del estado de hijo es inexpugnable (cfr. CSJ, SC, 14 sep. 1972 y SC, 5 nov. 1978), en garantía de caros principios del derecho patrio como la protección de todas las formas de familia.”<sup>51</sup>

Bajo esta comprensión, la jurisdicción civil ha reconocido que si bien la literalidad del artículo 219 del Código Civil requieren que el reconocimiento de la calidad de hijo, deba hacerse de forma expresa por testamento o en otro instrumento público, lo cierto es que “la filosofía que inspira este mandato excede de las anotadas formalidades, pues su esencia se encuentra

---

48 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (8 de abril de 2022). CSJ Sentencia SC 1171. Bogotá D.C, Colombia: M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

49 *Ibíd.*

50 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (8 de abril de 2022). CSJ Sentencia SC 1171. Bogotá D.C, Colombia: M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

51 *Ibíd.*

en la protección del querer reflexivo de quien efectúa el reconocimiento”,<sup>52</sup> querer que no podría ser restringido o limitado por un acto unilateral del declarante o de sus herederos.

Estos pronunciamientos dan cuenta de la concepción material de la familia y la filiación que se ha ido acogiendo por parte de la Corte Suprema de Justicia, entendiendo a la filiación más que un tema biológico, como una situación sociocultural, incorporando los términos de paternidad psicológica y filiación psicoafectiva,<sup>53</sup> pronunciamientos que dan cuenta de la importancia del análisis interdisciplinar en las ciencias jurídicas, máxime, cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional y de derechos humanos fundamentales.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional quien a partir del año 1997 optó por adoptar una posición garantista en relación con las familias de hecho o de crianza y las familias ensambladas, extendiendo con posterioridad en el año 2007 esta posición jurisprudencial en favor de las parejas del mismo sexo, consolidando para el año 2011 a través de una sentencia de constitucionalidad que tiene efectos *erga omnes* un concepto amplio y pluralista de familia, que se acompasa a las dinámicas sociales actuales, y que cobija a todo tipo de familias ampliadas, de crianza, ensambladas, monoparental, homoparental, entre otras, recorrido jurisprudencial que se abordará con más detalle en el siguiente acápite.

En efecto, las altas cortes, pero en especial la Corte Constitucional, han adoptado un concepto que abarca las realidades y necesidades sociales vigentes, comprendiendo que en una sociedad plural como Colombia, en la que convergen diferentes creencias, cosmovisiones y características demográficas, la familia no puede ser entendida de manera aislada, sino de acuerdo con el principio de pluralismo,<sup>54</sup> lo que implica “un amplio grado de autonomía, esto es, que las personas pueden optar por configurar su grupo familiar de acuerdo con su personal criterio, con la sola condición que se trate de una decisión responsable”;<sup>55</sup> de ahí que, “toda norma que

~~~~~  
52 *Ibíd.*

53 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, CSJ Sentencia SC 3327, Bogotá, D.C: M.P Francisco Ternera Barrios, 2022.

54 Corte Constitucional, (2009, 26 de agosto) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-572, 2009, Exp.T- 2.247.179, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

55 Corte Constitucional, (2018, 23 de julio) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-281 de 2018, Exp. T-6.608.264 M.P José Fernando Reyes Cuartas.

establezca una discriminación basada en el origen familiar es contraria a la Constitución”.⁵⁶

En suma, actualmente en Colombia tanto la doctrina especializada como el precedente vigente, no solo comprende a la institución familiar exclusivamente con sus integrantes o un vínculo solemne o religioso, sino también, desde una dimensión consensual y material, dando plenos efectos jurídicos a la autonomía personal, el derecho fundamental a constituir una familia y la voluntad responsable de sus integrantes de constituir una familia, desplazando incluso, en algunos casos, los lineamientos pétreos propios del cientificismo.⁵⁷ De ahí que, la institución familiar funde “su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”.⁵⁸

5.3 ¿Protección Constitucional a la familia homoparental en Colombia?

La noción de familia homoparental, no se encuentra en ningún apartado del texto constitucional, de hecho, algunos autores han sostenido que este concepto ha cogido fuerza en la sociedad occidental por las manifestaciones homosexuales de los años 1960 y 1970.⁵⁹ Este concepto hace referencia al “vínculo afectivo y estable conformado por dos personas del mismo sexo, quienes pueden o no criar y educar a niños/as”.⁶⁰ Tampoco, obra en el texto constitucional colombiano la expresión “homosexual” o “homosexualidad”; de hecho, a nivel regional solamente dos textos constitucionales hacen alusión a la familia homoparental, a saber: (i) la Constitución de Honduras en su artículo 112 reformado por el Decreto 176 de 2004, que establece que “se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho del mismo sexo. Los matrimonio o uniones de hecho del mismo sexo celebrados bajo las leyes de otros países

56 Corte Constitucional, (1994, 10 de marzo) Sala Plena, Sentencia C-105-1994, Exp. D-390. M.P Jorge Arango Mejía.

57 Corte Suprema de Justicia (2022, 8 de abril) Sala de Casación Civil, Sentencia SC 1171-2022. Rad. 08-2012-00715 M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

58 Corte Constitucional, (2016, 27 de septiembre) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-525-2016. Exp. T-5454638. M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

59 Pérez, A. (2016) *Homoparentalidad*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile.

60 *Ibíd.* p. 24.

no tendrán validez en Honduras”.⁶¹ (ii) La Constitución de Ecuador, por su parte, establece en el artículo 68 que “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”.⁶²

Claramente, el reconocimiento de la familia homoparental ha sido una cuestión íntimamente ligada a la visión moral, política e incluso religiosa de un territorio determinado, de ahí que, por ejemplo, algunas constituciones latinoamericanas hayan excluido expresamente la posibilidad de ser reconocidos como una familia formalmente constituida o incluso la posibilidad de adopción. Sin embargo, gracias al derecho internacional de los derechos humanos, las aplicaciones de disposiciones constitucionales se han hecho en clave con el núcleo duro de derechos humanos como el derecho a constituir una familia, la libertad, la igualdad y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, de forma amplia, progresiva acorde con el principio *pro homine*.⁶³

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la inclusión de la institución familiar del artículo 42 constitucional fue algo novedoso, ya que otorgó plenos efectos jurídicos al decisión responsable de conformar una familia, noción de donde se desprende la Unión Marital de Hecho (UMH) regulada por la Ley 54 de 1990 y se constituyó un carácter más laico a esta institución, al regular todo lo concerniente a los efectos jurídicos del matrimonio, sumado a que se modificó el alcance del concordato, el cual antes “determinaba y controlaba los matrimonios celebrados por el rito católico. Otro tanto sucede por el reconocimiento y el régimen de cesación de efectos civiles de matrimonio.”⁶⁴

Sin embargo, a pesar de los avances anteriores y que con la Constitución de 1991, Colombia se promulgó como un Estado laico, la transición entre la Constitución del 86 y la del 91, conllevaron a que aún existiera una marcada apreciación moral y religiosa de la institución familiar, pese al reconocimiento del pluralismo y la laicidad en la configuración dogmática de la Carta Política. Lo anterior, terminó por “solidificar perjuicios sumamente enraizados que impedirían siquiera empezar, por algún tiempo al menos,

61 Asamblea Nacional Constituyente, (1882, 20 de enero) Constitución Política de 1882, Gaceta número 23,612. Honduras.

62 *Ibíd.*

63 Esborraz, D. F. (diciembre de 2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones. *Revista de Derecho Privado*(29), 15–55, p.21.

64 Barreto & Sarmiento (1997) “Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas: De los derechos, las garantías y los deberes”. Bogotá D.C: Comisión Colombiana de Juristas, p. 176.

el debate sobre derechos a la personalidad, a la pareja, a la familia y al matrimonio, fundados en la homoafectividad”.⁶⁵ Bajo esta comprensión, para la época gran parte de la doctrina especializada, comprendía que el artículo 42 al establecer que la familia se forma “por la decisión libre de un hombre y de una mujer”, excluye la posibilidad de reconocer y proteger los lazos homoafectivos, máxime, si se interpreta con el artículo 113 del Código Civil, precepto que establece que “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”

Nótese, por ejemplo, que el profesor, Juan Enrique Medina Pabón, de una lectura de los artículos 113 y 115 del Código Civil, establece que dentro de los elementos esenciales del matrimonio se encuentra la diferencia de sexos, así “estas reglas permiten identificar como de la esencia del matrimonio los siguientes elementos: acto jurídico, unión personal, singularidad, diferencia de sexos y forma solemne. Faltando cualquiera de ellos, no existe matrimonio”.⁶⁶ Además este autor agrega que:

El matrimonio se contrae entre un individuo que tenga características físicas de hombre y uno que tenga características físicas de mujer, no importa que su psiquis corresponda a la del otro sexo o sus órganos reproductivos presenten deficiencias, estén atrofiados o hayan sido mutilados total o parcialmente.⁶⁷

En consecuencia, la normatividad vigente e incluso la forma de interpretación de la misma constitución concebían un concepto de sexualización de la familia tradicional. “Esta visión restrictiva prevaleció en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1977-1990) y en la misma Corte Constitucional durante un primer período de su jurisprudencia (1992-1998)”.⁶⁸ A partir de 1998, la Corte Constitucional empezó a consolidar una línea de corrección constitucional que reescribió la concepción jurídica y moral de la familia homoparental. Con la sentencia C-481 de 1998 a través de la teoría de los “criterios sospechosos”, esta Corporación sentó que las

65 López, M (2016) *Cómo se construyen los derechos: Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Primera edición. Bogotá, D.C, Colombia: Legis Editores S.A. pp. 1-244.

66 Medina, J (2008) *Derecho Civil: Derecho de Familia*. Bogotá, D.C, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, p. 55.

67 *Ibid.* p. 57

68 *Op.cit.*

distinciones legislativas en razón a la orientación sexual son sospechosas, debiendo justificarse de manera estricta la diferenciación para que sean constitucionalmente admisibles. En esta sentencia se sienta un precedente en el marco del derecho disciplinario de los docentes⁶⁹, pues la norma enjuiciada era el artículo 42 del Decreto 2277 de 1979. Esta Corporación encontró que en el ordenamiento constitucional colombiano:

La orientación homosexual, incluso si asumimos que ésta es escogida libremente y no determinada biológicamente, no puede constituir un criterio para que la ley restrinja el acceso de la persona a un determinado bien o le imponga una carga, por cuanto las autoridades estarían no sólo afectando su libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) sino que además desconocerían el pluralismo que la Carta ordena proteger (CP art. 7º).⁷⁰

Esta sentencia, muestra un cambio por reconocer a las parejas del mismo sexo como una población minoritaria discriminada, incluso, legislativamente, sin embargo, aún para este momento la Corte no estudia temas del derecho familiar como el matrimonio, la unión marital de hecho o la adopción, ni tampoco temas relacionados con la seguridad social en relación con los beneficiarios en salud o de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional.

Sin embargo, para el año 2007, la Corte por primera vez, mediante la sentencia C-075 de 2007, otorga un alcance distinto al artículo 1 de la Ley 54 de 1990 *“Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*, declarando la exequibilidad condicionada de esta normatividad, “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.”⁷¹ En este asunto la Corte extendió la protección de la Unión Marital de Hecho (en adelante UMH) a las parejas del mismo sexo.

La UMH, fue una novedosa categoría jurídica en Colombia incorporada al ordenamiento jurídico mediante la Ley 54 de 1990, con anterioridad a esta

69 Decreto 2277 de 1979: “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”

70 Corte Constitucional, (1998, 9 de septiembre) Sala Plena, Sentencia C-481-98. Expediente D-1978 M.P Alejandro Martínez Caballero.

71 Corte Constitucional, (2007, 7 de febrero) Sala Plena, Sentencia C-075, Expediente D-6362, M.P Rodrigo Escobar Gil.

normatividad, existía una ignorancia por parte de la legislación colombiana de la familia natural, puesto que si bien se reconoció la figura de la concubina, como aquella mujer que viviera públicamente con un hombre, como si fueran casados, siempre que uno y otro fueran solteros o viudos, para efectos de reconocimiento de la paternidad, es decir, se hacían en relación con los hijos, pero en ningún caso frente al reconocimiento marital y sus efectos personales y patrimoniales.⁷²

Luego, sin perjuicio del avance jurisprudencial lento y sistemático por parte de la Corte Suprema de Justicia, en materia del “concubinato”, solamente, desde una visión positivista, fue a partir de la Ley 54 de 1990, que se reconoció esta situación de hecho estableciendo el legislador de forma normativa, los requisitos para su configuración y los efectos jurídicos y patrimoniales de las relaciones maritales de hecho, denominadas en esta ley como “Unión Marital de Hecho”.

Entonces, a partir de esta sentencia, la Corte Constitucional comenzó a consolidar una línea jurisprudencial de protección a las parejas del mismo sexo, en las distintas dimensiones del derecho, como la Seguridad Social en salud y pensiones. En este sentido, el mismo año, mediante la sentencia C-811 de 2007, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo”.⁷³ Este artículo establecía por quien estaba conformado el núcleo familiar del afiliado en salud, empero, dentro de una interpretación gramatical no estaban previstas las parejas del mismo sexo, en consecuencia, con esta sentencia, se extendió dicha posibilidad, precisando que para incorporar al régimen de salud a un compañero o compañera del mismo sexo, basta comprobar su calidad y la vocación de permanencia a través del mismo mecanismo establecido en la Sentencia C-521 de 2007, “esto es, declaración ante notario en la que conste que la pareja convive efectivamente y que dicha convivencia tiene vocación de permanencia, independientemente de su tiempo de duración”.⁷⁴

Posteriormente, para el año 2008, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que enuncia los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. La pensión de sobrevivientes, hace referencia

72 Torrado, H. (2021) *Derecho de Familia: Unión Marital de hecho- De la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*. Séptima edición. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

73 Corte Constitucional, (2007, 3 de octubre) Sala Plena, Sentencia C-075, Expediente D-6749, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

74 *Ibíd.*

a las prestaciones económicas que buscan proteger a los integrantes del núcleo familiar del afiliado o pensionado fallecido, es decir, contribuir al sostenimiento familiar. El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, bajo el nombre genérico de Pensión de Sobrevivientes, enunció la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes, siendo la primera aplicable cuando el causante tenía la condición de pensionado (art. 46 #1); mientras que la segunda, cuando tenía la condición de afiliado (art. 46 #2).⁷⁵ En este caso, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 46 “en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”.⁷⁶

Para el año 2009, mediante la sentencia C-029 de 2009 la Corte declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones demandadas de los artículos 14 y 52 de la Ley 190 de 1995, 1º de la Ley 1148 de 2007, 8º de la Ley 80 de 1993, 40 y 84 de la Ley 734 de 2002 y 286 de la Ley 5ª de 1992, “en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo”.⁷⁷

Para algunos autores, en esta providencia la Corte hizo una corrección jurisprudencial o una precisión jurisprudencial frente a la ratio de la C-075 de 2007, en ese sentido, precisó que:

Era preciso revisar en sede de constitucionalidad cada norma donde el legislador hubiera usado el concepto de “compañero permanente” para verificar si, en el caso concreto, la distinción entre pareja heterosexual y pareja homosexual resultaba justificada o no. Si no lo era, la Corte declarararía la ampliación del significado de “compañero permanente” (u otras expresiones análogas) para cubrir a la pareja del mismo sexo en cada norma según se fueran presentando a su conocimiento en acciones públicas de inconstitucionalidad.⁷⁸

75 Corte Constitucional, (2018,23 de julio) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-281, Expediente T-6.608.264, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

76 Corte Constitucional, (2008, 16 de abril) Sala Plena, Sentencia C-366, Expediente D-6947, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

77 Corte Constitucional, (2009, 28 de enero) Sala Plena, Sentencia C-029, Expediente D-7290, M.P Rodrigo Escobar Gil.

78 López, M (2016) *Cómo se construyen los derechos: Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Primera edición. Bogotá, D.C, Colombia: Legis Editores S.A. p. 7

De otro lado, en el año 2011, la Corte Constitucional en sentencia C-283 de 2011 analizó los cargos de la demanda en relación con los artículos 1016-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil. La Corte determinó, que la porción conyugal también aplica para la UMH incluyendo a su vez a las parejas del mismo sexo. En consecuencia, declaró la exequibilidad condicionada de los artículos referidos, “siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo”.⁷⁹

A pesar del avance jurisprudencial en materia de la conformación convencional de la familia homoparental y la extensión del régimen de protección contenido en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 a las parejas del mismo sexo, solo fue hasta el año 2011, cuando se estudió la constitucionalidad del artículo 113 del Código Civil y se consolidó un fallo que si bien en *su ratio decidendi* no dejó claro los efectos y alcances del matrimonio igualitario, toda vez que se declaró inhibida para resolver de fondo la acción pública de inconstitucionalidad, su *obiter dicta* estuvo llena de argumentos que inferen la viabilidad de la conformación familiar homoparental a través del matrimonio en Colombia y el déficit de protección que existía frente a esta población. Al respecto, Manuel Páez Ramírez determina que:

Los aspectos más relevantes de la sentencia C-577 de 2011 consisten, por un lado, en el reconocimiento explícito de las parejas del mismo sexo como un tipo de familia amparado por el ordenamiento jurídico colombiano y, por otro, en la identificación de un déficit de protección jurídica en su contra.⁸⁰

Sumado a lo anterior en esta sentencia, la Corte indica que no es suficiente la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan conformar una UMH, por lo que en aras de garantizar el derecho al libre desarrollo de la familia, las parejas homosexuales no pueden ver limitada su voluntad familiar en la institución del concubinato, sino, que el Estado Social de Derecho a través de su ordenamiento jurídico debe ofrecer otras alternativas, como el matrimonio para la constitución de una familia. La Corte concluyó

79 Corte Constitucional, (2011, 13 de abril) Sala Plena, Sentencia C-029, Expediente D-8112, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

80 Páez Ramírez, Manuel. (2013). La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia. Revista Derecho del Estado, (31), p. 233.

que, resulta evidente que las parejas del mismo sexo necesitan un mecanismo contractual que les permita formalizar sus relaciones, más allá de la unión de hecho, sin embargo, dicho mecanismo es del fuero exclusivo del Congreso de la República. En consecuencia, la Corte se declaró inhibida para pronunciarse de fondo y exhortó al Congreso de la República para que en un término de dos años regulará la materia, autorizando a notarios y jueces competentes para formalizar dichos vínculos mientras el congreso legisla la materia, así:

Los notarios y los jueces deberán celebrar los contratos maritales entre parejas de personas del mismo sexo, aplicando las normas legales, como si reunieran los actuales requisitos legales para contraer el matrimonio de parejas de sexo distinto, hasta tanto el legislador supere el déficit de protección existente.⁸¹

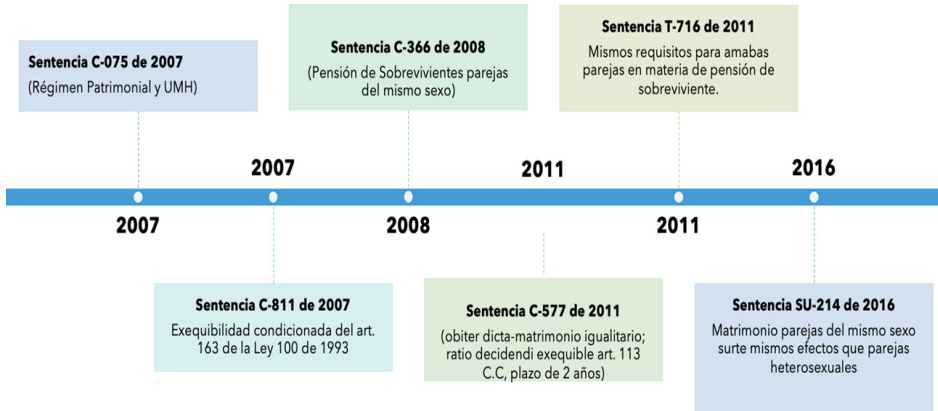
Cumplidos los dos años, tanto notarios como jueces tomaron diferentes posiciones en la interpretación de la *obiter dicta* de la decisión, algunos operadores jurídicos procedían a realizar el matrimonio civil mientras que otros los negaban, en virtud de la autonomía judicial, también se discutía la naturaleza jurídica del vínculo y si se trataba del mismo contrato solemne civil del matrimonio heterosexual. Dada la pluralidad de criterios, pasados cinco años, mediante la Sentencia de Unificación 214 de 2016, la Corte extendió los mismos efectos jurídicos del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo.

En este providencia, apelando a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y a la dignidad como piedra angular y hoja de ruta de un Estado Social de Derecho, la corte determinó que el concepto de familia consignado en el artículo 42 supralegal no puede ser comprendido en un lenguaje de reglas y en sentido restrictivo, luego, concluye que de este precepto no es posible inferir una prohibición de la institución jurídica del matrimonio para las parejas del mismo sexo, de ahí que, “instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también”.⁸² El anterior recuento de evolución jurisprudencial, se consigna en la siguiente imagen:

81 Corte Constitucional, (2011, 26 de julio) Sala Plena, Sentencia C-029, Expediente D-8367, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

82 Corte Constitucional, (2016, 28 de abril) Sala Plena, Sentencia SU-214, Expediente D-4.167.863, M.P Alberto Rojas Ríos.

Imagen 1: Evolución jurisprudencial en el tiempo



Fuente: Elaboración propia a partir de las sentencias de la Corte Constitucional

Finalmente, frente a este tópico, resulta oportuno abordar *grosso modo* el estado actual de la adopción por parejas del mismo sexo; de hecho, la Corte Constitucional desde su creación, ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a este tópico en distintas oportunidades. La adopción encuentra asidero constitucional en el artículo 44 supralegal, el cual establece el derecho de los NNA a tener una familia y no ser separados de ella. Por su parte, la Ley 1098 de 2006, también conocida como el Código de la Infancia y Adolescencia, establece en el artículo 61 la adopción como “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.⁸³

Para gran parte de la doctrina especializada, el debate moral, político y público sobre los derechos adoptivos de las parejas del mismo sexo, es uno de los más polémicos debates actualmente. “El extendido prejuicio contra la persona homosexual y la pareja del mismo sexo tiende a considerar que no tienen la “idoneidad moral” para el parentaje, el maternaje y, en general, para el cuidado de niños”.⁸⁴

De un análisis histórico, de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, es posible evidenciar una posición restrictiva que vira hacia

83 Congreso de la República (8 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 de 2006. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.

84 López, M (2016) *Cómo se construyen los derechos: Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Primera edición. Bogotá, D.C, Colombia: Legis Editores S.A. p. 170

la moral tradicional en la sentencia C-814 de 2001. Demostrando claramente en esta providencia, un claro arraigo con la tradición cristiana, vigente y prevalente en América Latina. En esta oportunidad, la Corte precisó frente al requisito de idoneidad moral exigido a quien pretenda adoptar, que era una medida válida que pretendía proteger el interés superior del menor, sumado a que, tanto la jurisprudencia de la Corte para la época como los instrumentos de derecho humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad permitían utilizar la moralidad pública, como una forma que permite al legislador y en algunos casos al juez constitucional, limitar ciertos derechos fundamentales.⁸⁵ Adicionalmente, en esta oportunidad, la Corte estableció:

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tenerla familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.⁸⁶

Posteriormente, la jurisprudencia constitucional en sede de control concreto de constitucionalidad, creó algunas excepciones, a la posición tradicional de la Corte, permitiendo la adopción en determinados casos.⁸⁷ Esto se constata en las sentencias T-276 de 2012 y SU-617 de 2014. En la primera de ellas, se trata de un ciudadano estadounidense que surtió todo el trámite legal para la adopción de dos hermanos, hasta la expedición de la sentencia correspondiente por un juez de familia que establece el vínculo

85 Corte Constitucional, (2001, 2 de agosto) Sala Plena, Sentencia C-814, Expediente D-3378, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

86 *Ibíd.*

87 López, M (2016) *Cómo se construyen los derechos: Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Primera edición. Bogotá, D.C, Colombia: Legis Editores S.A.

civil. Sin embargo, dada una conversación informal entre el ciudadano estadounidense adoptante y una funcionaria del ICBF esta última indagó la orientación sexual del adoptante, luego, al darse cuenta que convivía con una persona del mismo sexo, impidió la salida de los menores del país e inicio un proceso de restablecimiento de los derechos de los menores. El problema jurídico, por tanto, en la sentencia T-276 de 2012⁸⁸, se centra en determinar, si el ICBF vulneró los derechos al adoptante y a sus hijos adoptivos, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, así como los derechos de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y a no ser discriminados por su origen familiar, lo anterior, ya que esta entidad, inició un proceso de establecimiento de derechos con fundamento únicamente en la orientación sexual del adoptante.⁸⁹

Para la Corte, en el caso *sub examine*, la accionada “adoptó decisiones injustificadas y desproporcionadas que constituyen una vía de hecho administrativa y lesionaron los derechos fundamentales de los peticionarios al debido proceso y a la unidad familiar”.⁹⁰ En consecuencia, la corte determinó que “si bien es cierto en el proceso de adopción no se tuvo conocimiento de la orientación sexual de XXX, tal hecho no le puede ser imputable”⁹¹, ya que, “no es posible interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual”.⁹² Bajo esta tesis, la Corte deja sin efecto, todas las resoluciones dictadas dentro del proceso de restablecimiento de derechos y por consiguiente, ordenó la entrega definitiva de la custodia de los menores a su padre adoptivo.

De otro lado, en la sentencia de unificación SU-617 de 2014, la Corte analizó un caso muy particular en el que convergen los derechos de las familias homoparentales y el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida por parte de estas formas de conformación familiar. En esta oportunidad, la Corte analiza un caso en el que dos mujeres del mismo sexo, quienes había suscrito en Nüremberg (Alemania) un documento oficial en el que estipulaban acordar que una de ellas se sometería a un procedimiento de inseminación artificial con los gametos determinados de un donante conocido por ambas compañeras y que ellas renunciaban a

88 En esta providencia la Corte analiza la proporcionalidad y el debido proceso en el trámite de restablecimiento del derecho, más no realiza un acercamiento dogmático hacia la orientación sexual y la adopción propiamente dicho.

89 Corte Constitucional, (2012, 11 de abril) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-276, Expediente T-3'242.483, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

90 *Ibíd.*

91 *Ibíd.*

92 *Ibíd.*

solicitar la declaración de paternidad del donante conocido. Posteriormente, mediante escritura pública suscrita en la ciudad de Medellín, declararon haber conformado una unión permanente entre ellas.⁹³

A través del procedimiento de inseminación artificial, una de las compañeras concibió una hija, y dio a luz el día 4 de febrero de 2008, conviviendo las compañeras y la hija biológica de una de ellas desde el nacimiento, asumiendo ambas partes a manutención, cuidado y crianza de aquella. En consecuencia, la madre biológica de la menor “presentó solicitud de adopción ante la Defensoría de Familia de Rionegro, para la conformación del vínculo paterno filial entre su hija y su compañera permanente”.⁹⁴ Sin embargo, la Defensoría Segunda de Familia de Rionegro declaró la improcedencia de la petición, argumentando que el ordenamiento jurídico vigente no prevé la adopción por las parejas del mismo sexo. Ante la negativa de la entidad, las compañeras y la menor representada legalmente a través de su madre biológica incoaron acción de tutela para proteger el derecho de la menor a tener una familia, el derecho a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y el debido proceso.

Frente a este caso, la Corte precisa que en sede de tutela le corresponde determinar si la decisión de la defensoría de familia tuvo ciertas irregularidades procedimentales ante la negativa de la adopción con fundamento en la conformación homosexual de la pareja que pretendía la adopción, encontrando que:

La determinación de la entidad accionada resulta lesiva de los derechos mencionados, la decisión del juez constitucional no excluye el análisis que deberán efectuar las autoridades administrativas y judiciales sobre la viabilidad de la adopción por consentimiento cuando el menor es el resultado de una inseminación artificial de donante conocido que, pese a conocer de la existencia del niño, no lo ha reconocido, ni ha manifestado ningún interés la conformación de la relación paterno-filial.⁹⁵

A pesar de que la Corte no toma una decisión de fondo en relación con establecer el vínculo civil entre la compañera permanente de la madre

93 Corte Constitucional, (2014, 28 de agosto) Sala Plena, Sentencia SU-617, Expediente T-2597191, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

94 Ibid.

95 Corte Constitucional, (2014, 28 de agosto) Sala Plena, Sentencia SU-617, Expediente T-2597191, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

biológica del menor, en la *obiter dicta* de la sentencia, sienta algunos criterios o argumentos jurídicos que pueden ser tenidos en cuenta para resolver la petición de fondo por la autoridad competente en el trámite administrativo respectivo. Esto es que, si bien es cierto, el ordenamiento jurídico vigente “se refiere tan sólo de manera tangencial, incidental e indirecta a las técnicas de reproducción asistida”.⁹⁶ Las normas generales de filiación son aplicables, y la adopción es una figura jurídica que busca sustituir o suplir la inexistencia del vínculo filial con los progenitores, precisando que:

En principio la figura de la adopción sólo es viable, o bien cuando se han agotado y han fracasado los procedimientos para la conformación del vínculo filial con los progenitores, o cuando nunca se conformó el vínculo filial, por ejemplo, debido a que no fue posible la individualización y ubicación de los progenitores, o bien porque una vez perfeccionada la relación, desaparece posteriormente por causas naturales como el fallecimiento, por la renuncia voluntaria de los padres al vínculo o por la terminación unilateral del mismo por parte del Estado, cuando ésta representa un peligro para el menor. Así las cosas, podría pensarse que atendiendo a estas directrices generales, para proceder a la adopción requerida en la tutela, previamente se debía intentar la ubicación del padre biológico y la conformación del vínculo filial con éste.⁹⁷

La decisión de fondo en el presente caso, consistió en ordenar a la defensoría de familia revocar la solicitud de improcedencia de la solicitud de adopción y en su lugar continúe con el trámite administrativo correspondiente. Nótese, cómo la Corte en esta oportunidad considera que a pesar de la renuncia hecha por la madre biológica que se sometió a la TRHA de tramitar la respectiva filiación con el donante determinado, la Corte propende por intentar la ubicación del padre biológico y la conformación del vínculo filial con éste, en términos eminentemente deliberativos.

Para el año 2015, la Corte Constitucional mediante sentencia C-683 de 2015, se pronunció frente a una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, y contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.

~~~~~  
96 Ibid.

97 Ibid.

Los ciudadanos accionantes, acusan las normas referidas por contrariar la Constitución, la Convención sobre los derechos del niño (Preámbulo, artículos 2, 3 y 21), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10); así como, el alcance de interpretación inconstitucional realizada por autoridades administrativas de dichas normas.

La Corte, apelando a un criterio interdisciplinario a través de la participación de diferentes ciudadanos, universidades y profesionales de distintas áreas del conocimiento, declaró exequible las disposiciones acusadas, de forma condicionada, “bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.”<sup>98</sup> La Corte determinó, que de los conceptos rendidos por los numerosos investigadores, asociaciones, autoridades y organismos internacionales, “la creencia en la afectación del interés superior del menor obedece al resultado de estereotipos discriminatorios o prejuicios sociales, antes que a verdaderos problemas médicos o psicológicos”.<sup>99</sup>

En consecuencia, a través de un análisis de derecho comparado, esta Corporación concluyó que distintas adopciones legislativas y pronunciamientos de tribunales internacionales o de instancias internas de los Estados, han dado prevalencia a la primacía de los derechos de los menores y la evidencia probatoria debidamente acopiada, de manera que, la adopción de niños por parte de individuos con orientación sexual diversa, no conlleva intrínsecamente repercusiones negativas en el bienestar superior del menor ni afecta adversamente su salud física y mental, ni su desarrollo global y equilibrado.<sup>100</sup>

No es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea

---

98 Corte Constitucional, (2015,4 de noviembre) Sala Plena, Sentencia SU-617, Expediente T-2597191, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

99 *Ibíd.*

100 *Ibíd.*

para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 CP).<sup>101</sup>

El anterior recuento jurisprudencial deja en evidencia que los avances en favor de las parejas del mismo sexo han sido eminentemente jurisprudenciales y han partido desde la ampliación de normas sociales, esto es, del acceso al Sistema de Seguridad Social, como una forma de protección del Estado a la familia. Empero, aunque se han reconocido algunos derechos, en sentencias con efecto *erga omnes* y vinculatoriedad frente a los operadores jurídicos y las autoridades administrativas, siguen existiendo dificultades en la materialización y efectividad de dichas decisiones, producto de las barreras morales y socioculturales, los vacíos jurídicos y la falta de mecanismos adecuados de control, estos “son desafíos que deben afrontarse para lograr que los principios de igualdad e inclusión sean realmente puestos en marcha, para avanzar hacia el desarrollo de una sociedad en la que prevalece la protección de los derechos fundamentales y no las posturas ideológicas”.<sup>102</sup>

## **5.4 Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Colombia**

### **5.4.1 Breve recuento conceptual de las TRHA**

Los avances tecnológicos acelerados, sumado a la transformación constante de las relaciones sociales producto de la globalización, han conllevado a replantear la noción de la institución familiar desde una dimensión moral y jurídica. Como una materialización del crecimiento acelerado de los avances científicos, las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante TRHA, tuvieron como objeto hacer frente al problema de la infertilidad, que sigue siendo una enfermedad prevalente, impactando “entre un 8 y un 12% de las parejas en edad reproductiva, con un promedio de 9% luego de 12 meses de exposición a embarazo. Sin embargo, en ciertas regiones del mundo las estimaciones indican que podría alcanzar hasta el 30% de las parejas en edad fértil”.<sup>103</sup> Hacia 1978, establece la literatura

101 *Ibíd.*

102 Correa Pérez, L. A., & Pérez Munera, J. S. (2023). *Adopción homoparental en Colombia: una mirada socio jurídica a partir de una revisión literaria del periodo 2018-2022*. Trabajo de grado, Universidad Libre, Bogotá D.C, Colombia. p. 18 Tomado de: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/25672>

103 Céspedes, P., & Correa, E. (2021). Reproducción asistida en Chile: una mirada global

especializada, fue el nacimiento de la primera niña probeta, situación, que en dicho momento histórico tuvo grandes discusiones, sin embargo, hoy en día se ha establecido como una práctica común.<sup>104</sup>

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida pueden ser definidas como “un conjunto de técnicas y procedimientos médicos utilizados para ayudar a las personas a concebir un hijo”.<sup>105</sup> Por su parte, según el profesor Luis Santana Solís son el “conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o sustituir, los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana”.<sup>106</sup> De esta forma, las TRHA, tiene como finalidad combatir la infertilidad, es decir, “darle la posibilidad de procrear a parejas que de otra forma no podrían ser padres”.<sup>107</sup> En estos términos, las TRHA no son otra cosa que “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”.<sup>108</sup>

En Colombia, mediante la Ley 1953 de 2019, “*por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva*”, en el artículo 2 se define a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”.<sup>109</sup>

---

para el desafío de ofrecer un acceso oportuno. Revista Médica Clínica Las Condes, 32(2), 189–195.

104 Awad, M. & Narvaez, M. (2001) “*Aspectos jurídicos de las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia*”. Trabajo de grado. Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana)

105 Sánchez-Bravo, M. & Gamboa-Vargas, S., (2023). Reproducción humana asistida, Análisis en derecho comparado. 593 Digital Publisher CEIT, 8(2-1), p. 431 <https://doi.org/10.33386/593dp.2023.2-1.1737>

106 Solís, L. (2000) “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos.” Cuadernos de bioética. p. 37

107 Op.cit. p.12

108 Uriza, Erika. (2017) “*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.

109 Congreso de la República (20 de febrero de 2019). Ley 1953 de 2019: “Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 50.873 de 20 de febrero 2019

Para la doctrina especializada,<sup>110</sup> los procedimientos que son más utilizados actualmente son la inseminación artificial (homóloga y heteróloga), fecundación *in vitro*, la maternidad subrogada, mal llamada alquiler de vientre y la microinyección espermática. La inseminación artificial se produce cuando “se depositan espermatozoides en el interior de la mujer, mediante cánula, jeringa o cualquier otro tipo de dispositivo.”<sup>111</sup> Mientras que en la inseminación artificial se depositan espermatozoides dentro de la mujer, en la fecundación *in vitro* “la fusión de gametos masculino y femenino es realizada de manera extracorpórea *in vitro*, para posteriormente ser implantados en la mujer.”<sup>112</sup> En consecuencia, este método significa:

Que el estándar del transcurso de fundición entre óvulo y espermatozoide se da dentro del laboratorio mas no durante el proceso natural de la copulación, es decir, el útero de la madre. Este método es quizás el que se lleva a cabo con más frecuencia en el mundo.<sup>113</sup>

La inseminación artificial, de acuerdo con la procedencia de los espermatozoides ha sido clasificada por el Decreto 1546 de 1998 y por la doctrina especializada como homóloga y heteróloga, la primera, se produce cuando se lleva a cabo con semen de la pareja y la segunda cuando se lleva a cabo con el espermatozoide de un donante desconocido o conocido, distinto a la pareja, teniendo la identidad del donante desconocido, reserva legal:

Donante homólogo: Es la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.

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.<sup>114</sup>

~~~~~  
110 Op.cit. p.11

111 Bernal, Julia (2013) “Reproducción Asistida y Filiación. Tres Casos” Opinión Jurídica, vol. 12, No. 24. págs. 135-150. Universidad de Medellín, Colombia. Pág. 137.

112 *Ibid.*, p. 137

113 Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Verba Luris*, (30), p. 139

114 Presidencia de la República (4 de agosto de 1998). 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

Por otra parte, la microinyección espermica, consiste en la “estimulación ovárica gracias al suministro de medicamentos similares a las hormonas femeninas”.¹¹⁵ Finalmente, la maternidad subrogada, mal llamada alquiler de vientre o gestación por sustitución, se produce cuando “una mujer se presta a gestar un niño, con el fin de entregarlo después del nacimiento a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad”.¹¹⁶ Esto quiere decir que, este método consiste en que a través de la fecundación *In Vitro*, se implantan los gametos en una madre sustituta, quien a través de un contrato será la encargada de llevar a feliz término el embarazo. La doctrina especializada, de acuerdo con el tipo de acuerdo que lleguen las partes ha clasificado en cinco, las clases de maternidad subrogada, a saber: (i) subrogación tradicional, (ii) subrogación gestacional, (iii) subrogación altruista, (iv) subrogación comercial, y (v) subrogación transfronteriza.

La subrogación tradicional, también llamada parcial, se produce cuando la madre es quien aporta los óvulos y la gestación.¹¹⁷ De otro lado, (ii) en el acuerdo de subrogación gestacional, “no se utilizan óvulos de la madre subrogada y otra mujer es la madre genética del niño”.¹¹⁸ Por otra parte, de acuerdo a la remuneración, el acuerdo de subrogación puede ser (iii) altruista, es decir, que la madre sustituta se somete al proceso de gestación en el marco del principio de solidaridad, siendo remunerada únicamente frente a aquellos gastos generados en ocasión del alquiler de vientre.¹¹⁹ En contraste, (iv) la subrogación comercial, consiste en remunerar a la madre en un monto superior a los gastos del procedimiento. “A esto se le puede llamar cuota o compensación por el dolor y el sufrimiento.”¹²⁰ Finalmente la Subrogación transfronteriza, hace alusión a aquellos acuerdos que se

las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares.” Bogotá, Colombia: Diario Oficial 43357 de agosto 6 de 1998.

115 *Ibíd.* p. 140

116 López et al (2017) “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Comité de bioética de España.

117 Castro, M. & Castro, L. (2023) “*Guía sobre registro del estado civil y competencias notariales: Reproducción humana asistida, maternidad subrogada y jurisprudencia*” Bogotá, D.C: ECOE Ediciones.

118 *Ibíd.* p. 47

119 *Op.cit.* p. 47

120 Castro, M. & Castro, L. (2023) “*Guía sobre registro del estado civil y competencias notariales: Reproducción humana asistida, maternidad subrogada y jurisprudencia*” Bogotá, D.C: ECOE Ediciones. p. 47

producen entre sujetos de diferentes países¹²¹, es decir, entre “una madre de alquiler y un padre o padres futuros de diferentes países”.

En el ordenamiento jurídico colombiano existe una omisión legislativa sobre las TRHA, en especial lo relacionado con los conflictos jurídicos que se puedan suscitar entre las partes que se someten a estos métodos y las consecuencias jurídicas en relación con la filiación y las obligaciones paterno-filiales. A nivel global, este método ha generado distintas posturas tanto económicas, como éticas, morales, jurídicas y sociológicas, lo que ha generado cierto grado de tensión en su aceptación y por tanto en la regulación legislativa en los ordenamientos jurídicos internos. “Sin embargo, este método de la subrogación de vientre en definitiva busca brindar la oportunidad de dar vida a un nuevo ser”.¹²²

Frente a la maternidad subrogada, la Honorable Corte Constitucional para el año 2009, se pronunció en los siguientes términos:

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.¹²³

Ahora bien, en relación con la dimensión asistencial del Sistema de Seguridad Social en Salud, es importante indicar, que en Colombia, con anterioridad a la Ley 1751 de 2015, la Corte Constitucional había mantenido en un estadio inicial la salud como un derecho social que no es fundamental y por tanto, estableció la teoría de la conexidad, como una forma de analizar este derecho cuando afecta a otros. Luego se adoptó una doctrina

121 *Ibíd.* p. 48

122 Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Verba Luris*, (30), p. 141

123 Corte Constitucional, (2009,13 de abril) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-268, Expediente T-2121601, M.P Nilson Pinilla Pinilla.

jurisprudencial, en el sentido de concebir el derecho a la salud como un derecho de naturaleza fundamental, que fue reiterado por el legislador mediante la Ley estatutaria 1751 de 2015.

Para analizar el acceso TRHA en el ordenamiento jurídico colombiano, es importante además de tener presente además de la normativa estatutaria anterior, que mediante la Ley 1953 de 2019, el Congreso expidió una ley para establecer los lineamientos de una política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. La Corte Constitucional mediante sentencia C-093 de 2018, declaró infundadas las objeciones gubernamentales. En esta normatividad, se concibe a la infertilidad como una “*enfermedad del sistema reproductivo*”, concepción que se encuentra en armonía con los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud OMS. Esta norma, no sólo ordena al ejecutivo formular una política pública, sino también reglamentar el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida, lo que implica que si bien sería una reglamentación frente al acceso a las TRHA en el marco del Sistema de Seguridad Social, podría implicar un primera acercamiento para reglamentar otras circunstancias dentro de las facultades del ejecutivo a fin de mitigar la omisión legislativa absoluta que persiste en la materia.

El punto más importante de esta norma, desde la faceta prestacional del derecho reproductivo a la procreación de hijos biológicos con asistencia científica, es el artículo 4 que enuncia las condiciones y requisitos para que las personas y parejas con infertilidad puedan acceder a la financiación parcial de tratamientos de reproducción asistida en circunstancias excepcionales, tales como la “ edad, condición de salud de la pareja infértil, números de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja, o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad.”¹²⁴

Expuestas las técnicas más utilizadas actualmente, se hace necesario precisar, que las mismas pueden conllevar a consolidar nuevas formas de conformación familiar, como las familias homoparentales o monoparentales, estas últimas en aquellas circunstancias en que una mujer decida a través de la inseminación artificial, con los gametos de un donante heterólogo

124 Congreso de la República (20 de febrero de 2019). Ley 1953 de 2019. “*Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva*”. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 50.873 de 20 de febrero 2019

procrear.¹²⁵ Pero también, podría suceder que dos compañeras decidan hacer parte de la gestación de un menor, una de ellas aportando su óvulo para que sea fecundado con los gametos heterólogos de un donante, y la otra llevando a cabo la maternidad subrogada. Esto deja en evidencia que se pueden dar un sinnúmero de supuestos que claramente tienen implicaciones en la filiación de las personas y por consiguientes en su estado civil, de ahí la importancia de su regulación.

En este entendido, el doctor Héctor Mendoza resume, que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se podrían practicar en los siguientes casos:

- a) En una mujer casada o con pareja.
 - 1. Utilizando el material biológico de su esposo o compañero. Esto es lo que se llama inseminación artificial Homóloga.
 - 2. Pero utilizando material biológico de un tercero extraño a la pareja. Esto es lo que se conoce como inseminación artificial Heteróloga.

- b) En una mujer viuda, utilizando el material genético del esposo, previamente criogenizado. Conocida como inseminación *pos mortem* y por último.

- c) En una mujer soltera.¹²⁶

Agregando en esta obra, la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan acceder a las TRHA con fines reproductivos, lo que claramente amplía los supuestos planteados por Mendoza, pues como se expuso con anterioridad, en Colombia predomina la autonomía de la voluntad en la forma de configuración familiar, siendo indispensable que confluyan únicamente los elementos esenciales de la familia.

Claramente, a modo de reflexión, en la actualidad producto de los acrecentados avances científicos, en clave con los cambios sociales y culturales, la familia exige ser comprendida desde una perspectiva

125 Padilla, M, Solano, A. & Erazo, L. (2021) Reconocimiento socio-constitucional de las formas contemporáneas de conformación familiar en Colombia: En López, R. & et. al. La investigación jurídica en perspectiva multidisciplinar: Aportes para la comprensión de realidades sociales, políticas y jurídicas. Bogotá, Colombia: Primera edición. Editorial Uniautónoma del Cauca. pp. 1-160.

126 Mendoza, Hector (2006), como se citó en Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. Verba Luris, (30), 135–150, p.140.

multidisciplinar, pues de lo contrario, al resolver problemas jurídicos complejos se podría ocasionar una vulneración de derechos humanos fundamentales como la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad, el estado civil, la personalidad jurídica, entre otros. Además, estas discusiones ponen en evidencia que si bien, tradicionalmente se ha dado prevalencia a los lazos biológicos o de consanguinidad para proteger a los integrantes de una familia,

Las dinámicas sociales y culturales actuales, junto con los avances tecnológicos, que han introducido las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), hacen necesario replantear la noción biológica o natural del parentesco, de hecho, alguna parte de la doctrina especializada ha formulado “el abandono de la mera paternidad biológica” (Yaksic & Lathrop, 2019), proponiendo la inclusión de categorías como: la paternidad genética, gestacional y psicológica.¹²⁷

Para abordar estos conflictos la doctrina especializada ha optado por abordarlos desde “principios que se encuentran contenidos en las constituciones y en instrumentos internacionales que hacen parte del DIDH, tales como la unidad familiar y el principio del interés superior del menor”¹²⁸ De hecho, a nivel internacional se plantean importantes premisas en relación con el derecho moral a ser padre, como una forma de determinar el derecho a la paternidad en relación con las tensiones jurídicas que se podrían presentar en el marco de las partes que acceden a las TRHA.

Anca Gheaus, categoriza la noción de vínculo biológico en 2, el procreador genético y el procreador gestacional, a efectos de determinar cuándo se presentan conflictos, cuál prevalece, de tal forma que, para la autora, “debe darse más relevancia moral a la conexión gestacional que a la genética a la hora de decidir quién tiene derecho a ser padre.”¹²⁹ De igual manera, en el transcurso de su escrito establece que sólo desde la teoría del interés del menor y del doble interés (padre-menor) en la actualidad

127 Padilla Carvajal, M. S., & Guachetá Torres, J. D. (2023). ¿Equidad en la protección familiar? Un análisis de la pensión de sobrevivientes y su acceso para las familias de crianza en el contexto colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, 26(1) p. 6

128 *Ibid.* p.6

129 Anca Gheaus (2018) Paternidad biológica: Gestacional, no genética, *Australasian Journal of Philosophy*, 96:2, p. 226

es viable abordar el conflicto. En consecuencia, la interpretación desde la perspectiva del padre no puede justificar el derecho a ser padre de un niño concreto, pues los niños “son personas a las que se les deben deberes de justicia y el poder sobre ellos sólo puede justificarse si sirve suficientemente a sus intereses”¹³⁰.

Finalmente, la autora reprocha la presunción tradicional que se incorpora en los sistemas normativos de que la conexión genética entre padres e hijos beneficia al niño porque tiene una mayor probabilidad de establecer un vínculo de amor profundo, sin embargo, “la mera probabilidad de vínculo y amor tiene mucho menos peso a la hora de establecer el derecho [moral] que las disposiciones reales de vínculo y amor”, máxime cuando los niños tienen un claro intereses -como lo ha señalado la doctrina especializada- “en establecer y mantener relaciones afectivas con las personas que los crían”.¹³¹

5.4.2 Marco jurídico colombiano

Indudablemente, el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que la mayoría de las legislaciones¹³² han optado por establecer una mayor prevalencia al vínculo biológico tradicional, es decir, que el principio biológico es el centro de gravedad de la regulación de la filiación, exceptuando, claro está, el vínculo civil producto de la adopción, reconocido y regulado íntegramente por la ley civil y de familia. Sin embargo, esta preferencia que ha dado el legislador al criterio biológico, de ninguna manera puede ser óbice para desconocer otras formas de filiación y parentesco, como las que devienen de la voluntad o incluso de las relaciones *de facto*, de ahí que sea indispensable a la hora de analizar la institución familiar y en especial la noción de padre y madre, no puede perderse de vista que estos

Hunden sus raíces en definiciones eminentemente culturales, antes que biológicas, es decir, que si se quisieran mirar las cosas desde una perspectiva rigurosamente natural, habría que hablar de progenitor y de procreado, pero, en los términos de la ley, el criterio relevante es el de padre o madre, relaciones

130 *Ibíd.* p. 233

131 Anca Gheaus (2018) Paternidad biológica: Gestacional, no genética, *Australasian Journal of Philosophy*, 96:2, p. 241

132 Anca Gheaus (2018) Paternidad biológica: Gestacional, no genética, *Australasian Journal of Philosophy*, 96:2

estas que el ordenamiento jurídico construye a su medida, sin adoptar, necesariamente, la causalidad física o biológica propia de la naturaleza.¹³³

Ejemplo de lo anterior sucede con la posesión notoria del estado civil de hijo, reconocida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como una forma de reconocer y proteger las relaciones filiales de hecho que emergen en el contexto complejo de las relaciones humanas, o por ejemplo, la voluntad del causante consignada en su consentimiento informado para realizar alguna práctica que busque con su material genético y el de su esposa, la procreación de una criatura y a su vez, algunas reglas jurídicas como las contenidas en el artículo 239 del Código Civil, que somete a la voluntad de los padres y los hijos la legitimación de estos cuando el matrimonio no los ha legitimado *ipso iure*. Similar ocurre con la necesidad de la aceptación del hijo extramatrimonial de que ha sido objeto (artículo 4º de la Ley 75 de 1968), para que produzca efectos a favor de quien reconoce. Respecto al consentimiento, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de antaño ha reconocido que en la actualidad el consentimiento se ha robustecido con el principio de responsabilidad en la procreación, dado que hoy es posible y usual que exista procreación sin relación sexual alguna, de ahí que especial trascendencia haya adquirido.¹³⁴

Especial trascendencia ha adquirido en los tiempos actuales el principio de la responsabilidad en la procreación, dado que hoy no solamente es posible, sino realmente usual, que exista procreación sin necesidad de relación sexual alguna e, inclusive, sin que los interesados en asumir la paternidad hubiesen aportado el material genético. No obstante, el deseo de asumir la responsabilidad derivada de ese hecho son cuestiones que, sin lugar a dudas, merecen tutela jurídica, para cuyo caso el criterio biológico resulta insuficiente o, incluso inútil. Así ocurrirá, por ejemplo, respecto del hijo nacido, con autorización del cónyuge de la mujer casada, por inseminación heteróloga, o mediante la fecundación *in vitro* del óvulo de la mujer con semen de un donante, en cuyo caso, la paternidad matrimonial habrá de

133 Corte Suprema de Justicia (2010, 21 de mayo) Sala de Casación Civil, Sentencia rad. 01-2001-0072-01, Bogotá D.C, Colombia: M.P Pedro Octavio Munar Cadena

134 Corte Suprema de Justicia (2006, 30 de noviembre) Sent. Cas. 30 de noviembre de 2006, Exp. 1998 00024 01, Bogotá D.C, Colombia: M.P Pedro Octavio Munar Cadena.

apoyarse en la voluntad del marido de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo de esos procedimientos. De ahí que algunos ordenamientos, el Código de Familia boliviano entre ellos, hubiesen dispuesto que al marido no le es permitido desconocer la paternidad del hijo concebido en el matrimonio por fecundación artificial de la mujer, mediando su autorización escrita. En sentido similar se pronuncia la legislación española.¹³⁵

Lo expuesto anteriormente, en clave con el artículo 42 constitucional deja en evidencia que el legislador tiene un amplio margen para regular el estado civil de las personas y que de ninguna forma el constituyente impuso criterios que den prevalencia o privilegien a los lazos biológicos que el legislador debía incorporar y desarrollar. Luego, el constituyente sí previó expresamente que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”¹³⁶. Así pues, es desde este precepto constitucional en donde tienen asidero y reconocimiento constitucional las TRHA. 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 TRHA, trayendo consigo ambigüedades, inseguridad jurídica y tensión entre los derechos de las partes que acuden a estas técnicas.

Actualmente, el legislador colombiano y el ejecutivo, han realizado una reglamentación lábil sobre la materia. Mediante las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, el Congreso de la República reguló lo concerniente a los componentes anatómicos. Mediante la primera Ley en el Título IX, denominado “defunciones, traslado de cadáveres, inhumanación y exhumanación, trasplante y control de especímenes”, si se reguló entre otras materias, la donación o el traspaso y la recepción de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos. Esta norma en su artículo 540 original, estableció que cualquier institución de carácter científico, hospitalario o similar, debía tener licencia expedida por la autoridad sanitaria correspondiente, previa verificación de los equipos científicos y “que por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente, el acto terapéutico

135 Corte Suprema de Justicia (2010, 21 de mayo) Sala de Casación Civil, Sentencia rad. 01-2001-0072-01, Bogotá D.C, Colombia: M.P Pedro Octavio Munar Cadena

136 Asamblea Nacional Constituyente. (7 de Julio de 1991). Constitución Política de 1991. Bogotá D.C, Colombia.

no constituirá un riesgo, distinto de aquel que el procedimiento conlleve, para la salud del donante o del receptor.”¹³⁷

Esta normatividad estableció en el párrafo primero del artículo 540 de la Ley 9 de 1979 que solamente se puede utilizar los elementos orgánicos “cuando exista consentimiento del donante, del receptor, consentimiento de los deudos o abandono del cadáver.”¹³⁸ La Ley 73 de 1988 adicionó la Ley 9 de 1979 e incorporó otras disposiciones relacionadas con la donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. Esta normatividad modificó el párrafo antes descrito, en el sentido de referirse no solamente a los elementos orgánicos, sino también a los componentes anatómicos y líquidos orgánicos, estableciendo como presupuesto, la existencia del consentimiento por parte del donante, del receptor, de los deudos, o en su defecto, cuando exista un abandono del cadáver o presunción legal de donación.

Finalmente, el Legislador, recientemente, mediante la Ley 1805 de 2016, modificó el párrafo 1 del 540 en el sentido de exigir como presupuesto para la utilización de los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos, únicamente el consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación, contrario a lo establecido anteriormente por la Ley 9 de 1979 y la Ley 73 de 1988, que permitían que dicho consentimiento también debía ser exteriorizado por el receptor y los deudos y establecía otro supuesto de hecho en caso de abandono del cadáver.

Indiscutiblemente, estas modificaciones legislativas al regular lo concerniente al tema de los componentes anatómicos del cuerpo humano, influyen en la resolución de controversias en el marco de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, siendo relevante desde el año 1979, la expresión del consentimiento para la utilización de dichos componentes, ostentando el consentimiento un papel muy importante en estos procedimientos, que como se expondrá más adelante la jurisprudencia a aplicado para solucionar controversias jurídicas producto de las TRHA.

En consecuencia, es posible evidenciar que en Colombia existe un modelo de presunción del consentimiento que, conforme a gran parte de la doctrina especializada, contribuye en las tasas de donación de órganos, con la Ley 1805 de 2016, mediante la cual se ratifica la presunción de donación, vigente desde la Ley 73 de 1988, esta normatividad en su artículo 2 párrafo

137 Congreso de la República (24 de enero de 1979). Ley 9 de 1979: “*Por la cual se dictan Medidas Sanitarias*”. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 35308, del 16 de julio de 1979.

138 *Ibíd.*

1 establece que “la voluntad de donación expresada en vida por una persona solo puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos y/o familiares.”¹³⁹

También se evidencia que el legislador a nivel general ha buscado a través de la presunción legal de donación y el consentimiento del donante únicamente, como se expuso con anterioridad, propender con contrarrestar la alta demanda de órganos y su poca disponibilidad. De hecho, conforme a la doctrina especializada en la materia, normalmente, los órganos se obtienen de personas que presentan muerte cerebral o donantes vivos, pero también es posible la donación de órganos de origen cadavérico, es decir, de una persona fallecida.¹⁴⁰ Incluso, “un estudio de la United Network for Organ Sharing (UNOS) entre 1995 y 2002, determinó que un donante cadavérico en promedio proporciona 30.8 años de vida”.¹⁴¹

Dado que, la mayoría de las legislaciones en el mundo prohíben el comercio de órganos,¹⁴² la mayoría de los países donde se realizan trasplantes de órganos se rigen por el *modelo de donación*, sin embargo, para algunos autores este “modelo” puede resultar poco adecuado, en razón a que algunas legislaciones utilizan el consentimiento presunto.¹⁴³ El denominado modelo de donación, tiene como elemento central la ausencia de un ánimo de lucro y el respeto por la voluntad del fallecido o de su familia, pudiendo mutar en dos formas: la donación incentivada y la donación sin incentivos¹⁴⁴, que claramente no es objeto del presente trabajo y por tanto no se abordarán a fondo, pero que expresan la formas de abordar la falta de donación de órganos.

La razón más fuerte del modelo de donación, que prohíbe el comercio de órganos, como es el caso de Colombia, recae en el principio de

139 Congreso de la República (4 de agosto de 2016). Ley 1805 de 2016. “*Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones.*”. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 49.955 de 4 de agosto de 2016

140 Chaparro, G (2016) “El Mercado de Órganos Humanos” Semestre Económico, volumen 19, No. 39, Medellín, Colombia. pp. 113-130

141 Schnitzler, M. A., Whiting, J. F., Brennan, D. C., Lentine, K. L., Desai, N. M., Chapman, W., Abbott, K. C. y Kalo, Z. (2005). The Life-Years Saved by a Deceased Organ Donor. En: American Journal of Transplantation, Vol. 5, N° 9, pp. 2289-2296.

142 Chaparro, G (2016) “El Mercado de Órganos Humanos” Semestre Económico, volumen 19, No. 39, Medellín, Colombia. pp. 113-130

143 Delgado, J., Molina-Pérez, A., Shaw, D. y Rodríguez-Arias D. (2019). The role of the family in deceased organ procurement. Transplantation, 103 (5), 112-118.

144 Op. cit.

extrapatrimonialidad del cuerpo humano¹⁴⁵ y el respeto por la voluntad expresa del causante. De hecho, la OMS estableció en la WHA 63.22, la gratuidad y voluntariedad como los principios rectores del modelo de donación.¹⁴⁶ Estos postulados se ven concretados en el Código Penal colombiano, cuando el artículo 2 de la Ley 919 de 2004, modificado por el artículo 17 de la Ley 1805 de 2016 y por el artículo 37 de la Ley 2287 de 2023 establece que “quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos incluidas las muestras biológicas humanas e información asociada, incurrirá en pena de tres (3) a seis (6) años de prisión”, buscando proteger el bien jurídico de la vida y la integridad personal.

El principio de extrapatrimonialidad del cuerpo humano, es un principio que se encuentra íntimamente ligado con la dignidad humana y que claramente se encuentra ligado con la ética kantiana, según la cual concibe al hombre como un fin en sí mismo, siendo este principio de vital importancia en el marco de las TRHA, pero sobre todo, en la maternidad subrogada, pues si bien, el uso de estas técnicas tiene un costo elevado, de ninguna manera, esto puede significar la posibilidad de que el cuerpo humano pueda comprarse o más bien, ser objeto de comercio el vientre de una mujer o los gametos femeninos y masculinos, la donación, tiene un fin altruista y se funda en el principio de solidaridad.

De hecho, “la explotación de los beneficios del comercio puede ir en contra de otros objetivos sociales”,¹⁴⁷ pues convertir los elementos esenciales para el funcionamiento del cuerpo humano en bienes objeto de transacciones económicas, conllevaría a otorgar un valor a los mismos, ya que, el dinero, que podría ser considerado el mayor elemento de intercambio en las transacciones económicas, crea equivalencias entre los bienes, los servicios y otorgaría el derecho a ellos como consecuencia de una contraprestación,¹⁴⁸ luego, no es justo que sólo tengan derecho a un órgano las personas socialmente privilegiadas que ostentan capacidad de pago; desplazando así, al sistema de salud que a duras penas puede costear un nivel “estándar” en el servicio, el cual incluso ha ido evolucionando progresivamente gracias a

145 Varsi, E. (2019) “Los actos de libre disposición del cuerpo humano” Acta bioeth. vol.25 no.1 Santiago de Chile, Chile. p. 12

146 OMS WHA 63.22 (17 de mayo, 2010) “Human organ and tissue transplantation”

147 Winter, H. (2017) “Issues in Law and Economics” USA: University of Chicago Press, p.31

148 Zelizer, V. (2010) “*La negociación de la intimidad*” Fondo de Cultura Económica de España.

la ampliación jurisprudencial del extinto POS hoy PBS por parte de la Corte Constitucional, a través de la justiciabilidad de los DESCAs relacionándose de manera directa la protección fundamental de los derechos a la vida, la salud, la integridad personal y seguridad social.

De ahí que, al igual que existen límites morales entre los dominios de los negocios y la intimidad, también deben existir límites y reglas en el ámbito de los componentes anatómicos y las transacciones económicas; es precisamente el principio de extrapatrimonialidad del cuerpo humano uno de ellos. El ser humano no puede ser considerado como un objeto o un bien, pues precisamente es lo que se ha reivindicado a nivel histórico, con la erradicación de la esclavitud, noción que fue plasmada en el siglo de las luces por Kant. El hombre no es un medio sino un fin en sí mismo¹⁴⁹ por consiguiente, la dignidad humana como principio, valor y regla, piedra fundante de todos los tratados e instrumentos internacionales tanto del DIDH como del DIH, es un límite claro a la propuesta según la cual los componentes anatómicos y órganos del ser humano pueden ser objeto de transacciones económicas. En todo caso, si el cuerpo está relacionado con el sujeto tan profundamente, cualquier hecho que implique su disposición exige la exteriorización de la voluntad de la persona (consentimiento).¹⁵⁰

El Decreto Reglamentario 1546 de 1998, modificado por el Decreto 2493 de 2004, expedido por el ejecutivo reglamenta lo establecido en las Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, analizadas anteriormente. 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 TRHA, pero también definen el concepto de donante heterólogo y donante homólogo.

En el Decreto 1546 de 1998, se establece una distinción entre el donante homólogo y el donante heterólogo en el contexto de la reproducción asistida. Según el artículo 2, el donante homólogo se define como aquel que aporta sus gametos con el objetivo específico de ser implantados en su pareja con fines reproductivos. En contraste, el donante heterólogo se refiere a una persona, ya sea anónima o conocida, que proporciona sus gametos para ser utilizados en personas que no son su pareja, también con el propósito de

149 Kant, Ernmanuel, (1999) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid.

150 Freire de Sa F. (2011) *Cuerpo humano (jurídico)*. En: Romeo Casabona C, eds. *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Tomo I. Granada: Comares;

lograr la reproducción.¹⁵¹ “En efecto, el donante heterólogo es el sujeto que dona sus gametos con un fin reproductivo sin un destinatario específico.”¹⁵²

Respecto al anonimato del donante heterólogo, el artículo 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.¹⁵³

Por consiguiente, de una interpretación sistemática de las normas analizadas, es viable concluir que en Colombia se permite que el donante heterólogo pueda permanecer en el anonimato, 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 TRHA 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 artículo 230 y el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

Finalmente, en relación con las TRHA, el ministerio de salud, mediante la Resolución No. 8430 de 1993, estableció en el artículo 30 que:

151 Presidencia de la República (4 de agosto de 1998). 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.*” Bogotá, Colombia: Diario Oficial 43357 de agosto 6 de 1998.

152 Quintero Calvache, J. C., Solano García, J. A., & Padilla Carvajal, M. S. (2022). *La construcción de la identidad al interior de la familia asistida: pugnas históricas, sociales y jurídicas colombianas*. Popayán, Colombia: Uniautónoma del Cauca.

153 Presidencia de la República (5 de agosto de 2004). 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*”. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 45631 de agosto 5 de 2004.

Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y 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. El Consentimiento Informado del cónyuge o compañero solo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el compañero no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.¹⁵⁴

La norma transcrita resulta coherente con el modelo de donación adoptado por Colombia y el criterio según el cual, el consentimiento de las partes que se someten a algún procedimiento, resulta indispensable a la hora de resolver cualquier conflicto jurídico que se suscite entre las partes, sumado a que, ostenta la vocación de producir efectos paterno filiales, en el sentido de que, aquel que consciente de manera expresa la realización de la técnica reproductiva, “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”.¹⁵⁵

Nótese, que el ordenamiento jurídico civil colombiano destaca la importancia del consentimiento en las diversas ramas del derecho civil, desempeñando un rol creador, correctivo, extintivo y reparador. En su función creadora, el consentimiento legitima socialmente y otorga eficacia legal al acto jurídico. Su ausencia revela alcances correctivos y extintivos, permitiendo la exclusión de cláusulas no consentidas, la anulación de negocios jurídicos aparentemente conformes, y la preferencia de la negociación real. Además, el consentimiento actúa como herramienta reparadora al posibilitar el resarcimiento de daños causados por la falta de consenso.¹⁵⁶

154 Ministerio de Salud (1993, 4 de octubre) Resolución número 8430 de 1993, “*Por la cual se establecen normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud*”, Bogotá D.C, Colombia.

155 Corte Suprema de Justicia (2017, 10 de mayo) Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, Bogotá D.C, Colombia: M.P Ariel Salazar Ramírez

156 Corte Suprema de Justicia (2021, 6 de diciembre) Sala Civil, Sentencia SC 5040-2021 Bogotá D.C, Colombia: M.P Luis Alonso Rico Puerta.

La protección y relevancia del consentimiento en el ordenamiento jurídico se evidencian en mecanismos como la acción de nulidad relativa para combatir vicios de la voluntad; también en ámbitos como la medicina, donde se exige a los profesionales obtener un consentimiento informado del paciente, siendo este requisito clave para eximir responsabilidades ante riesgos inherentes al acto médico, e incluso, en el ámbito de la filiación, como se expondrá más adelante, particularmente en la procreación artificial o asistida, las consecuencias del acto reproductivo dependen no sólo de criterios genéticos, sino también del expreso consentimiento del sujeto al que se atribuye el vínculo filial. Estos ejemplos demuestran la preocupación generalizada por la integridad y prevalencia del consentimiento en diferentes áreas del derecho.¹⁵⁷

En este orden de ideas, se evidencia que la regulación normativa de las TRHA 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 artículo 230 y el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

5.4.3 Proyectos de Ley que reglamentan la reproducción asistida (TRHA)

Desde 1998, se han radicado ante el Congreso de la República al menos dieciséis proyectos de ley en los que se ha pretendido regular la maternidad subrogada.¹⁵⁸ Lamentablemente, todos estos proyectos han sido archivados y ninguno de ellos ha hecho referencia a las licencias de paternidad o maternidad en el marco del uso de las TRHA. A continuación, en la siguiente tabla se enuncian los distintos proyectos de ley que han cursado en el Congreso de la República buscando regular la materia:

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Corte Constitucional (2022, 1 de agosto) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-275 de 2022, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Tabla 1: Proyectos de leyes relacionados con la maternidad subrogada desde 1998

Número del proyecto	Estado
Proyecto de ley 47/1998 Senado, <i>por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones.</i>	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992
Proyecto de ley 45/00 Senado, <i>por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones</i> ^[90] .	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992
Proyecto de ley 029 de 2003 Cámara, <i>por el cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones.</i>	Archivado en primer debate, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992.
Proyecto de ley 100/03 Cámara, <i>por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones.</i>	Fue acumulado al proyecto de ley 29 de 2003 Cámara y archivado en primer debate, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992.
Proyecto de ley 196 de 2008 Cámara, <i>por medio del cual se reglamenta en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones.</i>	Retirado por el autor de conformidad con el artículo 155 de la Ley 5 de 1992.
Proyecto de ley 037 de 2009 Cámara, <i>por medio del cual se establecen procedimientos para permitir en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva en desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y se dictan otras disposiciones.</i>	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.
Proyecto de ley 26 de 2016 Cámara, 241 de 2017 Senado <i>por medio del cual se prohíbe la práctica de alquiler de vientres en Colombia por ser una categoría de trata de personas y una explotación de la mujer con fines reproductivo.</i>	Archivado en cuarto debate, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 5 de 1992.
Proyecto de ley 202 de 2016 Cámara, <i>por medio del cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos.</i>	Archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.

Proyecto de ley 88 de 2017 Senado, <i>por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones.</i>	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992
Proyecto de ley 186 de 2017 Cámara, <i>por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica.</i>	Retirado por los autores de conformidad el artículo 155 de la Ley 5 de 1992.
Proyecto de ley 019 de 2018 Senado, <i>por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones.</i>	Retirado por el autor de conformidad con el artículo 155 de la Ley 5 de 1992.
Proyecto de ley 70 de 2018 Senado, <i>por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro en Colombia y se reglamenta en otros casos.</i>	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992
Proyecto de ley 118 de 2019 Senado, <i>por medio de la cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines de lucro y se establecen los parámetros generales para la práctica de la maternidad subrogada con fines altruistas.</i>	Archivado de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992
Proyecto de ley 162 de 2019 Senado, <i>por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones.</i>	Archivado, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 5 de 1992 y 162 de la Constitución Política.
Proyecto de ley 263 de 2020 Senado, <i>por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la 'cosificación de los bebés', y se dictan otras disposiciones.</i>	Archivado de conformidad con el artículo 162 de la Constitución Política.
Proyecto de ley no. 113 de 2021 Cámara, <i>por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la 'cosificación de los bebés', y se dictan otras disposiciones.</i>	Archivado de conformidad con el artículo 208 de la Ley 5 de 1992

Fuente: Corte Constitucional (2022, 1 de agosto) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-275 de 2022

La tabla anterior, permite evidenciar la inactividad por parte del Congreso de la República de regular las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pese a que desde 1991 el constituyente incluyó la igualdad de los concebidos mediante la asistencia científica. Ante esta omisión legislativa absoluta, la Corte Constitucional en distintas oportunidades ha puesto de presente la necesidad de regular la materia a fin de evitar fines lucrativos inequidad entre las partes que se someten a estas e inseguridad jurídica. En

la Sentencia T-968 de 2009, advirtió que, “la necesidad de una “regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones”¹⁵⁹

Para el año 2016, la Corte estableció que, la regulación de las TRHA en el marco del Sistema de Seguridad Social es una tarea del legislador, dado el impacto jurídico y presupuestal de este cambio. De ahí que, no es adecuado que las Salas de Revisión emitan órdenes generales que alteren la política pública y resuelvan anticipadamente todas las controversias sin una discusión amplia sobre temas relacionados con la fertilización in vitro y otras técnicas de reproducción asistida, que además presentan un vacío legal.¹⁶⁰ A tal punto que, la Corte en sentencia T-275 de 2022, exhortó al Congreso de la República para que “en los próximos seis meses desde la notificación de esta sentencia, presente ante el Congreso de la República un proyecto de ley orientado a regular la «maternidad subrogada» en Colombia.”¹⁶¹

5.5 Antecedentes Jurisprudenciales de las TRHA en Colombia

En este punto, se traerán a colación las sentencias más importantes proferidas por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Estas Corporaciones se han pronunciado en distintas dimensiones frente a la materia objeto de esta obra. La primera de ellas ha analizado la maternidad subrogada a la luz de los postulados constitucionales y a su vez, ha establecido el alcance de los derechos sexuales y reproductivos, en el marco del Sistema de Seguridad en Salud en Colombia. La segunda de ellas, ha analizado el consentimiento y la impugnación de la paternidad en el marco de las técnicas de reproducción humana, así como, en instancia de tutela, ha establecido la posibilidad de traslado de los embriones a otros centros médicos, pese a la escueta regulación de la materia.

5.5.1 Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación con las TRHA.

El primer pronunciamiento relacionado con las TRHA, realizado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de instancia, se remonta al año 2006, momento en el cual, la Corte dió una nueva noción

159 Corte Constitucional (2009, 18 de diciembre) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-968 de 2009, M.P María Victoria Calle Correa.

160 Corte Constitucional (2016, 1 de agosto) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-498 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

161 Corte Constitucional (2022, 1 de agosto) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-275 de 2022, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

a los conceptos de padre, madre e hijo, distinta claramente, a la concebida a partir de los pétreos mandatos de la ciencia. En esta oportunidad, la Corte reconoció que estos conceptos hunden sus raíces en definiciones culturales, antes que biológicas, reconociendo la creciente relevancia por el “principio de responsabilidad en la procreación”.¹⁶²

Para el año 2010, en un caso en que la hermana del *de cujus* pretendía la impugnación de la paternidad de dos menores que fueron reconocidos por el causante a pesar de su imposibilidad de procrear; la corte dentro de su obiter dicta, trajo a colación la trascendencia que ha adquirido el principio de la responsabilidad en la procreación y como el legislador, en pocos casos, tomando como sustento otros elementos igualmente valederos, para “configura la relación filial con abstracción de aquellos, a la vez que establece con inusitado rigor ciertas condiciones subjetivas o temporales para impugnar relaciones jurídicas ya establecidas, muy a pesar de que se consoliden vínculos de esas características que no se funden en lazos genéticos.”¹⁶³ En este sentido razonó:

Especial trascendencia ha adquirido en los tiempos actuales el principio de la responsabilidad en la procreación, dado que hoy no solamente es posible, sino realmente usual, que exista procreación sin necesidad de relación sexual alguna e, inclusive, sin que los interesados en asumir la paternidad hubiesen aportado el material genético. No obstante, el deseo de asumir la responsabilidad derivada de ese hecho son cuestiones que, sin lugar a dudas, merecen tutela jurídica, para cuyo caso el criterio biológico resulta insuficiente o, incluso inútil. Así ocurrirá, por ejemplo, respecto del hijo nacido, con autorización del cónyuge de la mujer casada, por inseminación heteróloga, o mediante la fecundación in vitro del óvulo de la mujer con semen de un donante, en cuyo caso, la paternidad matrimonial habrá de apoyarse en la voluntad del marido de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo de esos procedimientos. De ahí que algunos ordenamientos, el Código de Familia boliviano entre ellos, hubiesen dispuesto que al marido no le es permitido desconocer la paternidad del

162 Corte Suprema de Justicia (2006, 30 de noviembre) Sent. Cas. 30 de noviembre de 2006, Exp. 1998 00024 01, Bogotá D.C, Colombia: M.P Pedro Octavio Munar Cadena

163 Corte Suprema de Justicia (2010, 21 de mayo) Sala Civil, Sentencia rad. 2004-0072-01 Bogotá D.C, Colombia: M.P Pedro Octavio Munar Cadena

hijo concebido en el matrimonio por fecundación artificial de la mujer, mediando su autorización escrita. En sentido similar se pronuncia la legislación española.

Tales directrices fueron prohijadas con nitidez incontrovertible en el inciso 6º del artículo 42 de la Carta Política, en cuanto estableció que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él o adoptados, independientemente de si fueron procreados naturalmente o “con asistencia científica”, gozan de iguales derechos y deberes.¹⁶⁴

Si bien, al desatar los cargos del recurso extraordinario de casación, la Corte analizó como punto cardinal el interés actual de los herederos para impugnar la caducidad, el término para incoar la acción y el momento a partir del cual empieza a correr dicho término, no es menos cierto que, la Corte sienta las TRHA en clave con el consentimiento, como una nueva forma de comprender la paternidad y por tanto la filiación, indicando que puede existir casos en que la paternidad matrimonial surja en la voluntad del esposo de asumir el rol paterno-filial, exteriorizado en su consentimiento para que su cónyuge emplee las TRHA con el material genético de un donante heterólogo.

Para el año 2013, la Corte Suprema de Justicia, analizó un caso en el que se pretendía la declaración de que el menor accionado no es hijo del actor y que se comunicará tal determinación a la autoridad competente, para su inscripción y registro. En esta oportunidad, el demandante quien había tratado de procrear con su esposa sin éxito, a pesar de haber reconocido al menor, dadas sus condiciones clínicas y pese a considerarlo, no haber entablado un procedimiento de reproducción asistida lo motivaron a entablar la acción de impugnación de la paternidad, determinantes con la práctica de la prueba de ADN dentro del proceso su incompatibilidad con el menor demandado. El a quo accede a las pretensiones de la demanda y el defensor de familia apela en relación con la obligación de vincular al padre biológico del menor y declarar la filiación, además de que a su juicio no se cumplió el procedimiento médico que rige la materia.

El ad quem, determina que, dado el procedimiento al que se sometió la madre del menor, esto es inseminación artificial por un donante heterólogo, se tornaba imposible vincular al padre biológico, porque se desconoce a

164 Corte Suprema de Justicia (2010, 21 de mayo) Sala Civil, Sentencia rad. 2004-0072-01 Bogotá D.C, Colombia: M.P Pedro Octavio Munar Cadena

ciencia cierta quién pueda ser el verdadero padre del menor, sumado a que, ni en la prueba documental ni en la prueba testimonial, incluso practicada a la médica que realizó el procedimiento se logró determinar el laboratorio de donde provenían los gametos masculinos.

El defensor de familia, interpone recurso extraordinario de casación y la Corte analiza el cargo único propuesto por el defensor de familia, determinando que no había lugar a casar la sentencia del juez colegiado, ya que, el artículo 218 del Código Civil, modificado por el artículo 6° de la Ley 1060 de 2006, establece la vinculación de oficio o a petición de parte del padre biológico siempre que fuere posible. De tal manera que, para la Corte el Tribunal no incurrió en ningún error jurídico cuando interpretó el artículo 218 del Código Civil.

Si bien, con este argumento, la Corte habría desestimado el cargo único formulado por el defensor de familia, considero importante pronunciarse en relación con el trasfondo del recurso de casación, que no es otro que el principio de la “verdad biológica”, o “del derecho a conocer los orígenes”, razón por la cual decide analizarlo en el marco de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La Corte Suprema de Justicia destacó que la inseminación artificial es una técnica de reproducción humana asistida en la que se fecunda el óvulo de una mujer receptora con gametos masculinos, ya sea de su pareja o de un tercero donante, denominándose homóloga o heteróloga, respectivamente. Resalta que el Decreto 1546 de 1998, modificado por el Decreto 2493 de 2004, regula aspectos como la obtención, donación, preservación y destino de componentes anatómicos, incluyendo la inseminación artificial heteróloga, donde se permite mantener en secreto la identidad del donante.

Sin embargo, la Corte advierte un vacío legal en Colombia respecto a la regulación integral de las técnicas de reproducción asistida y los aspectos relacionados con el estado civil de las personas que nacen a través de estas técnicas. Reconoce que el Congreso debe abordar este debate, al tener reserva legal sobre el Estado Civil de las personas, conforme al artículo 42 de la Constitución, que garantiza iguales derechos y deberes a los hijos nacidos por medios naturales o con asistencia científica.

En cuanto al tratamiento jurídico en el derecho comparado, la Corte destaca la prevalencia de la confidencialidad del donante en la inseminación artificial heteróloga, tomado de ejemplo la legislación española que permite a los hijos obtener información general del donante sin revelar su identidad, y prácticas similares en el Reino Unido, Italia, Noruega y Francia. Además, subraya que los estados reguladores tienden a negar la posibilidad de establecer relaciones de filiación entre el donante y el hijo en casos de

inseminación artificial heteróloga, determinando que ni en primera instancia ni en segunda instancia se vulneraron los derechos del menor, a saber:

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

(...)

La conjugación de las consideraciones previamente realizadas respecto del derecho nacional con las tendencias internacionales anteriormente reseñadas, conduce a colegir que ni las decisiones adoptadas en las sentencias de instancia, ni la que en este fallo habrá de pronunciarse, pueden considerarse lesivas de los derechos del menor demandado, particularmente si se tienen presentes los principios y valores del ordenamiento nacional así como los estándares del derecho comparado, especialmente, de ser aquél merecedor de una protección integral, o de tener un nombre y una familia, o los que, en punto de las relaciones paterno filiales, desarrollan la Ley 75 de 1968 y sus disposiciones complementarias.¹⁶⁵

Para el año 2017, la Sala de Casación Civil, mediante Sentencia SC-6359 de 2017, estudió un caso en que se discutía la paternidad de dos personas. La primera de ellas, María Camila, quien fue registrada como hija extramatrimonial de Jorge. Jorge, según los dichos de la acción, la reconoció de buena fe, ya que comenzó su relación con la madre después de que la niña naciera. Por otro lado, la paternidad de María Valentina, quien fue concebida mediante inseminación artificial consentida por Jorge. El padre de las demandadas, falleció en 2009, por lo que los hijos de Jorge ejercieron la acción de impugnación de la paternidad en contra de María Camila y María Valentina.

En cuanto a la menor María Camila Cruz Mendoza, se determinó que no es hija biológica del señor Jorge Cruz Gómez, ya que los resultados de la prueba de ADN confirman esta conclusión. En consecuencia, se dispuso la corrección del registro civil de nacimiento correspondiente. En el caso de la menor María Valentina Cruz Contreras, se rechazaron las pretensiones de la

¹⁶⁵ Corte Suprema de Justicia (2013, 28 de febrero) Sala Civil, Sentencia rad. 002-2006-00537-01 Bogotá D.C, Colombia: M.P Arturo Solarte Rodríguez.

demanda, dado que quedó establecido que su concepción ocurrió mediante inseminación artificial consentida por el difunto.

La anterior decisión fue confirmada íntegramente por el juez ad quem, los hijos del causante, demandantes en el asunto objeto de estudio, formularon recurso extraordinario de casación con apoyo en la causal primera de casación (violación de la ley sustancial). La Sala de Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia, determina no casar la sentencia. Para la Corte, la filiación atendiendo a su conformación puede ser “natural (matrimonial o extramatrimonial), adoptiva (por uno o ambos padres), o por reproducción artificial o asistida”.¹⁶⁶

En esta providencia, la Corte reconoce que por regla general el vínculo paterno filial, deviene de la reproducción biológica, sin que ello implique desconocer, que en un menor número de casos, se puede producir por adopción o inseminación artificial consentida. Bajo esta comprensión indica que la presunción *pater ist est*, contenida en el artículo 213 del Código Civil, no solo opera para la filiación biológica sino también para la artificial consentida durante el matrimonio, “dado que la norma no hace ninguna restricción al respecto y el numeral 6° del artículo 42 de la Constitución Política prohíbe todo tipo de diferencia en razón del origen de la filiación.”¹⁶⁷

En estos términos, la Corte concluye que cuando cónyuges o compañeros permanentes otorgan su consentimiento informado para la concepción mediante inseminación artificial, el hijo resultante durante el matrimonio o unión marital se presume como su descendiente. Sin embargo, en estos casos, la impugnación de la paternidad puede ocurrir, si se demuestra la falta o vicio en el consentimiento al autorizar el proceso de reproducción asistida. De ahí que, la Corte estableciera que en casos de inseminación artificial heteróloga, la impugnación se centra en la falta de consentimiento, ya que la ausencia del vínculo biológico es evidente. Esto establece un nuevo motivo para impugnar la paternidad, junto con las razones tradicionales basadas en la ausencia de vínculo consanguíneo consignadas en el artículo 214 del Código Civil. Así, el consentimiento, junto con la compatibilidad genética, son un criterio legal para determinar la filiación.

Por ello, la impugnación de la filiación no es ni puede ser idéntica en todos los casos, porque si se trata de una filiación

~~~~~  
166 Corte Suprema de Justicia (2017, 29 de marzo) Sala Civil, Sentencia SC 6359 Bogotá D.C, Colombia: M.P Ariel Salazar Ramírez

167 Corte Suprema de Justicia (2017, 29 de marzo) Sala Civil, Sentencia SC 6359 Bogotá D.C, Colombia: M.P Ariel Salazar Ramírez

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.

De ese modo surge en el ámbito de las causales previstas por el artículo 214 del Código Civil un nuevo motivo para que el cónyuge o compañero permanente impugne su paternidad. Es decir que además de las razones previstas en los numerales 1º y 2º de esa disposición, encaminadas a probar la ausencia del vínculo de consanguinidad (demostrar por cualquier medio que él no es el padre y desvirtuar la presunción de paternidad mediante prueba científica), se debe entender que en los casos de procreación científicamente asistida la impugnación ha de sustentarse en la ausencia de consentimiento libre e informado para realizar la inseminación artificial.<sup>168</sup>

En esta oportunidad, la Corte, en su *ratio decidendi*, estableció que “en la procreación asistida heteróloga, la filiación no se establece a través de la unión sexual, sino mediante el consentimiento para la técnica reproductiva. Este consentimiento, regido por el artículo 1502 del Código Civil, debe ser de una persona legalmente capaz, estar de acuerdo con el acto, sin vicios, y recaer sobre objeto y causa lícitas. La relevancia jurídica de la voluntad se manifiesta en la declaración expresa o hechos que la demuestren, siendo esta exteriorización lo que constituye la declaración de la voluntad.<sup>169</sup>

El consentimiento busca posibilitar la práctica de la inseminación y que los padres asuman la paternidad del hijo resultante. Debe ser informado, previo a la utilización de las técnicas, y obliga a aceptar las consecuencias jurídicas, especialmente en relación con la filiación. En la fecundación heteróloga, la filiación se configura como una construcción jurídica ligada a la voluntad de asumir la paternidad, prevaleciendo sobre el aspecto genético.

De ese modo, la fecundación heteróloga permite configurar la filiación como una construcción jurídica asociada a la voluntad

---

168 Corte Suprema de Justicia (2017, 29 de marzo) Sala Civil, Sentencia SC 6359 Bogotá D.C, Colombia: M.P Ariel Salazar Ramírez

169 *ibíd.*

de asumir la paternidad, en la que el consentimiento prevalece sobre el aspecto genético, de ahí, que, en caso de impugnación, sea inútil acudir a un medio de prueba cuyo objeto es reconstruir la denominada «verdad biológica» como lo es el examen de ADN, pues el lazo filial está fundado en otro criterio, igualmente válido para generarlo: la voluntad de asumir la paternidad con pleno conocimiento de la ausencia de lazo de sangre.

(...)

De todo lo anterior se concluye que al ser la filiación por inseminación artificial una de las situaciones de adquisición del estado civil, su naturaleza jurídica pertenece al régimen sobre las personas. No obstante, la impugnación de este tipo de paternidad no puede fundarse en la demostración de la ausencia del vínculo biológico, pues éste no es el tema del debate; por lo que los medios de prueba tendientes a desvirtuar la reproducción natural son completamente irrelevantes.<sup>170</sup>

Finalmente, para el mismo año, la Sala de Casación Civil, en sede de instancia de tutela se pronunció sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En esta oportunidad, la Corte estudió un caso en que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos (INVIMA) y el Ministerio de Salud de Colombia se abstuvieron de conceptuar al respecto e indicaron que la competencia legal para otorgar o denegar la autorización de traslado de gametos en el marco de un procedimiento de reproducción humana asistida. En este caso, una pareja extranjera, diagnosticada con endometriosis severa, buscó servicios médicos y asesoramiento en fertilidad en Colombia para el año 2014. Iniciaron un procedimiento de fertilización in vitro, obteniendo 11 embriones aptos para ser criopreservados. Después de intentos sin éxito hasta 2017, decidieron interrumpir el ciclo de transferencia en Colombia y trasladar los embriones a los Estados Unidos para nuevos procedimientos y maternidad subrogada.

Solicitaron la autorización para el traslado a la entidad de salud colombiana, pero ésta fue denegada debido a la falta de normativa específica sobre la materia. Consultaron a entidades relevantes en Colombia, que también indicaron la ausencia de regulaciones. Alegan que, a pesar de la falta

---

<sup>170</sup> Corte Suprema de Justicia (2017, 29 de marzo) Sala Civil, Sentencia SC 6359 Bogotá D.C, Colombia: M.P Ariel Salazar Ramírez

de normas específicas, existen disposiciones para el tránsito internacional de otros materiales biológicos. Solicitan el empleo de elementos jurídico-administrativos necesarios para garantizar el envío de los embriones a los Estados Unidos, basándose en las herramientas legales disponibles para el transporte de material biológico y componentes anatómicos, con el objetivo de proteger sus derechos fundamentales.

La Corte tuteló los derechos fundamentales de los accionantes, aduciendo que, de las convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas por Colombia que hacen parte de la Carta Política a través del bloque de constitucionalidad, los países y sus jurisdicciones tienen

La obligación de garantizar la prerrogativa a la libre reproducción humana, el derecho de autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones acerca de los procedimientos de reproducción a que busque recurrir, entendidos que convergen, a su vez, con la temática de la protección a la unidad familiar, el libre desarrollo de la personalidad, la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos.<sup>171</sup>

En el contexto abordado, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 2º, establece que los Estados Partes deben adoptar medidas necesarias para garantizar los derechos y libertades mencionados en el artículo 1. Además, se destaca la importancia de respetar la interpretación de la Corte Interamericana como última instancia de la Convención Americana, a la cual Colombia se adhirió en 1985.

El Decreto 1546 de 1998 regula las condiciones mínimas para el funcionamiento de unidades de biomedicina reproductiva en Colombia, permitiendo la criopreservación de preembriones y ajuste de contratos para tratamientos de fertilización. El canon 48 del decreto autoriza la preservación y transporte de embriones, responsabilidad asignada a la institución receptora.

Se destaca que los acuerdos negociados que no afecten principios éticos básicos ni sean ilícitos pueden regular relaciones entre las partes en términos de embriones congelados. En casos de diferencias irreconciliables, el consentimiento mutuo sobre el futuro de los embriones adquiere importancia, instando a la necesidad de planificación clara en los convenios para prevenir conflictos futuros.

---

171 Corte Suprema de Justicia (2017, 6 de diciembre) Sala Civil, Sentencia STC 20614 Bogotá D.C, Colombia: M.P Margarita Cabello Blanco.

En consecuencia, determinó que, la decisión sobre el destino de los pre embriones, en principio, debe recaer en la pareja que los aportó, ya que, de manera consensuada, ejercen el derecho de reproducción. En caso de desacuerdo, los tribunales resolverán la controversia utilizando la ponderación y el análisis fáctico respecto a la posición jurídica específica de los preembriones congelados. Para el caso en concreto, la Corte concluye que los demandantes buscaron ser padres a través de fecundación artificial, aportando sus propios gametos (procedimiento homólogo) en un centro de reproducción asistida en Colombia. Como beneficiarios del tratamiento, son los responsables de las decisiones relacionadas con el destino del material genético. El 15 de marzo, decidieron interrumpir el ciclo de transferencia de embriones congelados, optando por trasladarlos al Pacific Fertility Center en los Estados Unidos.<sup>172</sup>

Luego, la negativa de la Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud del Ministerio de Salud al negar la autorización de la salida de los embriones criopreservados, argumentando la falta de regulación legal específica, no es aceptable como contestación definitiva, ya que afecta los derechos fundamentales alegados por los demandantes y se espera una autorización con parámetros que la entidad debe expedir en razón de sus competencias, por lo que, la Corte tuteló los derechos fundamentales de los accionantes y ordenó que en el término de veinte (20) días contados a partir de la fecha de notificación de la presente providencia, el Ministerio de Salud y Protección Social-Dirección de Medicamentos y Tecnologías en Salud- se vuelva a pronunciar acerca del traslado de los embriones criopreservados siguiendo los lineamientos de esta decisión.<sup>173</sup>

Por último, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ratifica la validez de la filiación en casos de reproducción humana asistida en la sentencia SC009-2024, con ponencia del doctor Octavio Augusto Tejeiro Duque. Este caso gira en torno a las parejas del mismo sexo que acuden a Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). En esta oportunidad, la Corte estudió un caso en el que una mujer demandó a su expareja sentimental para impugnar la maternidad de esta última respecto a sus hijos mellizos. En este caso, la pareja, conformada por dos mujeres, decidió de mutuo acuerdo tener descendencia mediante un procedimiento de fertilización in vitro con un donante de esperma anónimo, resultando en el nacimiento de los menores en 2017, quienes fueron registrados como

---

172 Corte Suprema de Justicia (2017, 6 de diciembre) Sala Civil, Sentencia STC 20614 Bogotá D.C, Colombia: M.P Margarita Cabello Blanco.

173 *Ibíd.*

hijos de ambas. Tras la ruptura de la relación en 2019, la madre biológica (quien gestó a los niños) solicitó que se declarara que los menores eran exclusivamente suyos, argumentando que su expareja carecía de vínculo biológico con ellos.<sup>174</sup>

En esta oportunidad, la Sala Civil recordó que el artículo 42 de la Constitución Política reconoce la igualdad de derechos para todos los hijos, independientemente de si fueron procreados naturalmente o con asistencia científica. La Sala destacó que el concepto de familia ha evolucionado hacia una visión pluralista que no depende exclusivamente de la consanguinidad, sino que se sustenta en valores como el amor, el respeto y la solidaridad, protegiendo así las diversas formas de constituir un hogar. La Sala precisó que existe un vacío legal en Colombia sobre la regulación integral de las TRHA, pero aclaró que las normas tradicionales de impugnación basadas en la genética (ADN) no son aplicables automáticamente a la reproducción asistida heteróloga (con donante). Estableció que, en estos procedimientos, la fuente de la filiación no es el acto sexual ni la carga genética, sino el consentimiento informado (voluntad procreacional). En consecuencia, determinó que la impugnación de la maternidad en casos de reproducción asistida consentida no puede prosperar basándose simplemente en la ausencia de vínculo biológico, ya que el consentimiento libre e informado otorgado para el procedimiento genera derechos y obligaciones filiales irrevocables.<sup>175</sup>

Además, la Corte razonó que el interés superior del menor se garantiza protegiendo su identidad y la estabilidad de su filiación ya establecida, impidiendo que los conflictos de pareja posteriores o el arrepentimiento unilateral de una de las madres dejen a los niños sin uno de sus padres legales, a saber:

No puede pasar inadvertido que las diferencias que motivaron el pleito surgieron en una «familia diversa», en la que dos mujeres unidas por «vínculo solemne» debidamente acreditado optaron de manera, consciente, voluntaria y expresamente consentida, por acudir a técnicas de reproducción asistida con el ánimo de incorporar a su proyecto de vida en común a los hijos resultantes de su práctica. Así mismo, que el cambio de decisión por una de las madres de que la otra siguiera figurando como tal fue producto de la separación efectiva de la pareja acontecida con posteridad al nacimiento.

---

174 Corte Suprema de Justicia (2024, 22 de marzo) Sala Civil, Sentencia SC 009 de 2024 Bogotá D.C, Colombia: M.P Octavio Augusto Tejeiro Duque

175 *Ibíd.*

(...)

En el vacío quedan los esfuerzos argumentativos de la impugnante en el sentido de que la determinación confirmatoria del Tribunal es lesiva de los intereses de los infantes, expresando que ella está dispuesta a asumir en forma exclusiva la crianza de sus hijos y que la contradictora no cuenta con recursos para hacerlo, ni está interesada en cumplir con las obligaciones parentales. Tales manifestaciones evidencian una visión particular y ajena a los criterios de amor, respeto y solidaridad que deben imperar en el entorno familiar, independientemente de las diferencias y rupturas que puedan conllevar a su modificación. Además, admitir esa visión sería disponer un trato diferencial prohibido por la constitución a los hijos fruto de técnicas de reproducción asistida, respecto de los hijos de progenitores separados, como si la filiación dependiera meramente de la genética, la continuidad de la relación de pareja o de la capacidad económica para atender los compromisos que exige el socorro debido entre los integrantes de dicho núcleo.<sup>176</sup>

### ***5.5.2 Jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con las TRHA.***

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha pronunciado en distintas ocasiones en relación con controversias ius fundamentales que se suscitan en el ámbito de las Reproducción Humana Asistida, así como en la dimensión asistencial del Sistema de Seguridad Social en salud, es decir, el acceso a estas técnicas en el marco de los derechos sexuales y reproductivos. Con el fin de analizar ambos tópicos, en una primera parte se analizan los pronunciamientos en relación con la tensión de principios constitucionales entre los sujetos que se someten a estas técnicas y posteriormente, la posición jurisprudencial actual sobre el acceso a estos procedimientos sumamente costosos para el sistema de salud colombiano.

La Corte Constitucional, se pronunció por primera vez, para el año 2009, sobre la maternidad subrogada, mal llamada alquiler de vientre como un instrumento de reproducción asistida. En esta oportunidad, la Corte

---

<sup>176</sup> Corte Suprema de Justicia (2024, 22 de marzo) Sala Civil, Sentencia SC 009 de 2024 Bogotá D.C, Colombia: M.P Octavio Augusto Tejeiro Duque

analiza un caso de una mujer de escasos recursos efectuó una gestación subrogada, en una primera oportunidad, con los gametos de una pareja extranjera, procedimiento que resultó fallido, por lo que, realizó una gestación subrogada, es decir, aportando su propio óvulo y gestación. Con posterioridad al nacimiento de los dos menores, producto del embarazo gemelar, el padre de los menores intentó llevarlos a Estados Unidos. Aunque se concedió, se ordenó el contacto con la madre. La madre impugnó la decisión, iniciando un proceso legal que llegó a la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional establece que en el caso analizado, no se constituye un arrendamiento de vientre, pues la madre gestante también aportó sus gametos y por tanto, es la madre biológica de los menores. Al estudiar la figura de la maternidad subrogada, la máxima intérprete de la constitución, precisó que del estudio de la doctrina especializada, se ha podido concluir que, la maternidad subrogada es “un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia”.<sup>177</sup> Sin embargo, precisó que, el alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, no está previsto en el ordenamiento jurídico, sin embargo, la Corte reconoce que esta figura encuentra asidero jurídico en el artículo 42 inc. 6, al establecer que los hijos concebidos ya sea dentro o fuera del matrimonio, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos, siendo inexistente, por tanto una prohibición explícita para acuerdos de este tipo.

Bajo este contexto, la Corte extrae una serie de requisitos y condiciones que emanan como una necesidad de regulación exhaustiva, 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;
- (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.;
- (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas;
- (vi) que se preserve la identidad de las partes;
- (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento

---

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

informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.<sup>178</sup>

Al determinar, que en el caso analizado no se concretó un alquiler de vientre, la Corte determinó que existió una vidente violación injustificada de los derechos fundamentales de los niños y el perjuicio psicoafectivo causado por la separación abrupta, en ocasión del permiso de salida del país, procediendo a confirmar en sede de revisión de tutelas, a sentencia de la Corte Suprema de Justicia que revocó la autorización de salida del país de los menores emitida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali.

Para el año 2014, en la sentencia de unificación SU-617 de 2014, la Corte examinó un caso singular que involucra los derechos de las familias homoparentales y el uso de técnicas de reproducción asistida. En este caso, dos mujeres en Nüremberg, Alemania, acordaron mediante un documento oficial que una de ellas se sometería a inseminación artificial con los gametos de un donante conocido por ambas, renunciando a la paternidad del donante. Posteriormente, declararon haber conformado una unión permanente en Medellín.

Tras concebir una hija mediante inseminación artificial, la madre biológica solicitó la adopción ante la Defensoría de Familia de Rionegro. Sin embargo, la entidad declaró la improcedencia, argumentando que la legislación vigente no contempla la adopción por parejas del mismo sexo. Frente a esta negativa, las compañeras y la menor, representada legalmente por su madre biológica, interpusieron una acción de tutela para proteger los derechos de la menor a tener una familia, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y al debido proceso. Frente a este caso, la Corte precisa que en sede de tutela le corresponde determinar si la decisión de la defensoría de familia tuvo ciertas irregularidades procedimentales ante la negativa de la adopción con fundamento en la conformación homosexual de la pareja que pretendía la adopción.

La Corte determinó que, la decisión de la Defensoría de Familia lesionaba los derechos mencionados. La Corte no emitió una decisión

---

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

de fondo sobre el establecimiento del vínculo civil entre la compañera permanente y la madre biológica del menor, pero proporcionó criterios para la consideración de la autoridad competente en el proceso administrativo. A juicio de esta Corporación, la determinación de la entidad accionada resulta lesiva, sumado a que, la decisión del juez constitucional no excluye el análisis que deberán efectuar las autoridades administrativas y judiciales sobre la viabilidad de la adopción por consentimiento, cuando el menor es el resultado de una inseminación artificial de donante conocido que, pese a conocer de la existencia del niño, no lo ha reconocido, ni ha manifestado ningún interés la conformación de la relación paterno-filial.

A pesar de que la Corte no toma una decisión de fondo en relación con establecer el vínculo civil entre la compañera permanente de la madre biológica del menor, en la obiter dicta de la sentencia, sienta algunos criterios o argumentos jurídicos que pueden ser tenidos en cuenta para resolver la petición de fondo por la autoridad competente en el trámite administrativo respectivo. Esto es que, si bien es cierto, el ordenamiento jurídico vigente “se refiere tan sólo de manera tangencial, incidental e indirecta a las técnicas de reproducción asistida”. Las normas generales de filiación son aplicables, y por tanto, al ser la adopción una figura jurídica que busca sustituir o suplir la inexistencia del vínculo filial con los progenitores.

En principio la figura de la adopción sólo es viable, o bien cuando se han agotado y han fracasado los procedimientos para la conformación del vínculo filial con los progenitores, o cuando nunca se conformó el vínculo filial, por ejemplo, debido a que no fue posible la individualización y ubicación de los progenitores, o bien porque una vez perfeccionada la relación, desaparece posteriormente por causas naturales como el fallecimiento, por la renuncia voluntaria de los padres al vínculo o por la terminación unilateral del mismo por parte del Estado, cuando ésta representa un peligro para el menor. Así las cosas, podría pensarse que atendiendo a estas directrices generales, para proceder a la adopción requerida en la tutela, previamente se debía intentar la ubicación del padre biológico y la conformación del vínculo filial con éste.

La decisión de fondo en el presente caso, consistió en ordenar a la defensoría de familia revocar la solicitud de improcedencia de la solicitud de adopción y en su lugar continúe con el trámite administrativo correspondiente. Nótese, cómo la Corte en esta oportunidad considera que a pesar de la renuncia hecha por la madre biológica que se sometió a la TRHA de tramitar la respectiva filiación con el donante determinado, la Corte propende por intentar la ubicación del padre biológico y la conformación del vínculo filial con éste, en términos eminentemente deliberativos.

Para el año 2015, la Corte Constitucional, mediante una sentencia de unificación (SU-696 de 2015), analizó el caso de una pareja que inició en la ciudad de San Diego, un procedimiento médico con el fin de conseguir ser padres y así constituir una familia homoparental.<sup>179</sup> Sin embargo, los accionantes después de acudir a varias notarías del Círculo de Medellín, no pudieron registrar a sus hijos, bajo distintos pretextos. Además, la pareja homoparental se presentó con sus hijos a la Oficina de Casos Especiales de la Registraduría Municipal de Medellín, entidad que les manifestó que “el registro de niños nacidos en el exterior lo puede hacer cualquier notaría y que en esa dependencia estaban suspendidos los registros”.<sup>180</sup> Para analizar la posición de las notarías accionadas, la Corte Constitucional en una nutrida *obiter dicta*, en una primera parte, reitera el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y los riesgos asociados a su inobservancia, determinado que “la naturaleza y alcance de la prevalencia de los derechos de los menores de edad es un mandato expreso contenido en la Constitución que tiene una relación con la condición de sujetos de especial protección de los niños, niñas y adolescentes”.<sup>181</sup> De forma que, la posibilidad de integrarse en un grupo familiar no solo es un derecho fundamental prioritario, sino también una salvaguardia esencial para garantizar la consecución de otros derechos fundamentales asociados a esa entidad.

Por esta razón, la violación del mismo implica una degradación del ser humano de tal magnitud que resulta incompatible con el principio de dignidad consagrado en la Carta. Cualquier separación abrupta, intempestiva e injustificada de un niño y su familia hace que se desconozca su pertenencia a una institución necesaria para su desarrollo integral lo que lo priva de un factor determinante de su más íntima individualidad.<sup>182</sup>

Consiguientemente, la Corte analiza el tópico de la protección constitucional de las parejas a la familia diversa, de manera que, en esta oportunidad, la Corte reitera jurisprudencia que reconoce la importancia de la familia diversa en el orden constitucional, que parte desde la sentencia C-075 de 2007, en el marco de las parejas del mismo sexo. En estos términos, para la Corte es claro que el precedente vigente para la época:

---

179 Corte Constitucional, (2015,12 de noviembre) Sala Plena, Sentencia SU-696, Expediente T-4.496.228, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

180 *Ibíd.*

181 *Op.Cit*

182 *Ibíd.*

Reconoce plenamente el carácter diverso de la familia sin hacer ninguna distinción acerca de la exigibilidad que tienen los derechos de los niños en los distintos tipos de unión. En otras palabras, mientras el concepto de familia se ha ampliado de manera progresiva, la regla de respeto absoluto por los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separado de la misma se ha mantenido incólume con el paso del tiempo. Sin importar el tipo de hogar, los derechos de los niños prevalecen y las grandes garantías que el régimen constitucional reconoce para su protección no cambian en lo más mínimo.<sup>183</sup>

Por otra parte, la Corte decanto que la relación filial es un mecanismo de protección de derechos fundamentales, por lo que el derecho a la personalidad jurídica de los menores de edad, no se limita únicamente a la capacidad de los individuos para participar en transacciones legales, sino que abarca todas las características individuales vinculadas a su condición de persona. En particular, en el caso de los menores de edad, el registro civil se convierte en el medio esencial para materializar dicho derecho, y el Estado está obligado a eliminar cualquier obstáculo<sup>184</sup>, ya sea de índole material o formal, con el fin de asegurar su protección y eficacia. En resumen, el reconocimiento explícito de la relación filial es la única vía para que el Estado concrete el derecho de toda persona a ser reconocida. Si esta relación, que se desarrolla exclusivamente en el ámbito familiar,<sup>185</sup> si no se protege adecuadamente, la persona queda vulnerable a situaciones perjudiciales que amenazan sus derechos fundamentales.<sup>186</sup>

El notariado es un servicio público que está destinado a satisfacer la función fedante, una necesidad de interés general para la ciudadanía. Así, su existencia es una forma en la que se concreta el principio de descentralización por colaboración, bajo el cual el Estado asume alguna de sus obligaciones con la asistencia de los particulares. Por esta razón, los notarios

---

183 Corte Constitucional, (2015,12 de noviembre) Sala Plena, Sentencia SU-696, Expediente T-4.496.228, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

184 Naciones Unidas. (1991). Convención sobre los derechos del niño (1a. ed., 1a. reimp.). Nueva York: Naciones Unidas.

185 Caso Atala Riffo y Niñas c. Chile

186 Corte Constitucional, (2015,12 de noviembre) Sala Plena, Sentencia SU-696, Expediente T-4.496.228, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

no son autoridades administrativas o judiciales pero, sin embargo, su actuación sí debe estar precedida por el principio de imparcialidad, neutralidad y apego estricto a los principios y valores constitucionales.

Bajo esta comprensión, la Corte considera que si bien los notarios, actuaron bajo el absoluto convencimiento de que su respuesta a la solicitud de Antonio y Bassanio se encontraba ajustada al marco legal vigente y a los límites de la función fedante, no es menos cierto, que como lo indicaron algunos de los intervinientes, los notarios pudieron hacer uso de la analogía para aplicar el artículo 213 del Código Civil y extender los efectos de la presunción de legitimidad en dicho precepto contenida.

Por lo tanto, no es necesario que el Legislador cree una figura específica para los casos del registro de hijos e hijas de parejas del mismo sexo ya que la legislación civil ofrece una salida práctica y eficiente a cualquier duda hermenéutica que tengan los funcionarios notariales frente a los límites del registro civil. Por esta razón, y como se explicará con mayor detalle en la parte resolutive, se debe concluir que el formato actual de registro civil admite de plano la inscripción en el registro civil de menores de edad que formen parte de familias diversas.<sup>187</sup>

Así las cosas, para la Corte no existe una razón objetiva y por tanto constitucionalmente válida que impida extender esta presunción a través de una interpretación analógica en pro del derecho a la identidad y a la personalidad jurídica de las menores, máxime cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional. Esta presunción legal fue concebida por el legislador, “como una medida rápida y eficaz para otorgarle seguridad a la situación civil y filial del menor de edad. Además, se convierte en un mecanismo adecuado que preserva el derecho a la intimidad del núcleo familiar ya que evita que prima facie se deba acudir a una prueba genética para determinar la paternidad”.<sup>188</sup>

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional enfatizó que la falta de registro de los hijos de las familias diversas es una “manifestación del déficit de protección constitucional que esto sufren”,<sup>189</sup> en razón a que, el artículo 42 de la Carta Política incluye el reconocimiento y protección a

---

187 *Ibíd.*

188 *Op.cit.*

189 Corte Constitucional, (2015,12 de noviembre) Sala Plena, Sentencia SU-696, Expediente T-4.496.228, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

varias formas de familia, y que las mismas, se encuentran desprotegidas, por tal motivo, esta desprotección debe ser remediada por el legislador y de forma subsidiaria, por el juez constitucional, situación que, dado el silencio legislativo del Congreso de la República en Colombia ha conllevado a que vía jurisprudencial se busque superar dicho déficit de protección. En consecuencia, para la Corte, el caso analizado, pone en evidencia la necesidad de reflexionar sobre esta situación de desprotección constitucional, en procura de tomar “un remedio estructural frente a la falta de voluntad de quienes ejercen una función pública para proteger los derechos de los niños a tener una familia diversa y a no ser separado de ellas”.<sup>190</sup>

Para la Corte las actuaciones de los notarios accionados, parte de una interpretación formalista y exegética de las normas que rigen el registro civil de las personas, sumado a que “aprovechando un eufemismo exegético derivado de un vacío meramente nominal del formato del registro civil de nacimiento, optaron por aplicar la regla de la “igualdad del cementerio “al extender la discusión sobre adopción por parte de parejas del mismo sexo a casos donde la figura no encuentra ningún asidero”,<sup>191</sup> ya que el vínculo filial de los dos padres se encuentra plenamente probado, a través de un documento equivalente extranjero que reconoció la relación filial.

Por tal motivo, la Corte optó por confirmar en su integridad la decisión de primera instancia, en el sentido de conceder la protección de los derechos fundamentales de los accionantes y en consecuencia de lo anterior, ordenar la inscripción inmediata de la relación filial en el registro civil de nacimiento de los menores. Asimismo, ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que establezca un nuevo formulario o formato de Registro Civil de Nacimiento “en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y “madre” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres, en el orden que voluntariamente señale la pareja para efectos de los apellidos legales de su hijo.”<sup>192</sup>

Posteriormente, para el año 2020, mediante la sentencia T-105 de 2020, la Corte Constitucional analizó el alcance de la Sentencia SU-696 de 2015 y la interpretación dada por la Registraduría Nacional del Estado Civil a esta providencia, interpretación que fue consignada, entre otras, en la Circular Única de Registro Civil e Identificación de 15 de noviembre de 2019. En esta oportunidad la corte analizó un caso en el que una pareja de mujeres, quienes

---

190 *Ibíd.*

191 *Op.cit*

192 Corte Constitucional, (2015,12 de noviembre) Sala Plena, Sentencia SU-696, Expediente T-4.496.228, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

después de convivir varios años, tuvieron un hijo mediante el procedimiento de inseminación artificial. Dado que, las compañeras no habían constituido una Unión Marital de Hecho, para la fecha de nacimiento de la menor, no se les permitió el registro conjunto y por tal motivo la menor fue registrada únicamente con los apellidos de su madre biológica. En razón a lo anterior, la pareja decidió entablar un proceso de adopción, con el objetivo que la compañera de la madre biológica reconociera a la menor como su madre, sin embargo, la Defensoría de Familia, negó el proceso, al no contar la pareja con una UMH declarada, incumpliendo, a juicio de esta entidad, los requisitos para acceder a este derecho.

Como última instancia, la pareja acudió a través de un derecho de petición a la Registraduría Nacional del Estado Civil, solicitando el reconocimiento de forma conjunta de la menor. La Registraduría razonó que como la menor no había nacido en vigencia de un vínculo matrimonial ni de una Unión Marital de Hecho, no era posible estimar a la compañera como madre de la menor. En todo caso, precisó que si la intención de las peticionarias era crear un vínculo jurídico-filial con la menor, el sendero adecuado era la adopción.<sup>193</sup>

Dados estos supuestos fácticos, la pareja decide entablar una acción de tutela, buscando, en síntesis, se reconozca y se inscriba en el registro civil de nacimiento de la menor como madre a la compañera de la madre biológica, exponiendo, su inconformidad con la decisión y respuesta adoptada por la Registraduría en respuesta al derecho de petición entablando por las accionantes. En síntesis, las accionantes plantean que la entidad competente del registro, se ha excusado en la falta de declaratoria formal de su relación, pero ha omitido valorar las distintas pruebas que dan cuenta de la relación existente.<sup>194</sup>

Para abordar el caso, la Corte empieza analizando el interés superior del menor a la luz de los instrumentos internacionales y las disposiciones constitucionales. Luego, deduce que, de acuerdo a la línea jurisprudencial sentada por el máximo intérprete de la constitución, la noción contemporánea de familia, responde a un criterio sociológico, cultural y acorde con el principio de pluralismo, así:

Para la Corte la actual conceptualización de la noción de familia responde a factores socio afectivos, a partir de una interpretación

---

193 Corte Constitucional, (2020,12 de marzo) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-105, Expediente T-7.558.434, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

194 *Ibid.*

evolutiva y sociológica fundada en la cláusula de Estado social de derecho, el pluralismo y la diversidad cultural, que ha llevado a reconocer que al interior de las parejas del mismo sexo se asumen iguales compromisos de afecto, solidaridad y respeto, por lo que merecen la misma protección, esto es, contar con los mismos derechos y los deberes a las familias conformadas por parejas heterosexuales. Además, el principio de interés superior del menor de edad se refleja, entre otros, en el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, por constituir la piedra angular de garantía en el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.<sup>195</sup>

Consiguientemente, la Corte recuerda que la relación filial constituye un mecanismo de protección de los NNA, máxime cuando se encuentra íntimamente ligado con la dignidad humana y el techo a la personalidad jurídica. En efecto, el derecho a la personalidad jurídica tiene una relación estrecha con el derecho humano fundamental a conformar una familia, precepto fundamental que conlleva a que el Estado intervenga en menor medida la institución familiar y solo en casos estrictamente necesarios, al tiempo que, impone al Estado “superar todas las barreras administrativas u obstáculos materiales, con el fin de garantizar que los menores no sean separados de sus núcleos familiares, a partir de la salvaguarda del carácter diverso que tiene la familia y reivindicar el derecho a que los hijos sean reconocidos como parte de la misma”.<sup>196</sup>

Finalmente, la Corte a través de un juicio de igualdad, analiza el alcance otorgado por la Registraduría Nacional del Estado Civil a la sentencia SU-696 de 2015, determinando que, mientras que a las parejas heterosexuales pueden registrar a sus hijos, sin que se exija el reconocimiento previo de una relación formal; a las parejas del mismo sexo, de entrada se les exige soportar la declaratoria de un vínculo formal entre la pareja, ya sea una Unión Marital de Hecho o el vínculo matrimonial.<sup>197</sup> El derecho a la igualdad no solamente implica recibir un trato igualitario por parte del Estado, sino que también se convierte en una obligación para el Estado de adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos (art.2 C.P), de ahí que, para la Corte exista un trato desigual no justificado constitucionalmente.

---

195 Corte Constitucional, (2020,12 de marzo) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-105, Expediente T-7.558.434, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

196 *Ibid.*

197 *Op.cit*

La diferenciación que se realiza para el registro de hijos de padres homoparentales se basa en un criterio sospechoso, el que surge a partir de las causas de discriminación explícitamente prohibidas por la Constitución. En este caso para la Sala dicho tratamiento no encuentra una justificación constitucionalmente admisible como pasa a explicarse.<sup>198</sup>

Bajo esta línea argumentativa, la Corte determina corregir el registro civil de nacimiento de la menor incluyendo como madre, a la compañera de la madre biológica. De igual forma, la Corte ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil, “actualizar la Circular Única de Registro Civil e Identificación de acuerdo a los lineamientos expuestos en esta sentencia, teniendo en cuenta que su función es facilitar la vida de los colombianos, en lugar de establecer trabas que hagan inocuo el adecuado ejercicio de la buena administración”.<sup>199</sup>

Consiguientemente, para el año 2022, la Corte analizó un caso en el que un hombre, acude a la maternidad subrogada, con el fin de conformar una familia monoparental. Con el fin de dedicarse al cuidado de su hija recién nacida, solicitó a la EPS, el reconocimiento y pago de “licencia de paternidad por un tiempo equivalente al número de semanas que le es otorgado a las madres en la ley”,<sup>200</sup> sin embargo, la EPS, solamente le concedió el término de 14 días establecido en la ley para la licencia de paternidad.

Inconforme con esta decisión, acudió a la acción de tutela, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la familia y a la licencia de paternidad. En esta oportunidad, la Corte identificó, la existencia de un vacío legislativo en torno a la maternidad subrogada, resaltando, que en varias oportunidades, ha puesto de presente por más de 12 años la imperiosa necesidad que existe de regular la maternidad subrogada, vacío normativo que “ha obligado al juez de tutela a resolver asuntos concretos sin que las reglas puedan hacerse extensivas a otros casos, al no existir una regulación de por medio”.<sup>201</sup> La Corte Constitucional, explica que las licencias de maternidad y paternidad, son derechos fundamentales para los niños, niñas y adolescentes como para

---

198 Corte Constitucional, (2020,12 de marzo) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-105, Expediente T-7.558.434, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

199 *Ibíd.*

200 Corte Constitucional (2022, 1 de agosto) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-275 de 2022, Expediente T-8.585.986, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

201 *Ibíd.*

los padres y las madres, puesto que, “aunque están inspiradas en el interés superior de la niñez, también protegen los derechos e intereses de las mujeres y hombres trabajadores que han decidido acompañar responsablemente a su hijo o hija menor de edad desde el momento en el que nace o llega a la familia”.<sup>202</sup>

Ahora bien, en relación, con la licenciada de maternidad, la Corte reconoce que si bien, esta otorga a la madre trabajadora “un período destinado a [su] recuperación física [...] y al cuidado del niño”, esto no implica que, el tiempo reconocido por el legislador para la licencia de maternidad sea exclusivo de las mujeres que han dado a luz a sus hijos, pudiéndose hacer extensivo dicho término a las madres adoptantes y, en ciertas circunstancias, a los padres.<sup>203</sup>

De conformidad con el artículo 236 del CST todas las provisiones y garantías previstas en este para la madre biológica se hacen extensivas a (i) la madre adoptante o (ii) al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, para lo cual la fecha del parto se asimila a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento, bajo este precepto, la Corte determinó que en el caso en concreto, dadas las particulares circunstancias, el caso no se subsume en ninguno de los supuestos previstos por la ley e identificados por la jurisprudencia constitucional en los que debe extenderse la licencia de maternidad al padre.

En consecuencia, dada la laguna legislativa que existe sobre la materia y la ausencia de regla jurisprudencial aplicable al presente caso, la Corte acudió a los principios de igualdad y del interés superior del niño. En virtud del principio de igualdad, la Corte consideró que era:

Possible extender los beneficios de la licencia de maternidad al accionante, quien se encuentra en una situación asimilable a la que está contemplada en la ley para los padres adoptivos o biológicos que han debido asumir el cuidado de sus hijos en soledad, bien sea porque no tienen cónyuge o compañera permanente, o porque no cuentan con el apoyo de la madre a causa de muerte, enfermedad o abandono.<sup>204</sup>

---

202 Op.cit.

203 Corte Constitucional (2022, 1 de agosto) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-275 de 2022, Expediente T-8.585.986, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

204 Corte Constitucional (2022, 1 de agosto) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-275 de 2022, Expediente T-8.585.986, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

La Corte a la luz del principio del interés superior del menor concluyó que, la imposibilidad de hacer extensiva la licencia de maternidad se origina por el vacío legislativo en la materia, sin embargo, pese a la laguna legislativa, con fundamento en el principio del interés superior de la niñez, “es procedente extender el beneficio de la licencia de maternidad al accionante, para garantizar el derecho de la menor de edad Amalia a recibir cuidado y amor por parte de su padre (artículo 44 C.P)”.<sup>205</sup>

Para el año 2022, la Corte analizó un caso de notoria relevancia constitucional, que dejó en evidencia la importancia de una regulación exhaustiva de las TRHA, situación que conllevó a que la Corte Constitucional exhortará al Congreso, para que regulara la materia. El asunto, en síntesis, trata de la disposición de un embrión criopreservado, compuesto por los gametos de una pareja, con posterioridad a la terminación de su relación sentimental. En el caso, la compañera, que por su edad, presenta dificultades para procrear y desea tener un hijo, continuó con el proceso de fecundación *in vitro*, apelando a una de las cláusulas del “Consentimiento informado para la vitrificación de embriones”, que faculta a la madre a determinar el destino de los embriones, en caso de separación o divorcio de la pareja.

Sin embargo, tanto la clínica como el médico tratante, se negaron a practicar el procedimiento, recomendando a la excompañera llegar a un acuerdo con el donante, para poder continuar con el procedimiento. El donante de los gametos masculinos, por su parte, en reiteradas ocasiones se comunicó con la clínica a través de mensajes de datos solicitando la interrupción del procedimiento y retirando expresamente su consentimiento.

Como se puede observar, este asunto representa uno de los riesgos de la falta de lineamientos técnicos y jurídicos en torno a los derechos de las partes que se someten a las TRHA y los supuestos de hecho, que podría prever el legislador a fin de lograr dirimir los conflictos jurídicos que eventualmente puedan surgir, dado que, indudablemente las relaciones familiares se encuentran en constantes cambios y a través de este procedimiento, no solo está en juego, la autonomía de la voluntad de las partes, la libertad sexual y reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a constituir una familia, sino también, el derecho a la personalidad jurídica y a conocer su identidad histórica del menor fruto de estos procedimientos, que en este estadio sería un embrión, así como, el interés de la vida del embrión *in vitro*, en contraste con los intereses de las partes que aportan su material genético.<sup>206</sup>

---

205 Corte Constitucional (2022, 1 de agosto) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-275 de 2022, Expediente T-8.585.986, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

206 Beca JP, Lecaros A, González P, Sanhueza P, Mandakovic B. Aspectos médicos, éticos y legales de la criopreservación de embriones humanos. *Rev Médica Chile*. julio de 2014;142(7):903-8.

Frente a este punto, es importante destacar que, la doctrina especializada, frente a los embriones criopreservados, ha debatido desde una dimensión ética y jurídica, si deberían ser objeto de tutela o protección jurídica, dada su vocación de crear vida humana, estableciendo mayoritariamente “que el desarrollo embrionario debe ser objeto de cuidado y consideración en el marco legal y ético”.<sup>207</sup> Ahora bien, la Corte, al abordar el conflicto jurídico, reconoce la dificultad del caso y la relevancia constitucional que el mismo implica, delimitando su análisis en definir si la Clínica, el médico tratante y el donante de gametos masculinos, desconocen los derechos fundamentales de la accionante, en particular el derecho a la autodeterminación reproductiva, “al negarse a implantar el preembrión a cuya formación concurrió con Carlos, alegando que este último revocó su consentimiento”.<sup>208</sup>

Para abordar el problema jurídico y una vez superado la revisión de subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte precisó que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, cuestiones complejas sobre la interrelación entre los intereses contrapuestos que entran en juego de las personas que acuden a estos procedimientos con vocación de conformar una familia como parte de su proyecto de vida, las autoridades que supervisan los distintos procedimientos y los centros de carácter privado que ofrecen dichos servicios y deben ofrecer certidumbre sobre los límites tanto éticos como morales de estas técnicas.<sup>209</sup>

Las partes que se someten a las TRHA, hacen uso de su libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación para exteriorizar su proyección de vida en torno a conformar una familia, de ahí que, de este hecho jurídico se encuentra íntimamente ligado con el derecho a constituir una familia y la garantía de los derechos sexuales y reproductivos. En consecuencia, el ejercicio del derecho a conformar una familia y la garantía de los derechos sexuales y reproductivos, implica “el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia”.<sup>210</sup> Bajo esta comprensión, la Corte determina que los derechos sexuales y reproductivos adscriben:

---

207 Sotaquirá, D. (2023) “*Disposición de embriones criopreservados: Análisis de caso a la luz de la sentencia T 357 del 2022*”. Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Bioderecho y Bioética. Colombia, Bogotá: Universidad del Rosario.

208 Corte Constitucional (2022, 13 de octubre) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-357 de 2022, Expediente T-8.436.289, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

209 Corte Constitucional (2022, 13 de octubre) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-357 de 2022, Expediente T-8.436.289, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

210 Corte Constitucional (2020, 20 de febrero) Sala Plena, Sentencia SU-074 de 2020, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado

(i) una permisión de las personas y de las familias para solicitar la práctica de TRHA y, en ese contexto, para suscribir contratos que definan las condiciones para la fecundación in vitro, la criopreservación así como los derechos y obligaciones de quienes los suscriben; (ii) una prohibición, que vincula a autoridades y particulares, de obstaculizar injustificadamente la posibilidad de celebrar y ejecutar ese tipo de acuerdos; y (iii) un mandato que impone al Estado la supervisión de las entidades públicas o privadas que desarrollen técnicas de reproducción asistida.<sup>211</sup>

Ahora bien, uno de los elementos más importantes, de la providencia objeto de estudio, radica en la incorporación de la perspectiva de género<sup>212</sup>, como elemento de análisis del problema jurídico suscitado entre las partes y la colisión de principios que se genera. La Corte, reconoce que las mujeres integran un grupo históricamente discriminado y que ha sido objeto de diferentes formas de violencia que han afectado la esfera pública, privada y familiar de las mujeres, de ahí que, dicha circunstancia no puede ser pasada por alto.

En plena concordancia con la cláusula de erradicación de injusticias presentes que se adscribe al artículo 13 de la Carta y de la prohibición de discriminación que establece el artículo 43, la jurisprudencia ha reconocido y destacado el deber del Estado y de los particulares de respetar y proteger los derechos de las mujeres.<sup>213</sup>

En efecto, el desarrollo legal y jurisprudencial de las TRHA exigen tener presente, a partir de una perspectiva de género, el impacto diferenciado que generan estos procedimientos a las mujeres, como un grupo históricamente discriminado, situación que la Corte traduce en “conferir un peso especial a sus intereses en casos como en el analizado”.<sup>214</sup>

---

211 Corte Constitucional (2022, 13 de octubre) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-357 de 2022, Expediente T-8.436.289, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

212 El enfoque de género es una “herramienta teórico-metodológica que permite el examen sistemático de las prácticas y los roles que desempeñan las mujeres y los hombres en un determinado contexto económico, político, social o cultural” (SU-080 de 2020).

213 *Ibíd.*

214 Corte Constitucional (2022, 13 de octubre) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-357 de 2022, Expediente T-8.436.289, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

Bajo esta noción, si bien, el derecho a la autonomía reproductiva, al ser un derecho humano<sup>215</sup>, ostenta un carácter de universalidad, no es menos cierto que, en el marco de los conflictos jurídicos que emergen de las TRHA, existen impactos diferenciales que pueden impactar a las mujeres en un mayor grado que a los hombres, de ahí la importancia de aplicar la perspectiva de género, para dirimir esta clase de conflictos.

En consecuencia, la Corte determina los siguientes criterios que se deben tener en cuenta a la hora de analizar los conflictos jurídicos que emergen entre las partes que acceden a las TRHA, a saber:

**Tabla 2.** Criterio para abordar los impactos diferenciados que las TRHA en las mujeres

|                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>El desarrollo de esas técnicas no debe fundarse en prejuicios que reproduzcan aquellos estereotipos según los cuales la maternidad define la identidad femenina.</p> | <p>Las TRHA son un instrumento imparcial, que permite a las personas que se someten a estos procedimientos procrear. En consecuencia, la decisión de una de las partes que se someten a estas técnicas, de ninguna manera, puede imponer roles incompatibles con la igualdad y la prohibición de discriminación por razones de sexo.</p> <p>De ahí que, las autoridades, la familia, el personal sanitario ni la pareja pueden asumir prácticas o comportamientos que tengan como propósito obstaculizar las decisiones legítimas que las mujeres adoptan respecto del inicio, ejecución o terminación de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida.<sup>216</sup></p> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

215 El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y se encuentra intimamente ligado con el derecho a la vida privada, convenio aprobado mediante la Ley 984 de 2005.

216 “Algunas perspectivas han sugerido que este tipo de técnicas cosifican a la mujer en tanto la erigen en un instrumento para la reproducción y la maternidad lo que, a su vez, replica modelos patriarcales”. (T- 357-2022)

|                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| El acceso a las TRHA debe garantizarse en condiciones de igualdad para hombres y para mujeres.                                                                                                                                                              | No son tolerables tratamientos diferentes e injustificados que se apoyen en el género y que tengan por objeto obstaculizar o afectar el acceso a tales técnicas.                                                                                                                                                                         |
| La implementación de los procedimientos afecta de manera especial y particular a las mujeres y, por ello, existe un deber especial de garantizar absoluta inmunidad para decidir acerca del procedimiento, la forma de ejecutarlo, así como su oportunidad. | Deben existir procedimientos idóneos que permitan valorar los riesgos, efectos y beneficios de los diferentes procedimientos que componen las TRHA. La Corte, sin desconocer que las TRHA tienen efectos de diferente naturaleza también para los hombres, establece que ellos se acentúan significativamente en el caso de las mujeres. |

**Fuente:** Elaboración propia a partir de la Sentencia T-357 de 2022

Frente al caso en concreto, la Corte empieza por analizar los acuerdos privados suscritos entre las partes que se sometieron a las TRHA, encontrando la Corte que la preparación farmacológica e incluso quirúrgica del cuerpo de la persona gestante, empieza mucho antes de la implantación del embrión y por tanto, tiene efectos en distintas dimensiones, como la económica, emocional, corporal, personal y familiar. Este discernimiento en clave con la perspectiva de género, permite dar un mayor peso a la aplicación del contrato, pues, pese a ser un acuerdo entre las partes, contiene obligaciones que integran la órbita de derechos iusfundamentales para ambas partes.

En estos términos, pese la Corte respetar el acuerdo de voluntades suscrito por ambas partes, estableció que el juez constitucional debía valorar caso a caso las cláusulas de dichos acuerdos y su compatibilidad con la Constitución Política de 1991. De ahí que, en el caso analizado, la Corte haya arribado a la conclusión según la cual, la disposición de los embriones criopreservados por parte de la parte gestante, es compatible con la Constitución Política. Dado que, dicha determinación, conlleva a tener consecuencias jurídicas en el estado civil del menor que podría nacer y del donante de espermatozoides, la Corte determinó que, el derecho de Carlos de decidir no ser padre, “carece del peso suficiente para oponerse a la pretensión de Sara teniendo en cuenta, de una parte, que expresó su consentimiento para el desarrollo de la TRHA y, de otra parte, que se trata de la última

oportunidad de la accionante para ser madre biológica”.<sup>217</sup>

Sin embargo, la Corte no desconoció el rol que ostenta el consentimiento en el marco de la reproducción humana asistida, por lo que, acudiendo a una interpretación de las sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, determinó que el ex compañero puede decidir si desea ser padre o no, por lo que, en caso de que manifiesta su consentimiento en sentido negativo, se tomará como un donante heterólogo, es decir, su identidad estará bajo reserva legal y no tendrá efectos paterno-filiales el nacimiento del menor, pese a que tenga un vínculo directo con el donante. Empero, también, en esta oportunidad la Corte, otorga un término de 20 días calendario para que exteriorice su voluntad de asumir la filiación.

En este caso, salta a la vista, la tensión de derechos entre las partes que se someten a las TRHA, pues se encuentra los derechos sexuales y reproductivos de una mujer que anhela dentro de su proyecto de vida ser madre y por otra, de un donante masculino de sus gametos, quien se opone a que dicho procedimiento se lleve a feliz término, en virtud del respeto de la autonomía de la voluntad privada y la autodeterminación de los proyectos de vida de los seres humanos, sumado a las implicaciones, no solamente paterno-filiales, sino también emocionales y psicoafectivas que dicha decisión podría general. Y finalmente, y pese a que no fue el criterio central de la decisión, se encuentra también el interés superior del menor, que también debe ser un criterio central para determinar si la madre que conformará una familia monoparental, podrá satisfacer a cabalidad las necesidades y derechos supraleales del menor, además de determinar cuál sería la afectación emocional y de su derecho a la identidad histórica, de la decisión que tomó la Corte. Indudablemente, los avances acelerados de la tecnología y los cambios y dinámicas sociales, afectan directamente la estructura familiar y la noción social de familia que tradicionalmente se ha consignado en los ordenamientos jurídicos tradicionales.

Finalmente, dado que no existe regulación por parte del Congreso de la República de las TRHA en Colombia y al evidenciarse en este caso, la importancia de definir claramente los límites, derechos y obligaciones mínimas que se adecuen con los postulados constitucionales, la Corte en la parte resolutive exhortó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que:

---

217 Corte Constitucional (2022, 13 de octubre) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-357 de 2022, Expediente T-8.436.289, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

En el curso de la próxima legislatura se adelanten todas las gestiones para presentar y tramitar un proyecto que regule integralmente la materia relativa a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). Dicha regulación debe incorporar un enfoque de género y ocuparse, entre otras cosas, de (a) las etapas de las TRHA, (b) los intervinientes de ellas, sus derechos y obligaciones, (c) la naturaleza, alcance y efectos de los acuerdos celebrados para su desarrollo, (d) las condiciones para para prestar el consentimiento, las posibilidades de modificarlo y la oportunidad para hacerlo, (e) el destino posible de los gametos y embriones conservados así como el tiempo durante el cual ello puede ocurrir, (f) la responsabilidad de las clínicas y del personal sanitario que participa en el proceso y (g) los efectos en materia de filiación.<sup>218</sup>

Para el año 2024, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, se pronunció sobre el alcance del derecho a la autodeterminación reproductiva y el consentimiento en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). En esta oportunidad, la Corte estudió un caso en el que un hombre revocó su consentimiento para la transferencia de embriones en el marco de un proceso de divorcio, impidiendo la continuación del tratamiento iniciado con su expareja.<sup>219</sup>

La Corte analizó los derechos fundamentales en tensión, aduciendo que, en el marco de las técnicas de reproducción asistida, el derecho a la filiación y a la autodeterminación reproductiva tiene múltiples facetas. La Corporación destacó que la filiación en estos procedimientos se fundamenta principalmente en la voluntad (consentimiento) y no solo en el vínculo biológico. Asimismo, reiteró que la autodeterminación incluye tanto la facultad de decidir procrear (faceta positiva) como el derecho a no ser forzado a hacerlo (faceta negativa) y a decidir sobre el destino del propio material genético.<sup>220</sup>

Para dirimir la colisión de principios y derechos humanos fundamentales, la Corte acudió a un juicio de ponderación, dado que existe una omisión legislativa absoluta en la materia. En este sentido, al analizar la posible

---

218 Corte Constitucional (2022, 13 de octubre) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-357 de 2022, Expediente T-8.436.289, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

219 Corte Constitucional (2024, 10 de julio) Sala Primera de Revisión, Sentencia T-274 de 2024, Expediente T-9.287.678, M.P Natalia Ángel Cabo.

220 *Ibid.*

afectación de los derechos de las partes, determinó que “el escenario que supone la menor afectación de derechos fundamentales es la orden de no transferir los embriones”.<sup>221</sup> La Corte distinguió este caso del precedente (Sentencia T-357 de 2022), aclarando que aquí no se trataba de la última oportunidad biológica de la mujer al no haber aporte genético de ella.

Finalmente, al constatar que la clínica vulneró los derechos de la accionante al no brindar un consentimiento informado idóneo, con perspectiva de género y claridad sobre los riesgos de separación, la Corte ordenó a la institución garantizar el inicio de un nuevo procedimiento de fertilización *in vitro* a favor de la accionante sin costo alguno, si ella así lo deseara, permitiéndole cumplir su sueño de maternidad sin afectar los derechos de su expareja. Finalmente, reiteró el exhorto al Gobierno y al Congreso para regular integralmente la materia.<sup>222</sup>

Por último, en el año 2025 la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional (sentencia T-163 de 2025) se pronunció sobre el alcance del derecho a la autodeterminación reproductiva en su faceta de disposición de material genético post mortem. En esta oportunidad, la Sala Octava de la Corte Constitucional estudió un caso en el que una clínica de fertilidad se negó a entregar los óvulos criopreservados de una paciente fallecida a su compañero permanente supérstite, quien pretendía utilizarlos para un procedimiento de maternidad subrogada. La Sala argumentó que la autodeterminación reproductiva incluye la autodeterminación genética, entendida como el derecho exclusivo del donante a decidir el destino de sus propias células.<sup>223</sup>

La obligación de garantizar el respeto a la voluntad expresada legalmente por la titular del material genético primó en el análisis. La Corte señaló que, ante el vacío normativo en Colombia sobre las TRHA post mortem, los contratos firmados en vida constituyen la manifestación válida de la voluntad. Aunque el accionante aportó conversaciones de WhatsApp y declaraciones extrajuicio de la madre y hermana de la fallecida sugiriendo su deseo de ser madre mediante subrogación, la Sala consideró que dichas pruebas demostraban su anhelo de maternidad en vida, pero no constituían una prueba irrefutable e inequívoca de que ella autorizara el uso de sus óvulos después de su muerte, lo cual requería una formalidad mínima para modificar lo pactado por escrito.<sup>224</sup>

---

221 Corte Constitucional (2024, 10 de julio) Sala Primera de Revisión, Sentencia T-274 de 2024, Expediente T-9.287.678, M.P Natalia Ángel Cabo.

222 *Ibid.*

223 Corte Constitucional (2025, 8 de mayo) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-163 de 2025, Expediente T-10.691.021, M.P Cristina Pardo Schlesinger

224 Corte Constitucional (2025, 8 de mayo) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-163 de 2025, Expediente T-10.691.021, M.P Cristina Pardo Schlesinger

En consecuencia, determinó que la clínica no vulneró los derechos del accionante al cumplir con las cláusulas contractuales que ordenaban descartar los óvulos. La Corte concluyó que no es posible trasladar la facultad de decisión sobre el material genético a un tercero (el esposo) en ausencia de un consentimiento explícito de la titular para el uso póstumo. Por tanto, revocó las decisiones de instancia que declararon improcedente la tutela y, en su lugar, negó las pretensiones del actor. Además la Corte exhortó al Congreso y al Gobierno para que regulen integralmente la materia de las TRA en el país.<sup>225</sup>

### ***5.5.3 El acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida y el alcance de los derechos sexuales y reproductivos: La justiciabilidad de los derechos sociales***

#### ***5.5.3.1 Breve recuento jurisprudencial de la justiciabilidad de los DESCA por parte de la Corte Constitucional***

Indudablemente, una de las grandes discusiones del constitucionalismo moderno, ha girado en torno a la diferenciación tradicional de los Derechos Civiles y Políticos y los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Durante un gran tiempo, la mayor parte de la doctrina especializada estableció que, mientras que los Derechos Civiles y Políticos, constituyen una obligación negativa por parte del Estado, es decir, de respeto (abstención), los DESCA, suponen una decisión positiva, que si bien no es inmediata, es progresiva, lo anterior, dadas las circunstancias económicas de cada Estado. Sin embargo, esta brecha insuperable, ha sido desmentida, bajo la noción según la cual tanto los derechos civiles y políticos como los DESCA, son indivisibles e interdependientes. Esta comprensión parte por reconocer que, frente a un mismo derecho, el Estado no solamente tiene obligaciones negativas sino también positivas, independientemente de la clasificación del derecho, máxime cuando de un Estado Social de Derecho como Colombia se trata.

La Corte Constitucional inicialmente, limitó la justiciabilidad de los DESCA, bajo la teoría de la conexidad, concibiendo esta clase de derechos, como de segunda categoría, desarrollados en la ley, y no como derechos

---

225 Corte Constitucional (2025, 8 de mayo) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-163 de 2025, Expediente T-10.691.021, M.P Cristina Pardo Schlesinger

fundamentales propiamente dichos.<sup>226</sup> Este criterio se consolidó en el año 1993 mediante la sentencia SU-067 de 1993, providencia mediante la cual, la Corte Constitucional al analizar el artículo 88 supralegal, determinó que si bien es cierto, las acciones populares proceden en aquellos casos en que se vulnera un derecho constitucional o legal, esta noción o regla general, debe ser complementada con una regla particular de conexidad:

Según la cual, en aquellos casos en los cuales, de la vulneración del derecho a gozar del medio ambiente resulte vulnerado igualmente un derecho constitucional fundamental, procede la acción de tutela como mecanismo judicial de protección del derecho colectivo al medio ambiente. En estos casos, el juez, al analizar el caso concreto, deberá ordenar la tutela efectiva que se reclama. Para determinar la conexidad entre el derecho al medio ambiente sano y el derecho fundamental de aplicación inmediata se debe recurrir, inicialmente, al análisis del caso concreto. Es allí donde el juez observa las circunstancias específicas del caso para apreciar el grado de afectación del derecho fundamental.<sup>227</sup>

Posteriormente, mediante sentencia T-597 de 1993, la Corte terminó de concretar el criterio de conexidad, aduciendo que, si bien es cierto que por regla general los derechos de prestación, no pueden ser protegidos a través de la acción de tutela, excepcionalmente, cuando de su vulneración se viola igualmente un derecho fundamental de aplicación inmediata, la acción de tutela es procedente:

- a) En principio, los derechos de prestación no pueden ser protegidos a través de la acción de tutela. Sin embargo, la Corte ha sostenido que su vulneración puede ser tutelable en ciertos casos en los cuales se viola igualmente un derecho fundamental de aplicación inmediata.
- b) Dicha conexidad no puede ser establecida en abstracto. Ella debe ser el resultado de un análisis detallado en el cual se ponga en relación una interpretación normativa de tipo sistemático de las normas constitucionales en juego, con un estudio detallado del caso y de sus implicaciones. En relación con este proceso de confrontación y ponderación, esta Corporación ha señalado la importancia de

---

226 Tal es el caso de la seguridad social, véase T- 491 de 1992.

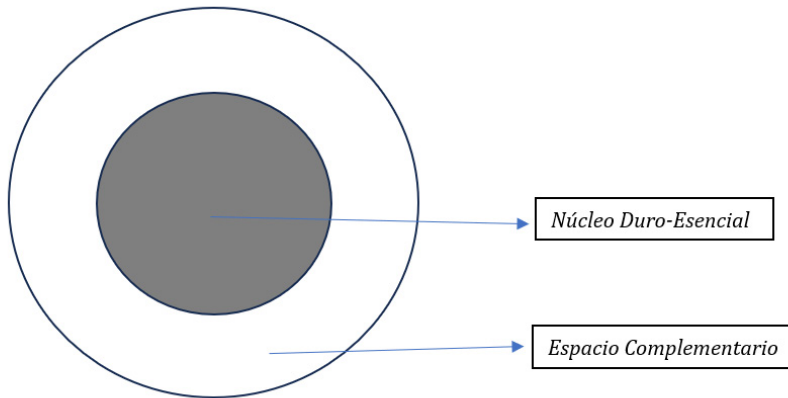
227 Corte Constitucional (1993, 24 de febrero) Sala Plena, Sentencia SU-067 de 1993, Expediente T- 904, M.P Fabio Moron Diaz y Ciro Angarita Baron.

los hechos en la definición y solución del problema planteado. La constitución se preocupa por el hombre y por su situación concreta por encima de fórmulas o tipos ideales.<sup>228</sup>

Para el año 1995, la Corte Constitucional en sentencia T-207 de 1995, establece que por regla general los derechos de prestación exigen una previsión presupuestal, de ahí que se cataloguen como programáticos. Sin embargo, “el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en tanto y en cuanto, se creen elementos que concedan eficacia a la posibilidad de exigir la obligación estatal de ejecutar la prestación”.<sup>229</sup>

Posteriormente, para el año 1998<sup>230</sup>, la Corte Constitucional, recogió la tesis de la conexidad para dar paso a una nueva tesis denominada “de los contenidos mínimos exigibles”. Esta tesis, que se mantuvo hasta el año 2007, comprendía dos dimensiones de los DESCAs. Por una parte, que estos están compuestos por un núcleo esencial mínimo, no negociable y un segundo espacio complementario, que es definido por los órganos democráticos, atendiendo a la disponibilidad de recursos y las prioridades políticas.

## **Imagen 2:** Núcleo esencial DESCAs



**Fuente:** Elaboración propia a partir de la sentencia SU-225 de 1998

228 Corte Constitucional (1993, 15 de diciembre) Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-597 de 1993, Expediente T-21469, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

229 Corte Constitucional (1995, 12 de mayo) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-207 de 1995, Expediente T-54994 , M.P Alejandro Martinez Caballero

230 Véase entre otras, SU-225 de 1998, T-207 de 1995

Solo fue hasta el año 2007, cuando la Corte Constitucional, estableció que:

La fundamentalidad de los derechos no depende-ni puede depender de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.<sup>231</sup>

Esta providencia fue el génesis de la consolidación de la teoría de los derechos interdependientes e indivisibles, según la cual “todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes.”<sup>232</sup> y por tanto, se consolidó la justiciabilidad de los DESCAs en el marco de la acción de tutela. Ahora bien, en materia de derechos sexuales y reproductivos y el acceso a las TRHA en el marco del sistema de seguridad social en salud, es importante mencionar que el Estado, si bien tiene obligaciones negativas de no interferencia respecto de derechos que por regla general pueden ser catalogados como Civiles y Políticos, no es menos cierto que tiene obligaciones positivas, más aún si de un Estado Social de Derecho se trata, (art. 1 C.P) de garantizar el acceso a los servicios de salud reproductiva.<sup>233</sup> En estos términos, en un estadio inicial, la Corte Constitucional para el año 2000, a través de la sentencia T-1104 de 2000, se pronunció sobre el acceso a las TRHA en el marco del Sistemas de Seguridad Social en Salud, siendo, para la doctrina especializada, el primer referente jurisprudencial en Colombia.

En este caso la Corte analiza la vulneración del derecho a la salud, denunciada por la accionante, al ser negada por la accionada, una cirugía de recanalización de su trompa izquierda, para tratar el diagnóstico de infertilidad secundaria por síndrome adherencial. La Corte Constitucional en este caso, determina que del acervo probatorio obrante, no se evidencia que la patología que padece la accionante “pone en peligro su vida ni su

---

231 Corte Constitucional (2007, 22 de enero) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-016 de 2007, Expediente T-1405186 , M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

232 Corte Constitucional (2008, 1 de julio) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-655 de 2008, Expediente T.-1.838.722, M.P Humberto Sierra Porto.

233 Corte Constitucional (2022, 13 de octubre) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-357 de 2022, Expediente T-8.436.289, M.P José Fernando Reyes Cuartas.

dignidad, y únicamente le impide la posibilidad de ser madre biológica.”<sup>234</sup> Bajo esta premisa, determinó que el derecho a la maternidad, es un derecho de segunda generación, por lo que no puede sobreponerse sobre otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, pues únicamente es posible satisfacer estos derechos cuando el Estado ya satisfaga aquellos mínimos esenciales, a saber:

Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. Debido a esto, el derecho a la procreación - aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa -, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce. Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada sobre planificación familiar, etc.

Finalmente, en apoyo de lo expuesto, es pertinente destacar que el orden axiológico de la Carta de 1991 mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación - como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal -, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado. En efecto, la escasez de recursos de un país como Colombia implica una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elemento indispensable para la efectividad de los derechos prestacionales. Así, únicamente cuando el Estado sea capaz de garantizar el goce de derechos los esenciales al ser

---

234 Corte Constitucional (2000, 23 de agosto) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-1104 de 2000, Expediente T-298.342, M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

humano, puede pensarse en desarrollar políticas tendientes al aseguramiento de los derechos de desarrollo progresivo.<sup>235</sup>

Claramente, de esta providencia, se desprende una concepción tradicional de aproximación hacia los DESCAs, que como se expuso con anterioridad, fue corregida por la jurisprudencia constitucional, pues los DESCAs, también son derechos humanos fundamentales que son interdependientes e indivisibles de los derechos Civiles y Políticos. Imponer al órgano democrático de un Estado en casos como Colombia, en donde existe una pasividad absoluta en temas trascendentales en el marco de los DESCAs, sería una forma de cercenar la eficacia de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

#### *5.5.3.2 Acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el marco del Sistema de Seguridad Social en Salud.*

Ahora bien, antes de realizar un breve recuento jurisprudencial, es importante resaltar, que la Corte Constitucional influenciada por la teoría tradicional de la separación o clasificación de los derechos, en un estadio inicial, determinó que, por regla general, la tutela no procede puesto que, dado el alto costo de los tratamientos de reproducción humana asistida, su efectividad supone la disminución del cubrimiento de otras prestaciones que se consideran prioritarias en el sistema de salud, dada la progresividad y pragmatismo del derecho a la salud.

Sin embargo, a medida que fue evolucionando la jurisprudencia de esta alta corporación, se fueron generando excepciones a la regla general, en casos particulares en que se encontraba comprometido, por ejemplo, el derecho a la salud o la integridad personal de un accionante, para finalmente, consolidar una línea jurisprudencial en la que se tutela y protege el derecho a la salud en su estadio prestacional, permitiendo el acceso de los ciudadanos a las TRHA.

Para el año 2002 la Corte analizó un caso en que la EPS suspendió un medicamento que trataba la infertilidad del accionante, cuando el médico tratante incrementó la dosis requerida por la accionante. La Corte, al encontrar interrumpido o suspendido el tratamiento, ordenó a la accionada, continuar con el suministro del medicamento, al ser cercenar abruptamente el tratamiento señalado por el médico tratante, situación que ponía en

---

<sup>235</sup> Corte Constitucional (2000, 23 de agosto) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-1104 de 2000, Expediente T-298.342, M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

riesgo la salud e integridad personal del peticionario, señalando que, en el presente caso, conforme al informe médico del ginecólogo-obstetra, “romper abruptamente lo que se había comenzado ocasiona un perjuicio irremediable y viola los derechos anteriormente mencionados (dignidad, igualdad, integridad física, confianza legítima)”.<sup>236</sup>

Posteriormente, para el año 2007, la Corte Constitucional, estudió un caso en el cual, el médico tratante de la accionante y su esposo, prescribió exámenes médicos para diagnosticar la causa de múltiples abortos espontáneos, exámenes que fueron negados por la EPS. La Corte ordenó los exámenes, al considerar vulnerado el derecho fundamental a la salud sexual y reproductiva de la peticionaria y el derecho a la salud en su dimensión diagnóstica, pues la EPS accionada desconoce el derecho que tiene los pacientes a que les sean practicados exámenes diagnósticos, porque de ellos se vale el médico tratante para determinar el tratamiento integral de una patología.<sup>237</sup>

De igual modo, ese mismo año, en la sentencia T-946 de 2007, la Corte Constitucional analizó un asunto en el que el demandante sufría de fuertes dolores abdominales, “a quien su médico particular había determinado la necesidad de practicarle una laparoscopia operativa con fines terapéuticos y de diagnóstico ante la alta sospecha de endometriosis”.<sup>238</sup> La Corte Constitucional ordenó a la accionada a autorizar el procedimiento quirúrgico “bajo el entendido de que la tutela procede excepcionalmente para ordenar una cirugía diagnóstica ante la falta de certeza sobre la enfermedad, pues con ella puede determinarse el tratamiento a seguir”.<sup>239</sup> En esta oportunidad, si bien de los elementos fácticos no se desprende un caso de infertilidad propiamente dicho, pues aún no ha sido detectada, si pone en evidencia, que se hace necesario la práctica de una cirugía, para determinar el tratamiento a seguir, ante el tratamiento a seguir.

Para el año 2008, la Corte Constitucional analizó un caso de una mujer que aducía la vulneración de su derecho fundamental a la salud y a la integridad física, presuntamente vulnerados por la entidad accionada, quien se negó a suministrar el medicamento prescrito por el médico tratante, para tratar la miomatosis uterina que padecía y le impedía tener hijos. En

---

236 Corte Constitucional (2002, 25 de julio) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-572 de 2002, Expediente T-570403, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

237 Corte Constitucional (2007,15 de agosto) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-636 de 2007, Expediente T-1597440 , M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

238 Corte Constitucional (2007,09 de noviembre) Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-946 de 2007, Expediente T-1597440 , M.P Jaime Córdoba Triviño.

239 *Ibíd.*

este asunto, la Corte ordenó, a la accionada suministrar el medicamento, no como un tratamiento contra la infertilidad, sino como un procedimiento indispensable para que el estado de salud de la accionante no se deteriorara, sin importar su deseo de procrear, ya que el mismo no garantiza a la demandante recuperar su fertilidad, determinando que la infertilidad solo era una de las consecuencias posibles de la enfermedad que afectaba la salud y la integridad física de la accionante.<sup>240</sup>

Posteriormente, en el año 2009, la Corte Constitucional en la sentencia T-890 de 2009, analizó un caso en el que la EPS accionada se negó a practicar un procedimiento de laparoscopia operativa, prescrito por el médico tratante de la accionante, aduciendo que, dicha intervención se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y se trata de un problema de infertilidad.

La Corte Constitucional dispuso ordenar el procedimiento médico, dado que, si bien la patología se encontraba asociada a problemas de infertilidad, también era evidente que era causante de otro tipo de dolencias ajenas a la infertilidad, como “el constante dolor pélvico, irregularidades en el ciclo menstrual, fuertes hemorragias”<sup>241</sup>, que afectan el bienestar de la accionante, en su relación de pareja y en el disfrute de sus derechos sexuales y reproductivos. En este sentido, la Corte precisó que:

“La infertilidad es una enfermedad que afecta el sistema reproductivo y que interfiere con la capacidad, temporal o permanente, de una pareja heterosexual para alcanzar un embarazo, a pesar de mantener una vida sexual activa por más de un año y sin control anticonceptivo voluntario. || Según la denominación anglosajona, se conocen dos tipos de esta enfermedad: la *infertilidad originaria o primaria* y la *infertilidad secundaria*. La primera de ellas se presenta cuando la persona genéticamente tiene problemas en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de los múltiples intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo. Al respecto, la jurisprudencia constitucional en forma reiterada ha sostenido que “*el derecho a la maternidad no incluye la obligación de*

---

240 Corte Constitucional (2008,05 de septiembre) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-870 de 2008, Expediente T-1827718, M.P Manuel José Cepeda Espinoza

241 Corte Constitucional (2009,01 de diciembre) Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-890 de 2009, Expediente T-2376090. , M.P Luis Ernesto Vargas Silva. T-890 de 2009

*buscar por todos los medios la viabilidad del ejercicio de las funciones reproductivas, cuando éstas se encuentran truncadas por motivos que no pueden ser imputables al Estado. En este sentido, se entiende que la improcedibilidad de la tutela para otorgar este tipo de tratamientos se predica de la llamada infertilidad originaria” || Por su parte, la infertilidad secundaria hace referencia –generalmente– a aquellos pacientes que tienen antecedentes de uno o varios embarazos y luego de un tiempo les resulta imposible concebir. En las mujeres las principales causas de este tipo de infertilidad son los problemas ováricos, ovulación deficiente, obstrucción no genética de las trompas de Falopio, alteraciones hormonales o enfermedades infecciosas que son transmitidas sexualmente; en el hombre, anomalías repentinas en la producción hormonal. Así, la infertilidad secundaria es causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedad autónoma que limitan la capacidad de una persona para engendrar y solo en esos casos merecen una protección excepcional por vía de tutela” (negritas y cursivas originales).<sup>242</sup>*

Dada la clasificación que hizo en esta oportunidad la Corte Constitucional entre infertilidad originaria o primaria e infertilidad secundaria, se procederá a representar las sentencias que han analizado la infertilidad primaria y la secundaria a fin de determinar hasta el 2009 cuál había sido la posición de la Corte Constitucional al analizar cada tipo de infertilidad.

**Tabla 3.** Línea jurisprudencial hasta el 2009 sobre procedencia de la acción de tutela en el marco de la infertilidad primaria y secundaria

| Infertilidad primaria u originaria (plantear problema jurídico)                                                     |                                                                                            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|
| NO                                                                                                                  | SI                                                                                         |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• T-512 de 2003</li> <li>• T-752 de 2007</li> <li>• T-424 de 2009</li> </ul> |                                                                                            |
| Infertilidad Secundaria (plantear problema jurídico)                                                                |                                                                                            |
| NO                                                                                                                  | SI                                                                                         |
|                                                                                                                     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• T-901 de 2006</li> <li>• T-605 de 2007</li> </ul> |

**Fuente:** Elaboración propia a partir de las sentencias de la Corte Constitucional enunciadas.

242 Corte Constitucional (2009,01 de diciembre) Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-890 de 2009, Expediente T-2376090. , M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

### *Infertilidad primaria:*

Como se evidencia en la tabla anterior, tratándose de la infertilidad primaria, la Corte Constitucional ha tenido hasta el año 2009, una posición restrictiva, al negar la protección del derecho a la salud y la consecuente autorización del médico tratante, cuando el paciente tiene un problema físico originario, no derivado de algún otro padecimiento y que no produce consecuencias adversas o peligrosas para su vida. En la sentencia T-512 de 2003, la Corte Constitucional, al analizar un caso en que la accionante solicitaba una salpingoplastia para liberar una trompa de Falopio que estaba obstruida, la Corte indicó que la tutela no era procedente en aquellos casos en que la infertilidad proviene de un problema físico originario no derivado de algún otro procedimiento u otro mal o enfermedad, más aún, cuando la esterilidad no tenía consecuencias adversas o peligrosas para la vida de la accionante.

De igual modo, en la sentencia T-752 de 2007, la Corte negó una tutela a una mujer que hacía parte del régimen subsidiado, quien solicitaba un procedimiento de fertilización in vitro, como el único instrumento para llevar a feliz término el embarazo. Al analizar el caso, la Corte sostuvo que, de las pruebas que obraban en el expediente de tutela, era posible concluir que el problema de infertilidad era originario y que no afectaba de forma grave la vida de la accionante, ni ocasionó consecuencias adversas o peligrosas. Al respecto determinó:

Por regla general la acción de tutela es improcedente para reclamar el cubrimiento de tratamientos de fertilidad, pero dicha regla encuentra su excepción en tres casos: (i) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder; (ii) Cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad; y, (iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente (infertilidad secundaria).<sup>243</sup>

---

243 Corte Constitucional (2007, 27 de julio) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-572 de 2007, Expediente T-1593382, M.P Manuel José Cepeda Espinoza.

Igualmente, argumentó que no existe violación de los derechos fundamentales por la negación del tratamiento solicitado, porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un sistema de seguridad social en salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional. Para el año 2009, la Corte Constitucional, negó la tutela a una paciente con dolores crónicos que no había podido concebir debido a un tratamiento médico inadecuado. La solicitante pedía autorización para la fecundación in vitro. Tras revisar la jurisprudencia sobre la tutela en tratamientos de fertilidad, la Corte determinó que no había pruebas en el expediente sobre la condición de la paciente fuera causada por una enfermedad o que hubiera un diagnóstico médico de infertilidad. Por lo tanto, concluyó que la esterilidad era originaria y no comprometía la vida de la paciente.<sup>244</sup>

### *Infertilidad secundaria*

De otro lado, en relación a la *infertilidad secundaria*, la Corte Constitucional ha tenido un progreso jurisprudencial sentando un precedente en la protección de los derechos fundamentales reproductivos. Para el año 2004, esta Corporación en la sentencia T-901 estudió un caso en que una mujer padecía una “*miomatosis uterina de grandes elementos*”. La Corte determinó que la accionante no padecía un problema de infertilidad “*no originario*” y que los miomas de gran tamaño ubicados en su aparato reproductor, no solo le impedían concebir, sino también causaban alteraciones menstruales, hemorragias severas y anemia progresiva, situación que desmejoraba considerablemente su calidad de vida y afectaba el disfrute de su derecho a la salud. Ante tal panorama, indicó que el medicamento requerido por la paciente era parte de un tratamiento para reducir su afección y de contar también mejoraría sus posibilidades reproductivas.<sup>245</sup>

Más adelante, para el año 2007, la Corte Constitucional en la sentencia T-605 de 2007, concedió el amparo constitucional a una mujer que requería una cirugía desobstructiva de las trompas de Falopio y el retiro

---

244 Corte Constitucional (2009, 26 de junio) Sala Sexta de Revisión, sentencia T-424 de 2009, Expediente T-2.187.710, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

245 Corte Constitucional, (2004, 16 de septiembre), Sala Novena de Revisión, Sentencia T-901 de 2004, Expediente T-926393, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

de adherencias del ovario izquierdo, a quien la EPS le negó la cirugía por estar excluida del Plan Obligatorio de Salud (POS) al considerar dicha intervención quirúrgica como parte de un tratamiento contra la esterilidad. La Corte determinó que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, por lo que una atención adecuada en salud reproductiva es crucial para la equidad social. La atención en salud sexual y reproductiva incluye tratamientos de fertilidad, que aunque no están cubiertos por el POS, deben ser proporcionados excepcionalmente si se comprometen derechos fundamentales de los usuarios, como sucedía en el caso en concreto, en que la cirugía solicitada por la paciente impactaba directamente su bienestar general y no constituía un tratamiento de fertilidad.<sup>246</sup>

Los anteriores casos ponen en evidencia que la Corte Constitucional ha distinguido que la infertilidad no se considera enfermedad, siempre que no involucre gravemente los derechos a la vida y a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud. Es decir que, si bien, tal afectación puede impactar negativamente el proyecto de vida, no compromete de una manera inmediata y urgente la vida en sí misma. De ahí que, en estas providencias haya reiterado la regla jurisprudencial según la cual no procede el amparo de tutela para solicitar un tratamiento excluido del plan de beneficios como lo es la fecundación *in vitro*, porque el mismo no es necesario para salvaguardar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, de quien lo solicita.<sup>247</sup>

La discusión si en el marco del servicio asistencial que debe garantizar el Sistema de Seguridad Social en Salud, se deben garantizar los procedimientos de las TRHA, fue una controversia que fue analizada en la sentencia T-528 de 2014, pronunciamiento jurisprudencial que si bien se expide dos años después de la sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos proferida en el caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs contra Costa Rica, presenta un avance en su parte considerativa, que se evidencia con la adecuada comprensión del derecho a la salud como derecho fundamental, la libertad, la vida privada y la autonomía sexual y reproductiva, sin embargo, en su parte resolutive, deja en evidencia un protección temerosa que aún no se vincula de la noción tradicional de los DESCAs y de la progresividad de los mismos.

---

246 Corte Constitucional (2007, 3 de agosto), Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-605 de 2007, Expediente T-1582084, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

247 Corte Constitucional (2010, 13 de agosto), Sala Primera de Revisión, Sentencia T-633 de 2010, Expedientes T-2618300 y T- 2621899 (acumulados), M.P María Victoria Calle Correa.

En esta decisión del máximo tribunal regional de derechos humanos, se establece que el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíbe toda injerencia arbitraria en la vida privada de las personas. Asimismo, en esta decisión se reconoce que el derecho a la libertad es un derecho humano fundamental básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana y en especial en el artículo 7 convencional. De igual modo, resalta que el derecho a la libertad ha sido interpretado de la forma más amplia y extensa posible por parte de esta Corporación, resaltando que este derecho incluye la capacidad de “auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.”<sup>248</sup> Ahora bien, en esta sentencia la Corte IDH también analiza el alcance y ámbito de protección del derecho a la vida privada, consignando como uno de los elementos que lo componen la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad.

La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que 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.<sup>249</sup>

Bajo esta comprensión, la Corte IDH, estableció que la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva<sup>250</sup> y el acceso a servicios de salud reproductiva. En efecto, cuando se imponen obstáculos o barreras para acceder a los medios idóneos para que una mujer pueda controlar su fecundidad, este derecho es violentado. “Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre,

---

248 Corte IDH. (2012, 28 de noviembre) Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

249 Corte IDH. (2012, 28 de noviembre) Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

250 Véase 6 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.”<sup>251</sup>  
En estos términos la Corte IDH resaltó que

Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.<sup>252</sup>

Esta comprensión del derecho a la vida privada y la potencialidad suficiente del ejercicio de la autonomía de la voluntad para decidir ser padre o madre, constituye una nueva comprensión de la familia, que da paso al respeto por el criterio personal de sus integrantes y por la exteriorización de su proyecto de vida en sociedad. Sin embargo, engloba a su vez, ciertas discusiones morales y jurídicas, en torno a los derechos del nasciturus, que son fruto de la voluntad de ser padre o madre exteriorizada por un individuo y que se materializa en un procedimiento científico. Lo anterior, ya que, no puede perderse de vista que, en el ámbito de la responsabilidad parental y de la noción institucionalista de familia, el menor adquiere un elemento central, en el sentido de que es a través de su familia en donde se forma para vivir en sociedad y se brindan todos los elementos para su adecuado desarrollo.

En el marco de dicha reflexión, se ha discutido el derecho moral a la paternidad-maternidad, en el marco de las relaciones complejas que implican las TRHA. En este sentido, la doctrina especializada, ha distinguido al procreador genético, del procreador gestacional, con el fin de determinar cuándo se presentan conflictos, a cuál de ellos se debe dar prevalencia. Para Anca Gheaus estos conflictos deben ser abordados desde la teoría del interés del menor y del doble interés (padre-menor), pues en la actualidad, solo así, es viable abordar el conflicto. De ahí que, no sea acertado abordar el derecho moral a ser padre, únicamente desde la perspectiva del padre o la madre, pues los NNA “son personas a las que se les deben deberes de justicia y el poder sobre ellos sólo puede justificarse si sirve suficientemente a sus intereses”<sup>253</sup>. De esta manera, Anca Gheaus concluye que, “debe darse

---

251 Corte IDH. (2012, 28 de noviembre) Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

252 *Ibidem*.

253 *Ibid.* p. 233

más relevancia moral a la conexión gestacional que a la genética a la hora de decidir quién tiene derecho a ser padre.”<sup>254</sup> En efecto, los operadores jurídicos tanto del estadio doméstico como regional o incluso universal de los derechos humanos no pueden perder de vista, los derechos humanos del *nasciturus*, máxime cuando en la mayoría cuando la mayoría de legislaciones reconocen un deber de protección y la supremacía de sus intereses sobre los demás.

Como se expuso con anterioridad, la sentencia analizada influyó profundamente en los argumentos sentados por la Corte Constitucional para el año 2014, en la providencia T-528. En esta oportunidad, la Corte analizó un caso en que se reprocha una inadecuada atención diagnóstica por parte de la EPS y la falta de autorización del procedimiento de la fecundación *in vitro*, prescrito por el médico tratante del demandante. Manifiesta el accionante que los costos del procedimiento son demasiado elevados, por lo que elevó un derecho de petición al Comité Técnico Científico de la EPS a la que se encuentra afiliado, para que autorizará el tratamiento recomendado por su médico tratante. Sin embargo, dicho Comité negó la solicitud de autorización, bajo el argumento de que dicho procedimiento se encuentra excluido expresamente del POS.

La Corte Constitucional, planteó como problema jurídico, que debía determinar si la EPS accionada debido a la negativa de autorizar el tratamiento de fertilización *in vitro* ordenado por el médico tratante, por ser un servicio excluido del POS vulnera los derechos fundamentales del accionante, a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la familia y a la igualdad. Para abordar este problema jurídico, la Corte realiza un estudio de derecho comparado en América Latina en relación con las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida y su inclusión en el sistema público de salud. A través de esta aproximación, la Corte evidencia que países como México, Chile, Uruguay, Argentina y Brasil han incorporado dentro de su ordenamiento jurídico, no solamente interno la regulación de las TRHA sino también, su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales, Estados que para la Corte, tienen una situación económica, social y política similar a la de Colombia.

En esta providencia la Corte, sostiene que el derecho a la reproducción humana se deriva de los derechos a la libertad y a la autodeterminación, intimidad personal y familiar, libre desarrollo de la personalidad y la libertad para fundar una familia. En estos términos, “la posibilidad de procrear es

---

254 Anca Gheaus (2018) Paternidad biológica: Gestacional, no genética, Australasian Journal of Philosophy, 96:2, p. 226

parte del derecho a fundar una familia.”<sup>255</sup> Precisado lo anterior, la Corte realiza un recuento jurisprudencial en relación con la evolución del derecho fundamental a la salud desde una perspectiva jurisprudencial, determinando que, en un primer momento, a través del criterio de conexidad, se reconoció que la salud se encuentra íntimamente ligada al derecho fundamental a la vida.

Luego, en un segundo momento, “apeló a reconocer su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección”<sup>256</sup> y el tercer momento, en el que se reconoció que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, apelando a una interpretación sistemática de la constitución, tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Actualmente, con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, se reafirma el criterio según el cual, el derecho fundamental a la salud es un derecho autónomo.

Consiguientemente, la Corte analiza las subreglas jurisprudenciales de la época, que permiten, inaplicar el Plan Obligatorio de Salud (POST) hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS). En primera medida, la Corte determina que esta excepción aplica cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad, de modo que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando:

- (i) La falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.<sup>257</sup>

Por otra parte, para el año 2015, la Corte Constitucional analizó un caso en que la accionante fue diagnosticada con *linfoma no Hodgkin*. Dado

---

255 Corte Constitucional (2014, 18 de julio) Sala Primera de Revisión, Sentencia T-528 de 2014, Expediente T-4276301, M.P María Victoria Calle Correa.

256 *Ibíd.*

257 Corte Constitucional (2008, 31 de julio) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-760 de 2008, M.P Manuel José Cepeda Espinoza

que iba a ser sometida a quimioterapia, solicitó a la EPS autorización para el congelamiento de embriones antes de someterse a este procedimiento, con la intención de quedar embarazada posteriormente. Ante la falta de respuesta de la EPS, presentó una acción de tutela, la cual fue despachada por el juez de tutela, quien ordenó a la EPS autorizar el procedimiento. Después de la quimioterapia, se le implantaron los embriones, pero no logró quedar embarazada. Un médico diagnosticó infertilidad primaria debido a los efectos de la quimioterapia, recomendando el procedimiento de fertilización *in vitro* con donación de óvulo como única opción para concebir. La accionante, en consecuencia, solicitó a la EPS la autorización para este procedimiento, pero este fue negado, bajo el argumento de que no estaba incluido en la decisión judicial anterior.

La Corte Constitucional al analizar el caso, estudia si una EPS, del régimen contributivo o subsidiado, vulnera los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, sexuales y reproductivos, y a la vida privada y familiar de una mujer al negarle la autorización para un tratamiento de fertilización *in vitro*, al estar excluido del Plan Obligatorio de Salud. Para abordar el anterior planteamiento, la Corte divide su obiter dicta en cuatro partes: En una primera parte analiza el precedente constitucional frente a la acción de tutela y los tratamientos de fertilidad; (ii) luego, estudia los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad; para finalmente (iii) analizar la protección excepcional del derecho a la salud sexual y reproductiva en los tratamientos de fertilidad.

A la fecha de la sentencia, la Corte reconoce que en varias ocasiones se ha negado el amparo constitucional de diferentes tratamientos, “bajo el sustento de que la finalidad última de esta clase de procedimientos es permitir la posibilidad de procrear, para lo cual existe otra opción como lo es la adopción.”<sup>258</sup> Además, determina que el derecho a tener hijos no puede llegar al punto de utilizar aquellos recursos prioritarios destinados a otros procedimientos, que son esenciales para la vida o la integridad de los pacientes. Sin embargo, al tiempo que reconoce esta posición, precisa que en algunos casos ha decretado el amparo de los derechos fundamentales de forma excepcional cuando “(i) se pretende garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; y (ii) se busca garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, según se explica a continuación.”<sup>259</sup>

---

258 Corte Constitucional (2015, 12 de mayo) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-274 de 2015, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

259 *Ibid.*

En relación con los derechos sexuales y reproductivos, la Corte Constitucional señaló que los derechos sexuales y reproductivos si bien son distintos, en tanto, sexualidad y reproducción son dos esferas diferentes en la vida del ser humano,<sup>260</sup> estos se encuentran íntimamente ligados, ya que, la autonomía en el ámbito reproductivo, repercute en la vida sexual del ser humano. Ahora bien, para la Corte, el derecho a la igualdad y no discriminación contenida en el artículo 13 supralegal tiene incidencia en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos, puesto que, los derechos sexuales y reproductivos, reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como por la Corte IDH, como derecho humano, de modo que, su protección y garantía parten de la base de reconocer la igualdad y la equidad de género.<sup>261</sup>

En este sentido, la Corte precisó que, los derechos sexuales y reproductivos, reconocen y protegen, la autodeterminación reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva. En consecuencia, estos se encuentran implícitos en los derechos “fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros.”<sup>262</sup>

Una vez planteado lo anterior, la Corte Constitucional analiza la procedencia excepcional del derecho a la salud sexual y reproductiva en los tratamientos de fertilidad. Después de analizar la línea jurisprudencial en la materia, que ha sido incorporada en esta obra, esta Corporación pone de presente que si bien el principio de equilibrio del sistema, juega un papel fundamental en la continuidad de la prestación del servicios de salud, este no implica que la exclusión de estos tratamientos sea de carácter generalizado; “es decir, a pesar de ser razonable tal exclusión del plan de beneficios, hacerlo en todos los casos puede conducir a la vulneración de ciertos derechos fundamentales”.<sup>263</sup>

Además, concluye que, de acuerdo con las nociones contemporánea de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU la cual estableció que los derechos sexuales y reproductivos hacen parte de

---

260 Corte Constitucional, (2009, 15 de octubre), Sentencia T-732 de 2009, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

261 Corte Constitucional (2015, 12 de mayo) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-274 de 2015, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

262 Corte Constitucional (2015, 12 de mayo) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-274 de 2015, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

263 *Ibíd.*

los derechos humanos y que la OMS considera a la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, la Corte determinó que la negativa del Estado:

De brindar la posibilidad a los pacientes o parejas de acceder a procedimientos como la fertilización *in vitro*, como única posibilidad de procrear biológicamente, supone una limitación al ejercicio de los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.<sup>264</sup>

Bajo esta línea argumentativa, la Corte transforma su línea jurisprudencial, en el sentido de analizar el reconocimiento de la prestación asistencial bajo la noción de la salud, no solamente como la *ausencia de afecciones y enfermedades, sino como un* “estado completo de bienestar físico, mental y social, acorde con las posibilidades y condiciones dentro de las cuales la persona se relaciona con el Estado, su familia y los demás integrantes de la comunidad.”<sup>265</sup>

En consecuencia, la procedencia para el reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el Plan de Salud, deben ser analizadas desde el derecho a la libertad y el deber estatal de proteger a los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar; y su faceta prestacional. La primera de las dimensiones, plantea que, “la protección a la vida privada contiene el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”;<sup>266</sup> De tal modo que, estos derechos guardan una estrecha relación guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.<sup>267</sup>

Los criterios que plantea la Corte para analizar la procedencia del reconocimiento de medicamentos, tratamientos y procedimientos médicos no contemplados en el Plan de Salud son los siguientes:

(i) Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la normativa legal o administrativa del Plan de Beneficios vulnere

---

264 Corte Constitucional (2015, 12 de mayo) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-274 de 2015, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

265 Ibid.

266 Corte IDH. (2012, 28 de noviembre) Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

267 Corte Constitucional (2015, 12 de mayo) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-274 de 2015, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la salud reproductiva, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia. (ii) Que se trate de un medicamento, servicio, tratamiento, prueba clínica o examen diagnóstico que no tenga sustitutos en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan. (iii) Que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, (iv) Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante; o que en el evento de ser prescrito por un médico no vinculado a la EPS, dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona al tener noticia de la opinión emitida por el médico ajeno a su red de servicios, (v) Que el galeno haya prescrito el tratamiento evaluando las condiciones específicas de la paciente y (vi) la capacidad económica; previendo los posibles riesgos y efectos de su realización y justificando científicamente la viabilidad del procedimiento.<sup>268</sup>

Para el año 2016, la Corte Constitucional analizó un caso sobre el tratamiento de la fertilización in vitro en el marco del sistema de salud de las Fuerzas Militares. En esta oportunidad la Corte la Corte sentó que, para que el amparo sea procedente, debe presentarse alguna de las siguientes circunstancias: (i) el tratamiento para la infertilidad ya ha sido iniciado por parte de la Entidad Promotora de Salud (EPS), (ii) cuando lo requerido por el accionante es la práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad o para diagnosticar su causa, (iii) cuando a infertilidad es un síntoma o la consecuencia de otra enfermedad que afecte la salud, la vida o la integridad física de la mujer.<sup>269</sup>

Esta providencia permite entrever que, la Sala Segunda de Revisión, se aparta de la sentencia recientemente expedida por la sala sexta de revisión (T-274 de 2015), al considerar que esta posición “no respondía a una postura planteada, desarrollada, uniforme, constante o reiterada por la

---

268 Corte Constitucional (2015, 12 de mayo) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-274 de 2015, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

269 Corte Constitucional (2016, 1 de agosto) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-298 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Perez.

Corte Constitucional”<sup>270</sup>, además de que la sala no consideraba adecuada la mutación y adición que dicha providencia propuso alrededor de las reglas adoptadas durante varios años por la Corte sobre la procedencia de la tutela para la autorización de medicamentos, tratamientos, insumos y servicios excluidos del POS, de modo que, la Corte en esta oportunidad plantea algunas reservas sobre las subreglas consolidadas en el año 2015 por la Sala sexta de revisión, precisando que por regla general se:

Ha concedido la protección para el manejo de una condición patológica que afecta la capacidad reproductiva, pero nunca para enfrentar la infertilidad como tal”. Lo anterior, teniendo presente entre otras cosas que, conforme ya se adujo, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son limitados y su destinación debe estar guiada por criterios de racionalización y priorización, lo cual, en principio, ha determinado la exclusión de los tratamientos para la infertilidad en los planes de beneficios de salud.<sup>271</sup>

Dada esta disparidad de criterios, la Corte Constitucional mediante sentencia SU 074 de 2020 recogió y categorizó desde una perspectiva histórica cada uno de los criterios o argumentos que motivaron el rechazo del amparo constitucional, tales como, las patologías que los accionantes denuncian no ponen en peligro la salud, la vida, la dignidad o la integridad; que el derecho a la procreación implica únicamente una obligación negativa, es decir, la abstención del Estado, en lugar de una acción positiva; que no puede obligarse al Estado a garantizar la maternidad biológica cuando las circunstancias fisiológicas no permiten su goce, por cuanto se trata de una prestación que solo puede ser reconocida por el legislador; que las personas o parejas con infertilidad pueden acudir a la adopción como alternativa; que se trata de tratamientos que no están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud y que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son escasos y deben ser priorizados.<sup>272</sup>

En este sentido, la Corte encontró que en la jurisprudencia constitucional, es un criterio decisivo para garantizar los tratamientos de fertilidad, que

~~~~~  
270 *Ibid.*

271 Corte Constitucional (2016, 1 de agosto) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-298 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Perez.

272 Corte Constitucional (2020, 20 de febrero), Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia SU-074 de 2020, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

la imposibilidad de procrear sea consecuencia de otra patología o que esta se encuentre asociada al desarrollo de una enfermedad, de modo que, ha establecido algunos criterios excepcionales de procedencia del amparo constitucional en estos casos, como cuando se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud; o cuando “de la práctica del procedimiento de fertilidad dependen los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal del paciente”.²⁷³

La Corte en esta oportunidad acudiendo a la aproximación jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales, que ha sostenido que estos se componen de una faceta de exigibilidad inmediata, que corresponde al núcleo esencial del derecho fundamental, y de otra de carácter primordialmente prestacional, que está sujeta al principio de progresividad.²⁷⁴ Una vez enunciado lo anterior, la Corte analiza los antecedentes legislativos de la Ley 1953 de 2019, reconociendo que esta normatividad fijó importantes parámetros para la aplicación de la Ley 1953 de 2019 que, consideró relevantes para la resolución de los casos objeto de análisis, desarrollando de tal modo, el artículo 4 de esta normatividad y los criterios establecidos en ella para el “acceso progresivo y excepcional a la financiación parcial con cargo a recursos públicos de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro)”.²⁷⁵ Estos son la edad, las condiciones de salud de la pareja infértil, el número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, la frecuencia, el tipo de infertilidad la capacidad económica de la pareja, estableciendo frente a este punto, que el análisis debe ser mucho más estricto, cuando de afiliados al régimen contributivo se trata, indicando que en todo caso:

Los solicitantes deberán realizar cierto aporte para financiar, así sea en una parte, los tratamientos de fertilización in vitro que eventualmente sean autorizados. El monto que debe sufragar cada paciente para acceder a tales procedimientos obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital. Igualmente, se debe establecer un esquema de progresividad en los aportes para que quienes tienen mayores recursos

273 *Ibíd.*

274 Corte Constitucional (2020, 20 de febrero), Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia SU-074 de 2020, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

275 *Ibíd.*

económicos aporten en mayor medida para la financiación del tratamiento.²⁷⁶

Bajo estos análisis, la Sala Plena de la Corte Constitucional encontró serias falencias en la implementación y aplicación Ley 1953 de 2019, en especial la reglamentación del artículo 4 por parte del Ministerio de Salud, razón por la cual la Corte estableció que existía un “un déficit de protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y de los derechos reproductivos debido a la imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos de fertilización in vitro”.²⁷⁷ De modo que consideró que el acceso a la tecnología científica para superar la infertilidad y procrear hijos, es un derecho reproductivo que presenta una dimensión de exigibilidad inmediata y otra de cumplimiento progresivo. De modo que, determinó que la situación de cada accionante debe analizarse en el marco de los requisitos previstos por la Ley 1953 de 2019 y, eventualmente, una vez analizados tienen derecho a acceder a la financiación excepcional y parcial de tratamientos de alta complejidad (fertilización in vitro) con cargo a recursos públicos.²⁷⁸

Finalmente, para el año 2024, la Corte Constitucional conoció un caso en el que una menor que nació en Bogotá, producto de un acuerdo de gestación subrogada, fue registrada inicialmente como hija de las partes que sometieron este acuerdo. Bajo este registro inicial el ministerio de relaciones exteriores expidió un pasaporte para la menor. Sin embargo, el padre de la menor presentó una demanda para impugnar la maternidad de la contratante, puesto que no era la madre biológica debido al acuerdo de gestación subrogada, demanda que resultó favorable para el demandante, mediante sentencia que declaró que la contratante no era la madre y ordenó modificar el registro civil de la niña, quedando sin información sobre la madre. En diciembre de 2022, su padre solicitó un nuevo pasaporte, con su nuevo nombre, pero el consulado colombiano en Orlando negó la solicitud, alegando que la niña no era colombiana debido a su nacimiento por gestación subrogada. En virtud de lo anterior, el padre de la menor, instauró acción de tutela, reclamando la protección de los derechos de la menor al nombre, la nacionalidad, la igualdad y el interés superior del niño.

276 Corte Constitucional (2020, 20 de febrero), Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia SU-074 de 2020, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

277 Ibid.

278 Ibid.

La Corte delimita en esta oportunidad el problema jurídico en analizar la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la niña y las obligaciones de las entidades nacionales para proteger los derechos de niños nacidos por gestación subrogada en Colombia. Respecto a la segunda cuestión, la Corte utilizó sus facultades para fallar más allá de lo solicitado en la acción de tutela, debido a un vacío legal que afecta la protección de estos derechos. Aunque la acción de tutela no lo pidió explícitamente, la Corte mencionó la situación general de estos niños y niñas, lo que justifica la intervención del juez.

La Corte para desarrollar los anteriores problemas jurídicos, empieza los requisitos constitucionales para obtener la nacionalidad colombiana (art. 96 C.P) y a analizar las disposiciones de la Ley 2332 de 2023, que derogó la Ley 43 de 1993, normativa que regulaba el artículo 96 superior, y estableció los requisitos y el procedimiento para la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana.

La Corte analiza el derecho a la nacionalidad, como un derecho fundamental, contenido en el artículo 44 de la Carta y en distintos instrumentos internacionales, tales como, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, en esta oportunidad, la Corte se remite a el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en especial, a la Relatora Especial de las Naciones Unidas, la cual ha afirmado “que los derechos de los niños a que se registre su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos no deberían verse afectados por su método de nacimiento, incluyendo a la gestación subrogada.”²⁷⁹

En este caso, la Corte concluyó que el consulado no vulneró el derecho a la igualdad al negar la expedición del pasaporte, ya que esta decisión se basó en la Constitución y la ley, la menor gozaba de la nacionalidad estadounidense y la negativa no se basó en criterios discriminatorios. De ahí que, la entidad haya confirmado que la negativa se fundamentó en las condiciones legales para la nacionalidad colombiana, no en criterios discriminatorios. Así, la Sala consideró razonable la actuación del Consulado y no encontró vulneración de los derechos fundamentales, ya que no está en riesgo de apatridia.

Sin embargo, tal y como lo enunció cuando delimitó el problema jurídico, la Corte observó con preocupación la situación de otros niños en condiciones similares sin otra nacionalidad, destacando la obligación del Estado de

²⁷⁹ Corte Constitucional, (2024, 18 de abril) Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-127 de 2024. M.P Jorge Enrique Ibañez Najar.

proteger los derechos de todos los niños, incluidos los nacidos por gestación subrogada. En consecuencia, la Corte hizo un llamado a las entidades competentes para que actúen conforme a sus obligaciones constitucionales e internacionales en pro de estos niños y reglamenten la materia.²⁸⁰

280 *Ibíd.*

6. Conclusiones

En la actualidad, la familia es una de las instituciones más importantes de la vida en sociedad, la mayoría de constituciones latinoamericanas, en el orden doméstico, así como, instrumentos internacionales, en el orden internacional, reconocen a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. En el seno del tejido complejo de la sociedad contemporánea, los derechos humanos y la diversidad familiar se entrelazan de tal forma, que el criterio personal de los integrantes de una tipología familiar encuentra sustento en el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de la voluntad, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y el derecho a la personalidad jurídica, derechos que se encuentran íntimamente ligados con la dignidad humana, piedra angular, de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos.

El objetivo de la ciencia médica sobre el uso de las TRHA es otorgar una solución a los problemas que se presenten por la infertilidad, facilitar la implementación de terapias reproductivas, favoreciendo las soluciones al problema de fertilidad a corto plazo. Las ciencias médicas y de la salud han generado enormes logros en los campos de las ciencias reproductivas y sus aportaciones son una clara aplicación práctica de solución en materia de salud.

La utilización de las TRHA está ampliando, de hecho y de derecho, el círculo de personas que mantienen una situación de vida familiar, pero ello no puede significar en ningún caso la existencia de un derecho al hijo, al que no cabe considerar, en cuanto persona, como objeto de derechos. Por ello, con independencia de la posición que se adopte en los distintos países respecto a la reproducción asistida, el consenso en el ámbito europeo acerca de la necesidad de garantizar a los usuarios de las TRHA la seguridad y

calidad de tales técnicas, que deben ser controladas si se quiere avanzar en la salvaguarda de los derechos inherentes de las personas en la medicina reproductiva y los avances relacionados a la información, robótica e inteligencia artificial.

El sistema jurídico colombiano ha estado marcado por una pasividad del Congreso de la República de regular temas coyunturales de trascendencia nacional, como es el caso de la familia homoparental, el aborto, las TRHA, las familia de hecho o de crianza, el reconocimiento y regulación de Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), entre otros hechos, derechos y realidades sociales.

Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional han cuestionado la insuficiencia del ordenamiento pético de las personas para abordar dinámicas actuales y la consolidación de voluntad responsable de los individuos expresada a través del consentimiento como instrumento jurídico para constituir la filiación. Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia dan cuenta de la concepción material de la familia y la filiación que se ha ido acogiendo por parte de esta Corporación, entendiendo a la filiación más que un tema biológico, como una situación sociocultural, incorporando los términos de paternidad psicológica y filiación psicoafectiva, pronunciamientos que dan cuenta de la importancia del análisis interdisciplinar en las ciencias jurídicas, máxime, cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional y de derechos humanos fundamentales.

Las altas cortes, pero en especial la Corte Constitucional, han adoptado un concepto que abarca las realidades y necesidades sociales vigentes, comprendiendo que en una sociedad plural como Colombia, en la que convergen diferentes creencias, cosmovisiones y características demográficas, la familia no puede ser entendida de manera aislada, sino de acuerdo con el principio de pluralismo, lo que implica un amplio grado de autonomía; de ahí que, se concibe que toda norma que establezca una discriminación en razón al origen familiar es inconstitucional.

Los avances en favor de las parejas del mismo sexo han sido eminentemente jurisprudenciales y han partido desde la ampliación de normas sociales, esto es, del acceso al Sistema de Seguridad Social, como una forma de protección del Estado a la familia. Empero, aunque se han reconocido algunos derechos, en sentencias con efecto *erga omnes* y vinculatoriedad frente a los operadores jurídicos y las autoridades administrativas, siguen existiendo dificultades en la materialización y efectividad de dichas decisiones, producto de las barreras morales y socioculturales, los vacíos jurídicos y la falta de mecanismos adecuados de control.

Las modificaciones legislativas en lo concerniente a los componentes anatómicos del cuerpo humano, influyen en la resolución de controversias en el marco de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Para estas disposiciones, ha sido relevante desde el año 1979, la expresión del consentimiento, para la utilización de dichos componentes, ostentando el consentimiento un papel muy importante en estos procedimientos.

El principio de extrapatrimonialidad del cuerpo humano, es un principio que se encuentra íntimamente ligado con la dignidad humana, el cual adquiere suma importancia en la resolución de conflictos jurídicos en el marco de las TRHA, pero, sobre todo, en el marco de la maternidad subrogada. Si bien, el uso de estas técnicas tiene un costo médico elevado, de ninguna manera, esto puede justificar que el cuerpo humano puede comprarse o más bien, ser objeto de comercio el vientre de una mujer o los gametos femeninos y masculinos, ya que la donación, tiene un fin altruista y se funda en el principio de solidaridad.

En Colombia se permite que el donante heterólogo pueda permanecer en el anonimato, 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 TRHA 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 el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

El análisis de los proyectos de ley que pretendían regular las TRHA, dan cuenta de la inactividad del Congreso de la República de estas técnicas, a pesar de que desde 1991 el constituyente incluyó la igualdad de los concebidos mediante la asistencia científica. Ante esta omisión legislativa absoluta, la Corte Constitucional en distintas oportunidades ha puesto de presente la necesidad de regular la materia a fin de evitar fines lucrativos inequidad entre las partes que se someten a estas e inseguridad jurídica.

Finalmente, los casos analizados por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional, ponen en evidencia los riesgos de la falta de lineamientos técnicos y jurídicos en torno a los derechos de las partes que se someten a las TRHA y los supuestos de hecho, que podría prever el legislador a fin de lograr dirimir los conflictos jurídicos que eventualmente puedan surgir, dado que, indudablemente las relaciones familiares se encuentran en

constantes cambios y a través de este procedimiento, no solo está en juego, la autonomía de la voluntad de las partes, la libertad sexual y reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a constituir una familia, sino también, el derecho a la personalidad jurídica y a conocer su identidad histórica del menor fruto de estos procedimientos, que en este estadio sería un embrión, así como, el interés de la vida del embrión *in vitro*, en contraste con los intereses de las partes que aportan su material genético.

7. Referencias Bibliográficas

- Anca Gheaus (2018) Paternidad biológica: Gestacional, no genética, *Australasian Journal of Philosophy*, 96:2, 225-240, DOI: <https://doi.org/10.1080/00048402.2017.1354389>
- Asamblea Nacional Constituyente (1886, 5 de agosto) Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Asamblea Nacional Constituyente, (1882, 20 de enero) Constitución Política de 1882, Gaceta número 23,612. Honduras.
- Asamblea Nacional Constituyente. (7 de Julio de 1991). Constitución Política de 1991. Bogotá D.C, Colombia.
- Awad, M. & Narvaez, M. (2001) “Aspectos jurídicos de las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia”. Trabajo de grado. Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C
- Ayazo, S. & Guerrero, J. (2019). Alcance probatorio de los medios electrónicos de mensajes de datos en los procesos de familia. Tesis de maestría. Universidad Libre, Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://hdl.handle.net/10901/20205>
- Barreto & Sarmiento (1997) “Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas: De los derechos, las garantías y los deberes”. Bogotá D.C: Comisión Colombiana de Juristas, p. 176.
- Beca JP, Lecaros A, González P, Sanhueza P, Mandakovic B. Aspectos médicos, éticos y legales de la criopreservación de embriones

- humanos. *Rev Médica Chile*. julio de 2014;142(7):903-8. <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872014000700011>
- Bernal, J. (2013) “*Reproducción Asistida y Filiación. Tres Casos*” Opinión Jurídica, vol. 12, No. 24. págs. 135-150. Universidad de Medellín, Colombia. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/588>
- Castro, M. & Castro, L. (2023) “*Guía sobre registro del estado civil y competencias notariales: Reproducción humana asistida, maternidad subrogada y jurisprudencia*” Bogotá, D.C: Editorial ECOE Ediciones.
- Chaparro, G (2016) “El Mercado de Órganos Humanos” *Semestre Económico*, volumen 19, No. 39, Medellín, Colombia. pp. 113-130
- Céspedes, P., & Correa, E. (2021). Reproducción asistida en Chile: una mirada global para el desafío de ofrecer un acceso oportuno. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 32(2), 189–195. <https://doi.org/10.1016/j.rmclc.2020.09.002>
- Código Civil Federal, (1928, 31 de agosto), México. Tomado de: <https://www.refworld.org/es/leg/legis/pleg/1928/es/126352>
- Código Civil para el Estado de Tabasco (1997, 9 de abril), México. Tomado de: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=Zjujyqyrt96VrJeY7Tvcvmce0iVUF5pVOnNM9kjjrjS/JupKnCo/7fnTCrRrZX4DKr8kx8ID9e4uZ7bTquqA==>
- Congreso de la República (20 de febrero de 2019). Ley 1953 de 2019. “*Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva*”. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 50.873 de 20 de febrero 2019 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1953_2019.html
- Congreso de la República (24 de enero de 1979). Ley 9 de 1979. “*Por la cual se dictan Medidas Sanitarias*”. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 35308, del 16 de julio de 1979 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0009_1979.html
- Congreso de la República (4 de agosto de 2016). Ley 1805 de 2016. “*Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones.*” Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 49.955 de 4 de

- agosto de 2016. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1805_2016.html
- Congreso de la República (8 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 de 2006. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.
- Congreso de la República. (26 de mayo de 1873). Código Civil. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 2.867 del 31 de mayo de 1973
- Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario (Segunda Edición). (2019), Konrad Adenauer Stiftung <https://bibliotecacorteidh.winkel.la/convención-americana-sobre-derechos-humanos-comentario-segunda-edición->
- Correa Pérez, L. A., & Pérez Munera, J. S. (2023). *Adopción homoparental en Colombia: una mirada socio jurídica a partir de una revisión literaria del periodo 2018-2022*. Trabajo de grado, Universidad Libre, Bogotá D.C, Colombia. Tomado de: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/25672>
- Corte Constitucional (1993, 15 de diciembre) Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-597 de 1993, Expediente T-21469, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional (1993, 24 de febrero) Sala Plena, Sentencia SU-067 de 1993, Expediente T- 904, M.P Fabio Moron Diaz y Ciro Angarita Baron.
- Corte Constitucional (1993, 26 de febrero) Sala Plena, Sentencia C-087 de 1993, M.P Jaime Sanin Greiffenstein.
- Corte Constitucional (1995, 12 de mayo) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-207 de 1995, Expediente T-54994 , M.P Alejandro Martinez Caballero.
- Corte Constitucional (2002, 25 de julio) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-572 de 2002, Expediente T-570403, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.Corte Constitucional (2000, 23 de agosto) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-1104 de 2000, Expediente T-298.342, M.P Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional (2007, 22 de enero) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-016 de 2007, Expediente T-1405186 , M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

- Corte Constitucional (2007, 27 de julio) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-572 de 2007, Expediente T-1593382, M.P Manuel José Cepeda Espinoza.
- Corte Constitucional (2007, 3 de agosto), Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-605 de 2007, Expediente T-1582084, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2007,09 de noviembre) Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-946 de 2007, Expediente T-1597440 , M.P Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional (2007,15 de agosto) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-636 de 2007, Expediente T-1597440 , M.P Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2008, 1 de julio) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-655 de 2008, Expediente T.-1.838.722, M.P Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2008, 31 de julio) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-760 de 2008, M.P Manuel José Cepeda Espinoza.
- Corte Constitucional (2008,05 de septiembre) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-870 de 2008, Expediente T-1827718, M.P Manuel José Cepeda Espinoza.
- Corte Constitucional (2009, 26 de junio) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-424 de 2009, Expediente T-2.187.710, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional (2009,01 de diciembre) Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-890 de 2009, Expediente T-2376090, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional (2010, 13 de agosto), Sala Primera de Revisión, Sentencia T-633 de 2010, Expedientes T-2618300 y T- 2621899 (acumulados), M.P María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional (2014, 18 de julio) Sala Primera de Revisión, Sentencia T-528 de 2014, Expediente T-4276301, M.P María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional (2015, 12 de mayo) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-274 de 2015, M.P Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional (2016, 1 de agosto) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-298 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Perez.

- Corte Constitucional (2020, 20 de febrero) Sala Plena, Sentencia SU-074 de 2020, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional (2020, 20 de febrero), Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia SU-074 de 2020, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional (2022, 1 de agosto) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-275 de 2022, Expediente T-8.585.986, M.P Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional (2022, 13 de octubre) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-357 de 2022, Expediente T-8.436.289, M.P José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional, (1994, 10 de marzo) Sala Plena, Sentencia C-105-1994, Exp. D-390. M.P Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional, (1994, 15 de junio). Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-278 de 1994, exp. T- 31.510. M.P Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional, (1998, 9 de septiembre) Sala Plena, Sentencia C-481-98. Expediente D-1978 M.P Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, (1999, 11 de agosto), Sala Plena, Sentencia C-582-1999, M.P Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, (2001, 2 de agosto) Sala Plena, Sentencia C-814, Expediente D-3378, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, (2004, 16 de septiembre), Sala Novena de Revisión, Sentencia T-901 de 2004, Expediente T-926393, M.P Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, (2007, 3 de octubre) Sala Plena, Sentencia C-075, Expediente D-6749, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, (2007, 7 de febrero) Sala Plena, Sentencia C-075, Expediente D-6362, M.P Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, (2009, 15 de octubre), Sentencia T-732 de 2009, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, (2009, 26 de agosto) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-572, 2009, Exp.T- 2.247.179, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

- Corte Constitucional, (2009,18 de diciembre) Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-968, Expediente T-2220700, M.P María Victoria Calle Correa
- Corte Constitucional, (2012, 11 de abril) Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-276, Expediente T-3.242.483, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional, (2014, 18 de julio) Sala Primera de Revisión, Sentencia T-528 de 2014, expediente T-4276301, M.P María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional, (2014, 28 de agosto) Sala Plena, Sentencia SU-617, Expediente T-2597191, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional, (2015,12 de noviembre) Sala Plena, Sentencia SU-696, Expediente T-4.496.228, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional, (2016, 27 de septiembre) Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-525-2016. Exp. T-5454638. M.P Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional, (2018, 23 de julio) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-281 de 2018, Exp. T-6.608.264 M.P José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional, (2020, 21 de mayo), Sala Plena, Sentencia SU-146 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.
- Corte Constitucional, (2020,12 de marzo) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-105, Expediente T-7.558.434, M.P José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional, (2024, 18 de abril) Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-127 de 2024. M.P Jorge Enrique Ibañez Najar.
- Corte Constitucional (2024, 10 de julio) Sala Primera de Revisión, Sentencia T-274 de 2024, Expediente T-9.287.678, M.P Natalia Ángel Cabo.
- Corte Constitucional (2025, 8 de mayo) Sala Octava de Revisión, Sentencia T-163 de 2025, Expediente T-10.691.021, M.P Cristina Pardo Schlesinger
- Corte IDH. (2012, 28 de noviembre) *Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002, 28 de agosto) Opinión Consultiva OC 17/02. Tomado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) Caso Atala Riffo y niñas c. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia (2006, 30 de noviembre) Sent. Cas. 30 de noviembre de 2006, Exp. 1998 00024 01, M.P Pedro Octavio Munar Cadena <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/10/0024-01-SC-170-2006.doc>
- Corte Suprema de Justicia (2010, 21 de mayo) Sala Civil, Sentencia rad. 2004-0072-01 M.P Pedro Octavio Munar Cadena.
- Corte Suprema de Justicia (2010, 21 de mayo) Sala de Casación Civil. Sentencia rad. 001-2024-0072-01 M.P Pedro Octavio Munar Cadena.
- Corte Suprema de Justicia (2010, 21 de mayo) Sala de Casación Civil, Sentencia rad. 01-2001-0072-01, M.P Pedro Octavio Munar Cadena
- Corte Suprema de Justicia (2013, 28 de febrero) Sala Civil, Sentencia rad. 002-2006-00537-01 M.P Arturo Solarte Rodríguez.
- Corte Suprema de Justicia (2017, 10 de mayo) Sala Civil, Sentencia SC 6359-2017, M.P Dr. Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia (2017, 29 de marzo) Sala Civil, Sentencia SC 6359 M.P Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia (2017, 6 de diciembre) Sala Civil, Sentencia STC 20614 Bogotá D.C, Colombia: M.P Margarita Cabello Blanco
- Corte Suprema de Justicia (2019, 21 de febrero) Sala de Casación Civil, Sentencia stc 1976 de 2019, M.P Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia (2021, 6 de diciembre) Sala Civil, Sentencia SC 5040-2021 M.P Luis Alonso Rico Puerta.
- Corte Suprema de Justicia (2022, 8 de abril) Sala de Casación Civil, Sentencia SC 1171-2022. Rad. 08-2012-00715 M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
- Corte Suprema de Justicia, (1973, 23 de marzo) Sala Plena, Sentencia del 23 de marzo de 1973, M.P Eustorgio Sarria, Gaceta Judicial No 2390-2391, p. 105
- Corte Suprema de Justicia, (1996, 13 de diciembre) Sala de Casación Laboral, radicado 9125, Gaceta Judicial Núm. 2483. M.P Francisco Escobar Henríquez.

- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, CSJ Sentencia SC 3327, Bogotá, D.C: M.P Francisco Ternera Barrios, 2022.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (8 de abril de 2022). CSJ Sentencia SC 1171. Bogotá D.C, Colombia: M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (8 de abril de 2022). CSJ Sentencia SC 1171. Bogotá D.C, Colombia: M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2024, 22 de marzo) SC 009 de 2024, M.P Octavio Augusto Tejeiro Duque, tomado de: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2024/04/SC009-2024.pdf>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia (2022, 8 de abril) SC 1171 de 2022, M.P M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- Cortina, A. (2000) *Ética sin moral*, Madrid, España: Editorial tecnos, Cuarta Edición.
- Cruz Rodríguez, M. (2017). Mario Alberto Cajas Sarria (2015). La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Bogotá: Universidad de los Andes & Universidad ICESI. Estudios Socio-Jurídicos, 19(2), 271–274. Recuperado a partir de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/5311>
- Decreto 2277 de 1979: “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”
- Delgado, J., Molina-Pérez, A., Shaw, D. y Rodríguez-Arias D. (2019). The role of the family in deceased organ procurement. *Transplantation*, 103 (5), 112-118. Disponible en: <https://doi.org/10.1097/TP.0000000000002622>.
- Engels, F. (1976). *El origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado*. Moscú, Rusia: Editorial Progreso.
- Esborraz, D. F. (diciembre de 2015). El concepto constitucional de familia en América Latina. *Tendencias y proyecciones*. *Revista de Derecho Privado*(29), 15–55, p.21.
- Freire de Sa F. (2011) *Cuerpo humano (jurídico)*. En: Romeo Casabona C, eds. *Enciclopedia de bioderecho y bioética*. Tomo I. Granada: Comares;
- Kant, Ernmanuel, (1999) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid.

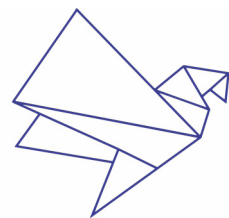
- López y López, M. T. (presidenta), de Montalvo Jääskeläinen, F. (vicepresidente), Alonso Bedate, C., Bellver Capella, V., Cadena Serrano, F., de los Reyes López, M., Fernández Muñoz, P. I., Jouve de la Barreda, N., López Moratalla, N., Nombela Cano, C., Romeo Casabona, C. M^a, Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2017). “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Comité de bioética de España.
- López, M (2016) *Cómo se construyen los derechos: Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Primera edición. Bogotá, D.C, Colombia: Legis Editores S.A. pp. 1-244.
- López, R (2023) El matrimonio en blanco y negro, Vniversitas Jurídica, vol. 72, Bogotá, Colombia.
- Medina, J (2008) Derecho Civil: Derecho de Familia. Bogotá, D.C, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, p. 55.
- Ministerio de Salud (1993, 4 de octubre) Resolución número 8430 de 1993, “*Por la cual se establecen normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud*”, Bogotá D.C, Colombia.
- Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Verba Luris*, (30), 135–150. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.30.2162>
- Moreno V & Restrepo J. (2020). Análisis jurisprudencial de la sentencia stc-1976 de 2019 de la corte suprema de justicia de Colombia: Un caso de corrección constitucional en la filiación de crianza. *Estudios constitucionales*, 18(2). pp.363-364
- Morgan, L. (1887). *Ancient Society*. Londres, Reino Unido: MacMillan & Company
- Naciones Unidas. (1991). *Convención sobre los derechos del niño* (1a. ed., 1a. reimp.). Nueva York: Naciones Unidas. Tomado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>
- Oliva, E., & Villa, V. J. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 11-20.
- OMS WHA 63.22 (17 de mayo, 2010) “Human organ and tissue transplantation” Tomado de: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA63-REC1/A63_REC1-sp.pdf

- ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3, 16 Diciembre 1966.
- Padilla Carvajal, M. S., & Guachetá Torres, J. D. (2023). ¿Equidad en la protección familiar? Un análisis de la pensión de sobrevivientes y su acceso para las familias de crianza en el contexto colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, 26(1)
- Padilla M, Urbano, R, Paz, L & Vidal, B. (2022) “El procedimiento administrativo para la creación de un municipio, como unidad fundamental de la división político administrativa en Colombia” En: Una visión multidisciplinar a debates contemporáneos en Ciencias Sociales, Popayán, Cauca, Colombia, ISBN: - 978-958-8614-71-7 ED: 1era. Sello Editorial Uniautónoma del Cauca, v. 1, P. 57-80. Noviembre de 2022. <https://www.uniautonomo.edu.co/investigacion/sello-editorial>
- Padilla, M, Solano, A. & Erazo, L. (2021) Reconocimiento socio-constitucional de las formas contemporáneas de conformación familiar en Colombia: En López, R. & et. al. La investigación jurídica en perspectiva multidisciplinar: Aportes para la comprensión de realidades sociales, políticas y jurídicas. Bogotá, Colombia: Primera edición. Editorial Uniautónoma del Cauca. pp. 1-160.
- Páez Ramírez, Manuel. (2013). La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia. *Revista Derecho del Estado* (31) pp. 231-257.
- Parra Benítez, J. (1996). El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, (97), p. 36.
- Pérez, A. (2016) *Homoparentalidad*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile.
- Pizarro, A. & Méndez, F. (2006) “Manual de derecho internacional de derechos humanos” Primera Edición, Panamá: Universal Books, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/22950.pdf>
- Presidencia de la República (4 de agosto de 1998). 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,

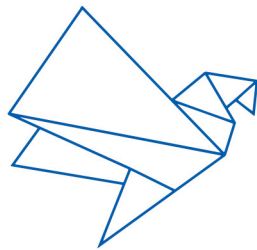
- transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares.” Bogotá, Colombia: Diario Oficial 43357 de agosto 6 de 1998.
- Presidencia de la República (5 de agosto de 2004). 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”. Bogotá, Colombia: Diario Oficial 45631 de agosto 5 de 2004.
- Quintero Calvache, J. C., Solano García, J. A., & Padilla Carvajal, M. S. (2022). *La construcción de la identidad al interior de la familia asistida: pugnas históricas, sociales y jurídicas colombianas*. Popayán, Colombia: Uniautónoma del Cauca.
- Roa, J. E. (2019) Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. Primera edición, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Roa, J. E. R. (2021). Comportamiento judicial estratégico en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La protección del derecho a la salud mediante el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: *Los Derechos Fundamentales en el Siglo XXI Tomo III El estudio internacional y regional de los derechos fundamentales Estudios de casos líderes interamericanos Vol. XX. La jurisprudencia interamericana más relevante de 2018 a debate*. México: Editorial Tirant Lo Blanch. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8517249>
- Rosa Guió (2009) “El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana” *Studiositas*, 4(3) pp. 65-81.
- Sánchez-Bravo, M. & Gamboa-Vargas, S., (2023). Reproducción humana asistida, Análisis en derecho comparado. 593 Digital Publisher CEIT, 8(2-1), 430-442 <https://doi.org/10.33386/593dp.2023.2-1.1737>
- Schnitzler, M. A., Whiting, J. F., Brennan, D. C., Lentine, K. L., Desai, N. M., Chapman, W., Abbott, K. C. y Kalo, Z. (2005). The Life-Years Saved by a Deceased Organ Donor. En: *American Journal of Transplantation*, Vol. 5, N° 9, pp. 2289-2296.

- Solís, Santana, Luis. (2000) “*Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos*” Cuadernos de bioética, 41. Tomado de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Sotaquirá, D. (2023) “*Disposición de embriones criopreservados: Análisis de caso a la luz de la sentencia T 357 del 2022*”. Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Bioderecho y Bioética. Colombia, Bogotá: Universidad del Rosario.
- Subcomisión Preparatoria 0405. (enero de 1991). “Propuestas de las Comisiones Preparatorias”. Informe Final, 370-371. Bogotá D.C, Colombia: Presidencia de la República.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2013, 3 de septiembre) “Sesión Pública núm. 89 Ordinaria”. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/actas-sesiones-publicas>
- Torrado, H. (2021) *Derecho de Familia: Unión Marital de hecho- De la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*. Séptima edición. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Torrado, H. (2021) *Derecho de Familia: Unión Marital de hecho- De la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*. Séptima edición. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2017, 24 de enero) *Paradiso and Campanelli v. Italy judgment*. Tomado de: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170359%22%5D%7D>
- UNESCO (2005) “Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos” Tomado de: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa
- Uprimny Yepes, R. (2021). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. *Ius Inkarri*, 3(3), 115–148. <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn3.4145>
- Uriza, Erika. (2017) “*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. <http://hdl.handle.net/10983/14347>
- Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*. tomo V, séptima edición, Bogotá, Colombia: Editorial Temis, p. 65.

- Varsi, E. (2019) “Los actos de libre disposición del cuerpo humano” Acta bioeth. vol.25 no.1 Santiago de Chile, Chile. p. 1-15. <https://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v25n1/1726-569X-abioeth-25-1-00009.pdf>
- Velasco, O. (1991) “*Teoría General de los Derechos Humanos*”. Editorial Herrera y hermanos, Bogotá, Colombia. p. 67.
- Winter, H. (2017) “Issues in Law and Economics” USA: University of Chicago Press, pp. 1-240.
- Zelizer, V. (2010) “*La negociación de la intimidad*” Fondo de Cultura Económica de España.



EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA



EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA
Desplegamos Historias