

**EL DERECHO NACIENTE SOBRE AQUELLO QUE AÚN NO HA NACIDO.
UNA REFLEXIÓN SOBRE EL DESARROLLO JURÍDICO DE LOS CONTRATOS
DE CONTROL Y DISPOSICIÓN DE LOS PRE-EMBRIONES**

Daniela Alejandra Eraso Urbano¹

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2018

Fecha de aceptación: 15 de enero de 2019

Referencia: ERASO URBANO, Daniela. (2019). *El Derecho Naciente Sobre Aquello Que Aún No Ha Nacido. Una Reflexión Sobre El Desarrollo Jurídico De Los Contratos De Control Y Disposición De Los Pre-Embriones*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol.5. Núm. 8. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: Día a día las ciencias médicas presentan nuevos y constantes desafíos para los operadores jurídicos, particularmente en el campo de las Técnicas de Reproducción Asistida, donde los esfuerzos legislativos y jurisprudenciales por crear parámetros de vigilancia que protejan a los intervinientes en estos procedimientos, son prácticamente nulos, dejando en evidencia consistentes vacíos legales, entre los cuales destaca el relativo a los conflictos de voluntad sobre el destino de los embriones sobrantes, cuyas disputas generalmente se causan en una separación conyugal o divorcio.

Un breve recorrido sobre la normatividad colombiana al respecto demuestra que estos conflictos no tienen una solución definitiva, muy a pesar de que fenómenos médicos como la Fecundación In Vitro lleven décadas en uso. Afortunadamente, varias jurisdicciones alrededor del mundo ya se han pronunciado al respecto, como las Cortes de Apelación y de Distrito de los Estados Unidos que, en razón a sus precedentes judiciales sentados desde el año 1992 y ante de la insuficiente regulación jurídica en Colombia, servirán de guía para prevenir y resolver conflictos derivados de estos procedimientos.

PALABRAS CLAVE: Fecundación in vitro, reproducción asistida, pre-embrión, criopreservación

ABSTRACT: Every day medical sciences present new and constant challenges for legal operators, particularly in the field of Assisted Reproduction Techniques, where the legislative and jurisprudential efforts to create protection parameters that protect the participants in these

¹ Abogada, egresada de la Universidad de Nariño. Correo: erasourbano@gmail.com

procedures are practically null , leaving in evidence consistent legal gaps, among which stand out the conflicts of will over the fate of the surplus embryos, whose disputes are usually caused in a conjugal separation or divorce.

A brief overview of the Colombian regulations in this regard shows that these conflicts do not have a definitive solution, despite the fact that medical phenomena such as In Vitro Fertilization have been in use for decades. Fortunately, several jurisdictions around the world have already pronounced themselves in this regard, such as the Courts of Appeal and the District of the United States which, because of subsequent cases since 1992 and before the lack of legal regulation in Colombia, will be of guidance to prevent and solve the problems derived from these procedures.

KEY WORDS: In vitro fertilization, assisted reproduction, pre-embryo, cryopreservation.

I. INTRODUCCIÓN

Desde su creación, las Técnicas de Reproducción Asistida han brindado un portafolio de opciones para el tratamiento de la infertilidad, entre ellos, el procedimiento de fecundación in vitro o (FIV), el cual se ha convertido en una gran alternativa para la población colombiana afectada por infertilidad primaria² o secundaria³, y también para aquellos hombres y mujeres que han decidido postergar la paternidad en aras de su desarrollo profesional o que por distintos motivos aún no lo ven como una posibilidad presente. Este tratamiento consiste en un proceso de fecundación realizado en una placa de laboratorio que da como resultado la creación de varios cigotos, de los cuales, algunos serán trasladados al útero materno y otros se preservarán congelados en nitrógeno líquido como una medida preventiva en caso de que el primer intento de embarazo sea fallido (Lara & Naranjo, 2007). Este método ha llevado al derecho a una encrucijada, pues si bien existen acuerdos entre los donantes y la clínica donde se regulan los servicios prestados, como el tiempo y la forma de almacenamiento de los preembriones, ¿qué ocurre si este no prevé un cambio de opinión entre las partes sobre el futuro de los embriones excedentes? y ¿de acuerdo a qué criterios se debe resolver este conflicto?

Como menciona la profesora Helene Shapo, esta cuestión “presenta retos especiales al proceso judicial aun cuando históricamente las cortes han tenido experiencia en aplicar la

² “Se habla de infertilidad primaria cuando la mujer luego de un año de relaciones sexuales continuas sin protección no logra quedar en embarazo” (Luna F, 2013, pp. 2)

³ La “infertilidad secundaria” alude a aquella derivada de las secuelas por infecciones o abortos inseguros (Luna F, 2013, pp. 2).

razón a las situaciones más emocionales” (Shapo, 2002, pp. 75-104). Esta afirmación es particularmente cierta en Colombia donde no existen leyes claras y específicas que establezcan, por ejemplo, condiciones para que uno de los miembros de la pareja pueda retirar su consentimiento para la transferencia uterina de los embriones o determinar sus destinos y “naturalmente, al no prever la hipótesis específica del conflicto entre los padres, las leyes no podrán consagrar soluciones” (Gabardi, 2010).

Es por ello que el presente artículo surge como una respuesta a la tardanza de la jurisdicción colombiana en adoptar una legislación efectiva para prevenir y solucionar estas discrepancias.

Para ello, se analizará la normatividad existente en la materia en el país con el fin de conocer cuál es el escenario actual de la situación e identificar sus problemas, posteriormente procederemos a hacer un recorrido por la jurisprudencia estadounidense buscando conocer cuáles son las principales problemáticas que se derivan de los contratos de control y disposición de los preembriones y sus posibles soluciones. Por último, concluiremos realizando una guía para la creación de estos acuerdos de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente tanto en Colombia y como Estados Unidos, que permita brindar a los centros de reproducción asistida, los donantes y la población en general unas pautas para la correcta creación y consecuente ejecución de los contratos de control y disposición de preembriones.

2. El rol normativo y jurisprudencial en la regulación del contrato de control y disposición de preembriones.

3.1 ¿Sobre qué tipo de contrato estamos hablando?

Las constantes transformaciones sociales y económicas han presentado retos para el derecho al dejar rezagadas las formulas sacramentales de los contratos por figuras más rápidas y ágiles que permitan mayor eficiencia en las transacciones que se realizan día a día. Este fenómeno ha provocado el surgimiento de nuevos contratos que buscan regular situaciones socialmente relevantes que por su rápida innovación no han sido incorporadas en una determinada legislación, tal es el caso de los contratos los contratos de control y disposición embrionaria los cuales tienen una característica particular y es que pueden configurarse de dos formas. La primera de ellas donde existe un solo documento que rige, tanto la prestación del proceso de fecundación in vitro entre los donantes y la clínica, como la disposición entre los donadores sobre el material genético, en este caso el contrato adquiere la tipología de principal pues no depende de ningún otro documento normativo para existir. El segundo modelo parte de la existencia de dos documentos, el primero que solo se limitara a gobernar

la prestación del servicio de reproducción asistida y el segundo que gobernara la relación entre los donantes al respecto del destino del material genético a utilizar. En este caso el segundo documento se convierte en un contrato accesorio del primero, pues sin la prestación del servicio de reproducción asistida el contrato de disposición de preembriones no será ejecutable en ningún momento.

Ahora bien, ambos tipos de contratos comparten una misma tipología como se explica a continuación:

a) Bilateral: Según el artículo 1496 del Código Civil Colombiano ocurre cuando las partes se obligan recíprocamente, en este caso a donar células sexuales con el fin de crear preembriones.

b) Gratuito: el artículo 1497 del Código Civil Colombiano define ambas categorías como

El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

c) En otras palabras, en el primero una o ambas partes no esperan una contraprestación a cambio del cumplimiento de su obligación, en tanto que, en la segunda categoría se espera determinada utilidad para una o ambas partes. El contrato de control y disposición embrionaria en principio se constituye como un acuerdo gratuito ya que teniendo en cuenta que busca la obtención de células reproductivas en algunos casos una pareja puede acceder a su extracción y posterior uso sin necesidad de una contraprestación más que la satisfacción de comenzar el procedimiento de fecundación in vitro, sin embargo, existen casos donde serán terceros quienes aporten las células sexuales a cambio de una contraprestación susceptible de valoración monetaria, como cubrir los gastos de salud derivados de esta intervención o cualquier obligación en beneficio de sí mismo, en ese caso, se convertiría en Oneroso.

d) Conmutativo: En los procedimientos de fecundación in vitro, surge la obligación de ambas partes de permitir la extracción de células sexuales, sea óvulos o espermatozoides, para la creación del prembrión o cigoto. De lo cual podemos afirmar que son prestaciones equivalentes o le que cada una debe hacer, lo cual cumple la premisa dispuesta por el artículo 1498 del Código Civil Colombiano para clasificar a los contratos como conmutativos. Cabe resaltar que, si resultado puede considerarse como aleatorio, puesto que a pesar de la correcta técnica médica y los cuidados particulares es usual que los preembriones no se desarrollen en el proceso de implantación, es más como se mencionó anteriormente en el proceso de

fecundación in vitro se buscan fertilizar células excedentes con el fin de tener varias oportunidades para llegar al embarazo.

- e) Principal o Accesorio: Según la estructura a elegir por conveniencia de las partes.
- f) Consensual: se perfecciona con el consentimiento libre y espontáneo de las partes de autorizar la extracción de células reproductivas con el fin de llegar a la paternidad.

Es importante mencionar que estos contratos operan en medio de una laguna jurídica⁴, pues en Colombia no cuentan con una legislación específica que estipule las prestaciones, responsabilidades y obligaciones entre las partes como veremos a continuación.

3.2 La fecundación in vitro en la normatividad Colombiana

Es un hecho innegable que la fecundación in vitro ha generado una revolución científica alrededor del mundo⁵ que ha permitido garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las personas. Particularmente en Colombia la Corte Constitucional⁶ y “la doctrina ha considerado que las técnicas de reproducción asistida dentro de las cuales se encuentra la Fecundación In Vitro están legitimadas en virtud del artículo 42⁷ de la constitución” (López & Amado, 2014). Esta acogida ha provocado el surgimiento de numerosas clínicas especializadas en estos servicios⁸ a lo largo y ancho del país. A pesar de lo anterior, el poder legislativo no se ha interesado en crear una suerte de delimitación legal sobre el ejercicio de este procedimiento y mucho menos sobre el derecho de disponer de los prembiones congelados, pues sus intentos en reglamentar asuntos relacionados a las técnicas de reproducción asistida, se han quedado en eso, intentos:

- Proyecto de ley número 45 de 2000, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida,

⁴ Para autores como Bobbio existe laguna “cuando en un determinado ordenamiento jurídico falta una regla a la cual juez pueda referirse para resolver una determinada controversia” Tomado de “las lagunas del derecho” de José Vicente Avila citando a BOBIO, N., “Lacune del diritto” en Novissimo Digesto italiano, Turín, 1963, Utet, vol IX, p. 418

⁵ “Las tecnologías de reproducción asistida han generado una “revolución reproductiva” alrededor del mundo (...) De acuerdo a la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) desde el nacimiento de Louise Brown en 1978, la primera persona concebida utilizando la tecnología de reproducción asistida, se estima que 3,75 millones de niños han sido concebidos como resultado de la Fecundación In Vitro” (Herrera&Hevia, 2012)

⁶ en Sentencia T 968 de 2009 se establece que “en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos.” Es más, considera que en Colombia la utilización de técnicas de reproducción asistida es una práctica en auge que permite garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las personas. (Corte Constitucional, Sentencia T - 968 de 2009)

⁷ Constitución Política de Colombia [C.P] art. 42: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

⁸ Solo en la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, también llamada “RedLara” existen trece clínicas alrededor de todo el territorio nacional prestando los servicios de reproducción asistida y fecundación in vitro.

- Proyecto de ley número 029 de 2000, por la cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones,
- Proyecto de ley número 100 de 2003 Cámara, por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones,
- Proyecto de ley número 64 de 2005 Cámara, por medio de la cual se permite el aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas,
- Proyecto de ley 109 de 2013 o “Ley Sara” por medio de la cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del sistema de salud del Estado,
- Proyecto de ley 55 de 2015 o “Ley Lucia” por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial y se dictan otras disposiciones.

Ante esta patología jurídica de dejar los fenómenos sociales y científicos sin respuestas legales, el derecho ha contemplado herramientas argumentativas que permiten al operador judicial resolver cuestiones controvertidas en ausencia de normatividad directa aplicable. La más destacada entre ellas es la analogía normativa consagrada en el artículo 8 de la ley 153 de 1887, la cual, para el presente caso, nos permitirá conocer si en Colombia existe normatividad aplicable a los contratos de control y disposición embrionaria como se verá a continuación.

3.2.1 la analogía al rescate: en búsqueda de un marco normativo sobre la fecundación in vitro y el uso de los preembriones criopreservados en Colombia

Entre las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes podemos encontrar el recurso de la analogía el cual posibilita descubrir una obra normativa que permita colmar las lagunas legales a través de un análisis lógico dentro del cual, el principio o regla supuesto para determinada situación podrá extenderse a otro, siempre y cuando guarde semejanza con el primero. En este entendido podemos afirmar que las disposiciones creadas para regular la utilización de embriones y material genético destinados a la investigación científica constituyen la fuente jurídica principal para guiar los contratos de control y disposición de embriones congelados, pues ambos contratos convergen en la intención de donar y/o utilizar material genético para uso de las ciencias reproductivas, siendo así el motivo para realizarlo lo único que las diferencia; verbigracia, una pareja tiene la intención de donar sus cigotos con el fin de procrear, en tanto que otra puede donarlos por motivos meramente filantrópicos. Así

las cosas, al configurarse dos escenarios homogéneos podemos, a través del recurso de analogía, realizar un recorrido normativo sobre la materia.

Para empezar esta tarea es ineludible abordar el Decreto 1546 de 1998, el cual regula lo relativo a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte y destino de componentes anatómicos, así como su trasplante e implante en seres humanos, el cual en su artículo 48 determina la autorización legal para la preservación de preembriones y tal como ha reconocido la Corte Suprema de Justicia:

Posibilita la criopreservación de preembriones y el correspondiente ajuste de contratos por parte de quienes anhelan utilizar sus servicios en materia reproductiva sirviéndose de los tratamientos de fertilización a través de preembriones congelados definitivos de todo lo correspondiente con la suerte del embrión y las posibles consecuencias por diferencias futuras en la pareja (Sentencia Corte Suprema de justicia, Sentencia STC 20614 - 2017).

Más aun este decreto establece que sólo se podrá proceder a la utilización de componentes anatómicos según lo estipulado en sus artículos 5 y 6, es decir, cuando exista consentimiento escrito del donante y se cumplan los siguientes requisitos:

- Ser mayor de edad y civilmente capaz al momento de expresar su voluntad;
- Que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente;
- No presentar alteración de sus facultades mentales que puedan afectar la decisión.

Ahora bien, en lo atinente a los prevención y resolución de conflictos sobre la disposición de los preembriones sobrantes en Colombia, no existe norma expresa o análoga que permita dar una solución al respecto, ha sido la Corte Suprema de Justicia quien han tomado cartas en el asunto buscando garantizar y proteger a los ciudadanos a la hora que se involucran en las diversas dinámicas que se desprenden del empleo de los avances científicos (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC 20614 de 2017) como veremos en el acápite siguiente.

3.2.2 La jurisprudencia en la escena de las técnicas de reproducción asistida

En materia de los derechos sexuales y reproductivos han sido las altas corte en Colombia quienes se han encargado de desarrollar desde su definición⁹ hasta su alcance¹⁰ estableciendo pautas y limites que permitan garantizar su ejercicio y el de otros derechos conexos tales como la libertad y la autonomía. En la materia que nos atañe la Corte Suprema de Justicia

⁹ La Corte Constitucional define como aquellos derechos que “reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción” (Sentencia T 732 de 2009)

¹⁰ la Corte Constitucional (sentencias T - 732 de 2009 y C- 336 de 2008) y la Corte Suprema de Justicia (STC 20614 – 2017) han establecido que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos no trae implícito como fin último la consecución de la reproducción o la paternidad, sino simplemente el ejercicio de la autonomía reproductiva, la cual es una parte fundamental del respeto por la dignidad humana, ya que su núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, Así las cosas cada ciudadano tiene la posibilidad de elegir libremente sobre la posibilidad de procrear, cuando y con qué frecuencia, lo cual también incluye someterse a procedimientos de procreación científica.

sostiene que de acuerdo al decreto 1546 de 1998 que a *grosso modo* posibilita la creación de preembriones y el correspondiente ajuste de contratos por sus usuarios:

Ha de expresarse que los acuerdos negociales de índole de marras, que no afecten los principios éticos básicos ni las refieran a ilicitudes, en principio, podrán servir para regular las relaciones entre las partes respecto a los términos plasmados en ellos, De donde surge que el consentimiento mutuo respecto al futuro de los embriones debe tener importancia, en presencia de controversias sobre qué hacer con tales en caso de diferencias irreconciliables y obliga a que en los convenios así realizados se tenga el cuidado de planear con suficiente claridad la totalidad posible de aspectos que prevengan un conflicto futuro (Corte Suprema de Justicia, sentencia No. STC 20614-2017).

Además, agrega que, para resolver controversias relativas a la criopreservación de embriones es menester tener en cuenta que están en juego derechos humanos relacionados con la vida digna, la intimidad, el deseo de tener una familia, el bienestar de la sociedad y la igualdad por lo cual:

Podría decirse que la decisión frente a la suerte de los preembriones sobrantes debe descansar, en principio, en la pareja por ser ellos los aportantes, ya que, de consenso ejercen el derecho de reproducción. En caso de no existir acuerdo entre ellos serían los tribunales de justicia en cada situación, los que resolverán la controversia respectiva, utilizando la ponderación y el análisis factico respecto a al posición jurídica concreta de los preembriones congelados” (Corte Suprema de Justicia, sentencia No. STC 20614-2017)

Cabe resaltar que en la mencionada manifestación jurisprudencial, si bien insta a los operadores judiciales a resolver los conflictos sobre la disposición de los preembriones, en Colombia los legisladores se han tardado en adoptar una normatividad que contemple cual es el proceso a seguir, es más como se mencionó la Corte Suprema de Justicia la única herramienta con la que cuentan los jueces son los principios fundamentales de los contratos, que si bien son absolutamente necesarios para administrar justicia, su aplicabilidad puede llegar a ser subjetiva, lo cual no garantiza seguridad jurídica al momento de ponderar los derechos reproductivos y fundamentales de las partes en disputa. Por este motivo se analizará la jurisprudencia existente sobre este conflicto en ordenamientos jurídicos donde ya existe un precedente que permita hacer un bosquejo de su tratamiento y ayude a enriquecer el ordenamiento normativo vigente en Colombia. Para este fin se ha optado por el estudio de la jurisprudencia de las Cortes de Apelación y de Distrito de los Estados Unidos, toda vez que hasta la actualidad es la jurisdicción que ha abordado un mayor número de casos sobre el tema lo cual le ha permitido formar distintas posturas en cuanto a la adjudicación y solución de controversias sobre el destino de los preembriones.

3.3. Un salvavidas: Nuevos escenarios y técnicas argumentativas en la jurisprudencia norteamericana

Los Tribunales de Distrito y Apelación de los Estados Unidos se han enfrentado a la resolución de conflictos sobre el control y disposición de los preembriones excedentes desde mucho antes que la legislación Colombiana, aproximadamente desde 1992 cuando el Tribunal de Tennessee falló la sentencia *Davis vs. Davis*. Desde entonces han ido construyendo y complementando distintas posturas que permiten prevenir y solucionar estas controversias. Para estudiarlas es necesario conocer cuáles son las principales causas del conflicto en esta investigación.

3.2.1. Las fuentes del conflicto

Para analizar los conflictos de control y disposición de los preembriones se estudiaron 14 sentencias de distintas Cortes y Tribunales de apelación, de las cuales pudimos extraer que las principales causas de conflicto versan sobre:

- a. El objeto del contrato.
- b. La causa del Contrato
- c. La expresión del consentimiento

Los cuales se explicaran a continuación.

3.2.1.1. El objeto del contrato

En 1992 llegó a la Corte Suprema de Tennessee un proceso de liquidación de sociedad conyugal con una petición de custodia muy particular, pues no recaía sobre los posibles hijos habidos en el matrimonio si no sobre preembriones congelados que fueron obtenidos de un proceso de fecundación in vitro al cual se había sometido la pareja tiempo atrás para lo cual la ex pareja había donado material genético. Sin embargo, lo excepcional del caso no se detiene ahí, pues el fin de esta petición era totalmente contrario entre los demandados, el ex esposo Junior Davis solicitaba este derecho con el fin de destruir los preembriones en tanto que Mary Davis, la ex esposa, buscaba donarlos a una pareja fértil, en otras palabras, el demandante solicitó su destrucción y la demandada mantenerlos criopreservados para uso futuro (Supreme Court of Tennessee, 1992, *Davis v. Davis*).

Para la época en que se falló esta controversia, la criopreservación de embriones y la fecundación in vitro eran procedimientos novedosos que no contaban con ninguna disposición normativa o jurisprudencial en Norteamérica y mucho menos en el estado de Tennessee que permitiera analizar cuál de las partes tenía mejor derecho en el conflicto. Para desenredar esta situación el Tribunal abordó varias aristas. La primera de ellas fue desarrollar el derecho constitucional a la procreación estableciendo que este tiene dos dimensiones, una

positiva que consiste en la búsqueda de llegar a la paternidad, y una negativa, donde se busca evitarla (Supreme Court of Tennessee, 1992, Davis v. Davis). La elección de cualquiera de ellas resulta del ejercicio del derecho fundamental a la autonomía personal que hace parte de la esfera personalísima del individuo por la potencialidad que tiene de alterar el plan de vida de cada persona de manera abrupta e irreversible, es por ello que solo el titular del mismo tiene la capacidad de decidir sobre este respecto sin intervención de terceros o el estado.

Ahora bien, el Tribunal continuo analizando que en el escenario donde una pareja decida someterse al proceso de fecundación in vitro, se supone que llegó a un acuerdo al respecto del ejercicio del derecho a la paternidad en su esfera positiva. En ese entendido analizan una segunda arista la cual busca develar cual es el objeto de estos contratos, ya que de esta deducción se determinará cuál es el tipo de interés que representa el preembrion para las partes y permitirá analizar bajo qué criterios deben ser adjudicados en caso de que exista un conflicto.

Siguiendo esta línea la Corte Suprema de Tennessee (1992) resolvió que el interés sobre este tipo de contratos no gira en torno al derecho a la propiedad del material genético como tal, sino en el interés de disposición en la medida en que, los donantes tienen autoridad para tomar decisiones con respecto a la disposición de los preembriones en el marco de la ley. En ese entendido el objeto de estos contratos no gira alrededor de cómo o cuánto tiempo almacenar el material genético, si no si las partes buscan convertirse en padres¹¹, en otras palabras, el objeto contractual será llegar a la paternidad y la controversia que surja de estos acuerdo se analizara a la luz de este.

Esta delimitación del objeto contractual fue reiterada en casos posteriores como *Kass Vs. Kass* (New York Court of Appeals, 1998), *J.B. Vs. M.B.* (Supreme Court of New Jersey, 2001) y *A.Z Vs. B.Z* (Supreme Judicial Court of Massachusetts, 2000) en esta última se agregó que toda discusión sobre el control de los preembriones no responderá sobre el tratamiento que la ley les da, si no sobre el acuerdo de las partes, es mas, en la sentencia *In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle*, la Corte de Apelaciones del Estado de Oregón (2008) declaro que de este objeto surge el derecho de disposición sobre los preembriones del

¹¹ Cfr. "that preembryos are not, strictly speaking, either "persons" or "property," but occupy an interim category that entitles them to special respect because of their potential for human life. It follows that any interest (...) in the preembryos in this case is not a true property interest. However, they do have an interest in the nature of ownership, to the extent that they have decision-making authority concerning disposition of the preembryos, within the scope of policy set by law." (Davis v. Davis, 2002)

cual son titulares los donantes y este derecho hace parte del patrimonio de las partes, lo cual lo hace susceptible de división y adjudicación¹².

En resumen se puede decir que la paternidad como objeto contractual otorga la titularidad del derecho de disposición de los preembriones en cabeza de los donantes de células reproductivas el cual ingresa a sus patrimonios y lo hace susceptible de adjudicarse. Esta situación visibiliza la necesidad de crear una normatividad que guie la creación de los acuerdos de control y disposición embrionario, ya que rara vez la división del patrimonio involucra un conflicto profundamente emocional y a pesar de la idea de que algunas propiedades son únicas y significativas para cada persona, la decisión de adjudicar una propiedad particular a una de las partes generalmente puede considerarse una decisión que se mide en última instancia según el valor monetario (o equivalente). Lo cual no puede verse razonablemente en el caso que nos ocupa, puesto que es una decisión que tiene la potencialidad de crear un gran impacto en la vida de las partes. En ese entendido ni siquiera la normatividad que controla la distribución justa y adecuada de los bienes en un proceso de disolución conyugal podrá ofrecer ayuda estos casos¹³, es por ello que surge la necesidad de crear una normatividad integral que tenga en cuenta la casuística y la multiplicidad de situaciones que pueden presentar los involucrados con el fin de prevenir y guiar a los jueces al momento de abordar estos conflictos.

Ahora bien, conociendo lo dificultoso y a veces extenuante de un proceso legislativo, una solución alternativa sería el reconocimiento de los acuerdos previos de control y disposición como un requisito obligatorio para los usuarios de los procesos de fecundación in vitro, pues a falta de normatividad, el contrato se convertirá en ley para las partes donde se condensan directivas anticipadas que permitirán minimizar malentendidos y maximizar las garantías del ejercicio del derecho a la autonomía para procrear. Además, saber que existen disposiciones susceptibles de ejecutarse en distintos escenarios resalta la seriedad e integridad del proceso de formación del consentimiento pues en primera medida son los donantes y futuros padres, no el Estado y ni los tribunales, quienes por su propia voluntad hacen este tipo de elecciones de vida profundamente personales.

¹² "the contractual right to possess or dispose of the frozen embryos is personal property that is subject to a "just and proper" division " (In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle, 2008)

¹³ "The division of property rarely gives rise to this level of deeply emotional conflict and, notwithstanding the idea that some properties are unique and personally meaningful, a decision to award particular property to a party generally can be considered to be a decision that is ultimately measured in monetary (or equivalent) value. A decision about the contractual right to direct the disposition of embryos cannot reasonably be viewed that way, as the parties appear to agree. As such, our case law controlling the just and proper distribution of property in a marital dissolution proceeding (...) offers little assistance in our task here. Nor can we identify any express source of public policy in our constitution, statutes, administrative rules, or elsewhere that could inform the distribution of property of this nature. (Re Marriage of Dahl and Angle, 2008)

3.2.1.2. La causa y la expresión del consentimiento como condiciones fundamentales de la ejecutabilidad del contrato

Para abordar este acápite es necesario comenzar diferenciando dos conceptos que usualmente son asemejados entre sí: el objeto¹⁴ y la causa¹⁵ del contrato. El primero de ellos es todo aquello que se busca conseguir con el acuerdo o la prestación que debe cumplirse para este caso la paternidad, en tanto que, el segundo será el motivo que lleva a las partes a contratar, por ejemplo, la causa que me incita a comprar una revista será la de leerla, regalarla o quemarla, mientras que el objeto será el deseo de adquirir su propiedad mediante el pago de un precio. Así las cosas, el objeto del negocio está estrictamente delimitado para cada contrato en tanto que la causa podrá ser diversa. De acuerdo a esto si varía la causa existe la posibilidad de que ocurra lo mismo con su objeto. Entonces si ya no busco comprar la revista ya no habrá un contrato de compraventa o en caso de que este inmerso en uno se buscara deshacerlo.

Siguiendo esta lógica los contratos de control y disposición tienen como objeto la paternidad a partir del cual pueden subyacer muchas causas como cumplir el sueño de tener un hijo, crear una familia, salvaguardar la capacidad reproductiva para la posteridad, cumplir un contrato como el de maternidad subrogada, entre otros: ¿Pero qué sucede si esta cambia?, A pesar de ello, ¿los jueces deberán seguir con la ejecución del contrato y llevar a término el material genético? ¿Quién será el titular del derecho de disposición en caso de que las partes ya no busquen el mismo objeto y qué se debe tener en cuenta para definirlo?

La primera manifestación que intentó resolver estas preguntas fue realizada por el Tribunal de Tennessee en el caso Davis vs. Davis (1992) que se ha venido narrando, donde las partes argumentaban en sus peticiones de adjudicación, que en el momento del divorcio ellos se encontraban en situaciones muy distintas en comparación al momento en que decidieron someterse al proceso de fecundación in vitro por lo cual no convergían en el objeto contractual, pues la demandante Mary Sue Davis se encontraba casada de nuevo y había trasladado su residencia a otra ciudad, en ese entendido, solicitaba la disposición de los embriones con el objeto de realizar un contrato de donación causado por evitar sentir que el esfuerzo realizado para su creación sería en vano. En cuanto a Junior Davis, se encontraba

¹⁴ Explica el Doctor Jesús Vallejo Mejía “El código civil no se refiere de modo unívoco al objeto, sino que toma esta expresión en tres sentidos diferentes: A) Para referirse a la operación jurídica en que consiste cada contrato: la venta, el arriendo, el mandato etc. que es aquello que las partes se proponen obtener de él. B) Como objeto de la obligación que es la prestación que debe realizar la parte obligada y que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. C) Por último, es objeto de la casa que se trata de dar, hacer o no hacer, según se sigue del artículo 1518 del Código Civil.”

¹⁵ El Doctor Fernando Barrilero, en la Enciclopedia Jurídica Universal, expresa “en material de obligaciones y contratos, en derecho, causa es la representación del fin que determina a las partes a celebrar un negocio jurídico.”

soltero, pero buscaba dar la orden de destruir el material genético argumentando que cualquier disposición que resulte en su gestación, como donarlos, le impondría una paternidad no deseada con todas sus posibles consecuencias tanto financieras como psicológicas que no se ve en la obligación de soportar.

En un primer momento el Tribunal de Tennessee (1992), buscó conocer si existía un acuerdo previo que contemplara contingencias futuras tales como el divorcio o el desacuerdo entre las partes que les permitiera guiar su decisión, sin embargo en el expediente no se encontró ningún anexo o alegato constituyente del mismo. Así las cosas el juez decidió analizar en conjunto la causa, el objeto del contrato, las posiciones de las partes, la importancia de sus intereses, la situación actual al momento del proceso de adjudicación y las cargas relativas que serán impuestas derivadas de cualquier decisión con el fin de situar la titularidad del derecho respetando con la mayor equidad posible. En este entendido plantearon el siguiente derrotero:

1. Con el fin de respetar las preferencias de los progenitores, deberá cumplirse el acuerdo previo entre las partes, aunque exista una disputa posterior al respecto.

2. En caso de que no exista un acuerdo previo, será necesario ponderar los intereses relativos de las partes en el uso o no de los pre embriones. Comúnmente en el caso en que la parte quiera evitar la procreación, esta decisión deberá prevalecer, siempre y cuando la otra parte tenga una posibilidad razonable de lograr la paternidad por medios distintos a la procreación científica, en caso de no ser así, se considerara como un argumento a favor del uso de los mismos.

3. Si una de las partes en disputa busca el control de la disposición de los gametos con la intención de simplemente donarlos a otra pareja, la parte objetante tendrá el mayor interés y este prevalecerá.

Si bien esta posición ha sido reiterada y reconocida por los tribunales norteamericanos, con posterioridad encontramos un segundo momento del desarrollo jurisprudencial, el cual podemos reconocer a partir de la sentencia *In Re Marriage of Witten* (Court of Appeals of Oregon, 2008), ya que en esta sentencia se expuso el reconocimiento de tres enfoques planteados para abordar estos conflictos, los cuales constituyen fórmulas de arreglo utilizados en la jurisprudencia. Cabe resaltar que el uso de estas teorías aún se discute hasta la actualidad atrayendo adeptos y contradictores.

El primer método ha sido llamado Enfoque **contractual** o **“the contractual approach”**, el cual es el método más utilizado. Ha sido expresado en sentencias como *Kass v. Kass* (New York Court of Appeals, 1998), *Davis V. Davis* (Supreme Court of Tennessee, 1992), *Litowitz*

v. Litowitz (Washington Supreme Court, 2002), Roman v. Roman (Court of Appeals of Texas, 2006), In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle (Court of Appeals of Oregon, 2008) y Szafranski v. Dunston (Appellate Court of Illinois, 2015) y establece que los contratos celebrados al momento de someterse al procedimiento de fecundación in vitro que tengan relación con la disposición de los embriones criopreservados, serán válidos y consecuentemente ejecutables siempre y cuando no violen las políticas públicas. En caso contrario los acuerdos anticipados no tendrían propósito alguno si solo fueran ejecutables en el caso en que las partes siguieran de acuerdo y por otro lado, en la medida de lo posible, deberán ser los progenitores no el Estado o los tribunales, quienes por su acuerdo previo hacen esta elección de vida profundamente personal.

Existen empero la Suprema Corte de Iowa hace las siguientes críticas a este enfoque:¹⁶

En primer lugar, las decisiones sobre la disposición de embriones congelados involucran derechos fundamentales, de tal importancia, que solo sus titulares ellos tendrán el derecho a tomar decisiones al respecto que vayan acordes a sus deseos, valores y creencias. Segundo, exigir a las parejas que tomen decisiones vinculantes sobre el futuro de sus embriones congelados ignora la dificultad de predecir eventos que alteran la vida, como la paternidad. En tercer lugar, condicionar la prestación del tratamiento de la infertilidad a la ejecución de acuerdos de disposición vinculante es coercitiva y cuestiona la autenticidad de la elección original de la pareja. Y Por último considera que el tratamiento de las decisiones de las parejas como contratos vinculantes socava valores importantes sobre las familias, la reproducción y la fuerza de los lazos genéticos (Supreme Court of Iowa, 2003, In Re Marriage of Witten)¹⁷

Es más en la misma sentencia, la Corte explica esta teoría surge del derecho de los contratos, de donde si bien tiene la ventaja de obligar a las partes a cumplir lo previamente pactado aun cuando sus prioridades cambian maximizando la agilidad de las transacciones comerciales, es inadecuada para gobernar la disposición del material genético, pues la potencialidad de crear vida con el tejido humano requiere que las parejas puedan tomar decisiones al respecto teniendo en cuenta pensamiento y valores actuales¹⁸ (Supreme Court of Iowa, 2003, In Re Marriage Of Witten)¹⁹.

¹⁶ In Re Marriage Of Witten se cita a Carl H. Coleman y su artículo "Procreative Liberty and Contemporaneous Choice: An Inalienable Rights Approach to Frozen Embryo Dispute

¹⁷ "First, decisions about the disposition of frozen embryos implicate rights central to individual identity. On matters of such fundamental personal importance, individuals are entitled to make decisions consistent with their contemporaneous wishes, values, and beliefs. Second, requiring couples to make binding decisions about the future use of their frozen embryos ignores the difficulty of predicting one's future response to life-altering events such as parenthood. Third, conditioning the provision of infertility treatment on the execution of binding disposition agreements is coercive and calls into question the authenticity of the couple's original choice. Finally, treating couples' decisions about the future use of their frozen embryos as binding contracts undermines important values about families, reproduction, and the strength of genetic ties." (In Re Marriage of Witten, 2003)

¹⁸ Entiéndase el término "decisiones actuales" como la posición que adopta una o ambas partes al respecto de continuar o no con el proceso de fecundación *in vitro*, teniendo en cuenta sus situaciones particulares.

¹⁹ "Binding a couple to a prior disposition agreement has its roots in contract law. The primary advantage of treating the disposition of preembryos as a contract dispute is that it binds individuals to previous obligations, even if their priorities or values change. This advantage, while maximizing the efficiency of commercial transactions, is ill-suited to govern the

Como respuesta a estas críticas surgió el **Test de equilibrio o ponderación también llamado “the balancing test”**, este enfoque fue desarrollado en las sentencias J.B v. M.B y Rever v. Reiss, el cual sostiene que en caso de falta de acuerdo entre las partes en cuanto a la disposición de los preembriones, será necesario evaluar los intereses y situaciones de ambas partes buscando encontrar quien tiene mejor derecho. Sin embargo, este test tiene un problema y es su inconsistencia, pues sus detractores sostienen que las políticas públicas no podrán inmiscuirse en la toma de decisiones de la esfera de derechos personales de las personas (Supreme Court of Iowa, 2003, In Re Marriage of Witten), lo cual incluye a las Cortes y Tribunales, al ser una esfera tan emocional e íntima, sin embargo esto es exactamente lo que pasa en el marco del Test de Proporcionalidad ya que son ellas, las Cortes, quienes deben sopesar los intereses relativos de las partes y decidir cuál será la disposición de los pre embriones cuando las partes no pueden ponerse de acuerdo.

Por último, encontramos el llamado **modelo del consentimiento mutuo contemporáneo o the contemporaneous mutual consent model**, concepto analizado y aplicado por la Suprema Corte de Iowa (Sentencia In Re Marriage of Witten, 2003) y por la Corte de apelaciones para el Octavo Circuito (Sentencia Loeb vs. Vergara, 2015). Comparte una premisa subyacente con el enfoque contractual y es que las decisiones sobre la disposición de los embriones congelados pertenecen exclusivamente a la pareja que lo creó, toda vez que los intervinientes se encuentran en de igualdad de condiciones. Siendo así, sus defensores proponen que ningún embrión debe ser utilizado si uno de los donantes cambia de opinión, en otras palabras, si uno de las partes rescinde el acuerdo y el otro no, el principio de consentimiento mutuo no se cumpliría y la decisión de disposición previamente acordada no podría llevarse a cabo, así las cosas, la solución más apropiada consiste en mantener los embriones en su estado actual, es decir congelados o criopreservados. A diferencia de otras soluciones posibles como la adjudicación a una de las partes, la donación o su destrucción, el mantenimiento de los embriones congelados no es definitivo e irrevocable, el preservar su estado hace posible que las partes lleguen a un acuerdo en un momento posterior, permitiendo que estas decisiones que versan sobre asuntos tan emocionales y personales puedan ser reflexionadas y analizadas por las partes, con el fin de llegar a la decisión más adecuada, buscando evitar consecuencias irreversibles para toda la vida como son las que se derivan de la paternidad.

disposition of human tissue with the potential to develop into a child. The potential of the embryo requires that couples be allowed to make contemporaneous decisions about the fate of the embryo that reflect their current values” (In Re Marriage of Witten, 2003)

Una vez realizado este recorrido podemos decir que el análisis contractual y el enfoque de mutuo consentimiento si bien respetan las formalidades, en la cotidianeidad no resultan ser las decisiones más prácticas; por un lado, si bien la firma de un contrato busca asegurar el cumplimiento de obligaciones en un futuro, en los acuerdos de disposición embrionaria hablamos de obligaciones que tienen la potencialidad de alterar el proyecto de vida de una persona, en ese entendido si apelamos al frío cumplimiento de las obligaciones siguiendo la línea más estricta y civilista los Tribunales estarían obligando a una persona a ingresar a una relación jurídica no deseada a través de una sentencia judicial. Ahora bien en cuanto a mantener en el mismo estado al material criopreservados, aunque pareciera una buena idea ya que busca que los involucrados lleguen a una decisión mancomunada, en la realidad solo extiende una situación que además de desgastante, puede llegar a ser irreconciliable entre las partes con todo el desgaste psicológico y económico que aquello implica, pues en la medida en que los involucrados no tomen una decisión los costos derivados de la preservación del tejido humano se seguirán generando. Por otro lado es importante recordar que el derecho de disposición embrionaria al ser considerado como parte del patrimonio de los donantes y consecuentemente propiedad también se rige por la famosa premisa nadie está obligado a permanecer indiviso.

Por lo previamente narrado se considera que el enfoque más razonable para solucionar los conflictos sobre la disposición de los preembriones es el test de proporcionalidad o *Balancing Test*, pues tiene en cuenta la expresión del consentimiento, el motivo que llevó al acuerdo y las circunstancias presentes al momento del conflicto de cada una de las partes, lo cual conduce a un fallo equitativo donde si bien se respeta el derecho a cambiar de intención de los contratantes, también se honra la voluntad expresada y su situación particular, procurando evitar anular o lesionar de manera significativa la autonomía de la voluntad de los involucrados.

3.2.2. Recomendaciones para la correcta expresión del consentimiento de los contratos de control y disposición de preembriones.

Además de las propuestas y enfoques planteados, también encontramos a lo largo de las manifestaciones judiciales varias recomendaciones sobre los requisitos necesarios para que los acuerdos de control y disposición sean exigibles y validos entre los intervinientes, y de igual forma, sirvan de guía para los operadores judiciales al momento de tomar una decisión justa e imparcial. Estos aportes los hemos resumido en cinco aspectos:

- Presunción de validez: A partir de las sentencias Davis vs. Davis (Supreme Court of Tennessee, 1992) y Kass vs. Kass (New York of Appeals, 1998) se considera que estos contratos con el solo hecho de surgir a la vida jurídica se presumen válidos y consecuentemente ejecutables, así las cosas, en caso de objetar su creación recaerá en quien alega esta situación probarlo.

- Expresión clara de la intención de las partes: Al momento de la suscripción del contrato, el acuerdo deberá ser una expresión absolutamente clara de la intención de las partes, de tal forma que cuando se requiera analizar palabras en particular, podrán ser consideradas en contexto a la luz de la obligación en su conjunto y la intención de las partes. (J.B Vs. M.B. Supreme Court of New Jersey, 2001).

- Firma de las Partes: Un requisito necesario para la configuración del consentimiento será la firma de los obligados de tal forma que la existencia del mero documento sin este requisito no constituirá una prueba válida para hacerlo exigible, por tanto en caso de un conflicto, se fallará de acuerdo a los hechos probados en el proceso, entregando la custodia al interviniente que aparente mejor derecho (Court of Civil Appeals of Alabama, Cahill Vs. Cahill, 2000). Solamente en caso de que se aporte prueba en contrario de la voluntad expresada por las partes o que existan situaciones especiales de la pareja que merezcan especial atención por parte de los jueces al momento de tomar la decisión, el acuerdo será dejado como guía o prueba, para fallarse en base a las mencionadas particularidades. (Cahill Vs. Cahill (2000) retomando lo dicho por Kass Vs. Kass(1998))

- Duración: todo acuerdo o formulario de consentimiento deberá consagrar su duración o tiempo de validez. A falta él, no se podrá suponer que los progenitores acordaron que dicho formulario regiría años después de su ejecución, especialmente ante un cambio fundamental de las circunstancias como es el divorcio. (Washington Supreme Court, 2002, Litowitz v. Litowitz) (Superior Court of Pennsylvania , 2012, Rever v. Reiss)

- Claridad: El lenguaje en un contrato debe ser exacto a menos que al hacerlo se altere la intención de las partes. Además se presumirá que la intención de los intervinientes fue darle un efecto a cada clausula estipulada. (Court of Appeals of Texas, 2006, Roman v. Roman) Las contingencias que se busca contrarrestar deberán ser estipuladas con la mayor claridad posible de tal forma que de su lectura sea evidente la intención de las partes. Por ejemplo, no podrán asemejarse figuras como separación y divorcio ya que si bien tienen algo en común como lo es la distancia de la pareja, el divorcio termina una relación jurídica, por ello, no será posible concluir que un acuerdo que contenga una contingencia destinada a regir cuando

ocurra una separación podrá ser aplicada en circunstancia distinta como el divorcio, a menos que se pruebe lo contrario. (Supreme Judicial Court of Massachusetts, 2000, A.Z. Vs. B.Z.)

4. Una guía para el contrato de control y disposición embrionaria para Colombia

Como resultado de esta investigación se extrajeron los requisitos, que se consideraron más relevantes, al momento de crear un contrato control y disposición embrionaria, teniendo en cuenta los aportes jurisprudenciales y normativos de la jurisdicción Colombiana y norteamericana como se resume a continuación:

REQUISITOS DEL CONTRATO DE CONTROL Y DISPOSICIÓN DE EMBRIONES

Jurisdicción colombiana

Jurisdicción Norteamericana

Manifestación del consentimiento por escrito

Requisitos:

- Ser mayor de edad y civilmente capaz al momento de expresar su voluntad;
- Que la donación o autorización de uso del material genético se haga en forma voluntaria, libre y consciente;
- No presentar alteración de sus facultades mentales que puedan afectar la decisión de donar.
- Que la donación no altere la funcionalidad orgánica del donante en vida.

Requisitos:

- Expresión clara e inequívoca de la intención de las partes.
- Firma de las Partes.
- Duración

Análisis de la ejecutabilidad del contrato

En caso de no existir acuerdo entre ellos serían los tribunales de justicia en cada situación, los que resolverán la controversia respectiva, utilizando la ponderación y el análisis fáctico respecto a la posición jurídica concreta de los pre embriones congelados (Corte

La ejecutabilidad del contrato podrá analizarse bajo 3 enfoques, a saber:

- El enfoque contractual (the contractual approach),

<p>suprema de justicia, Sentencia STC 29414 -2017)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● El consentimiento mutuo contemporáneo (the contemporaneous mutual consent model) ● Test de equilibrio o ponderación (the balancing test.)
<p>Análisis de la intensidad de las partes</p>	
<p>No hay normatividad expresa que delimite la precisa materia.</p>	<p>Sera determinable al examinar varios factores objetivamente, entre ellos:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● El lenguaje del acuerdo ● El acuerdo en su conjunto ● El contexto en el cual el acuerdo fue entrado ● La conducta de las partes tras la entrada en el acuerdo ● La razonabilidad de las interpretaciones defendidas por las partes.

(Figura 1: Resumen de requisitos para un acuerdo valido sobre el control y disposición de las células embrionarias resultantes del Tratamiento de Fecundación In Vitro según la jurisprudencia Colombiana y Estadounidense entre 1992 a 2017. Autora: Daniela Alejandra Eraso Urbano)

4.1 Recomendaciones finales

Para la elaboración de los contratos, adicionalmente a lo ya expuesto en la figura 1, se considera que todos los requisitos creados por la jurisprudencia norteamericana deben incorporarse vía contractual a los colombianos, toda vez que plantean aspectos que la normatividad y jurisprudencia nacional aún no han desarrollado y garantizan la seguridad contractual y la protección de los derechos fundamentales de las partes. En este entendido se recomienda que los contratos de control y disposición de preembriones tengan la siguiente estructura:

CLAUSULAS:

PRIMERA CLAUSULA: Identificación de las partes: donde conste el nombre y apellido de las partes, estado civil, fecha de nacimiento con el fin de establecer si son mayores de edad y civilmente capaces al momento de expresar su voluntad.

En este acápite se podrán utilizar dos estructuras de negocio:

a. Contrato de prestación de servicios reproductivos: Este contrato consagrara todo lo relacionado a la prestación del servicio de fecundación in vitro (precio, duración, servicios médicos incluidos) ofrecido por la clínica de fertilidad y los donadores. Pero podrá agregarse a petición de las partes o iniciativa de la clínica, cláusulas referentes al control y disposición de los preembriones, las cuales se entienden como como cláusulas potestativas.

b. Contrato de prestación de servicios reproductivos + contrato de control y disposición de preembriones: También existe la posibilidad de realizar dos documentos separados, en el primero de ellos donde conste la relación jurídica entre la clínica y los donantes y un segundo documento donde solo participan estos últimos y consagran su consentimiento al respecto de contingencias futuras al respecto de la disposición del material genético.

En el escenario donde se opte por utilizar la segunda estructura de negocio es recomendable aclarar que el contrato de control y disposición embrionaria hará parte integrante del contrato principal de prestación de servicios reproductivos.

SEGUNDA CLAUSULA: Declaración de los donantes certificando:

- Que la donación o autorización de uso del material genético se hace en forma voluntaria, libre y consciente;
- Que no presenta alteración de sus facultades mentales al momento de suscribir el contrato.

- Que la donación no altera la funcionalidad orgánica de su cuerpo.

TERCERA CLAUSULA: Duración: todo acuerdo o formulario de consentimiento deberá consagrar su duración o tiempo de validez. A falta él, no se podrá suponer que los progenitores acordaron que dicho formulario tendría validez indefinidamente. Algunos factores que permitan estimar este factor podrán ser el tiempo de duración en relación al costo anual del tratamiento y la capacidad económica de las partes o el tiempo estimado de duración de la situación que motiva a las partes a postergar la paternidad por ejemplo: estudios o trabajo.

CUARTA CLAUSULA: Objeto del contrato: en el desarrollo del contrato LAS PARTES en ejercicio de su derecho a la autonomía reproductiva, acuerdan permitir la extracción y uso de sus células reproductivas para que a través del proceso de fecundación in vitro se logre un embarazo.

QUINTA CLAUSULA: Contingencias futuras, en este acápite su busca contemplar las situación futuras que puedan provocar un cambio de opinión sobre la disposición de los preembriones entre las partes tales como divorcio, separación, muerte, concepción entre otros. Y su correspondiente disposición como donación, destrucción o uso de los mismos en caso de que ocurran. Por ejemplo:

En caso del inicio de un proceso de liquidación de sociedad conyugal los preembriones criopreservados en la Clínica X serán – donados a una pareja o a la clínica para investigación, destruidos-.

SEXTA CLAUSULA: Firma de las partes: En Colombia podrá ser firma manuscrita o firma digital²⁰, la cual tendrá la misma fuerza si incorpora los requisitos establecidos en el artículo 527 de 1997, los cuales son:

- a. Es única a la persona que la usa.
- b. Es susceptible de ser verificada.
- c. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
- d. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.

²⁰ Según el artículo 2 de la ley 527 de 199 define la firma digital como: un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación;

En cuanto al uso de la firma electrónica para acreditar este “requisito quedara cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan confiable como apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje” (Ministerio de comercio, industria y turismo, decreto 2364 de 2012) y será válida siempre y cuando cumpla con el requisito 4 del decreto 2364 de 2012, a saber:

a. Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante.

b. Es posible detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma.

CONCLUSIONES

El uso de las técnicas de reproducción asistida como la fecundación in vitro son prácticas cada vez más usuales alrededor del mundo incluido Colombia donde existen numerosas clínicas que ofrecen estos servicios a usuarios nacionales e internacionales. A pesar de ello en el país no se han evidenciado esfuerzos legislativos por regular la materia, a pesar que por el congreso de la republica han cursado varios proyectos de ley que han intentado regular o, al menos, dictar pautas sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida, han pasado desapercibidos en sus correspondientes periodos legislativos, dejando en manos de la ciencia médica la garantía y protección de los derechos reproductivos de los colombianos. Ante este olvido estatal, han sido los administradores de justicia quienes se han visto en la tarea de solucionar disputas en ausencia de una guía haciendo uso de recursos jurídicos como el silogismo, de donde la interpretación normativa ha llevado a respaldar estos procedimientos en las normas relativas a la disposición de componentes anatómicos tal como el Decreto 1546 de 1998. No obstante, esta regulación que podemos llamar “de contingencia” se torna insuficiente ante la innumerable cantidad de conflictos que se pueden suscitar de esta práctica, como la disposición de los embriones excedentes resultantes de la fecundación in vitro, pues si bien encontramos regulación al respecto de cómo manifestar el consentimiento de los donantes de material genético, no existe una norma expresa o similar que pueda guiar la solución de un conflicto al respecto de la disposición del mismo, es más, tampoco existen manifestación jurisprudenciales en la materia, pese a que la Corte Constitucional ha sido abanderada en la protección de los

derechos sexuales y reproductivos de las personas, como en materia de aborto con la sentencia C – 355 de 2006, resulta innegable que se ha dejado de lado la defensa de los derechos de autodeterminación reproductiva para quienes buscan procrear, olvidando que los derechos reproductivos deben ser examinados desde la perspectiva de derechos humanos y equidad social.

Podemos decir que este descuido de nuestro ordenamiento se ha basado en la lógica reguladora que por años ha justificado la falta de técnica legislativa, bajo el conocido brocardo: *Permittitur quod non prohibetur*²¹ dejando que los fenómenos sociales se desarrollen sin limitación legal alguna hasta el momento en que exista una conmoción social y se proponga una reforma legal posterior al problema como la solución a “la leche derramada”.

La jurisdicción norteamericana ha sentado un precedente desde 1992 que ha permitido guiar, complementar y analizar las pautas para realizar un acuerdo de control y disposición embrionaria válido y consecuentemente ejecutable. De igual forma estas directrices han permitido a los administradores de justicia analizar de mejor manera a quien la corresponde la titularidad del derecho de disposición de los embriones teniendo en cuenta las causas que originaron el acuerdo y las circunstancias personales presentes al momento del conflicto, pues partiendo del hecho de que cada uno de los donantes es titular del derecho de disposición de los embriones congelados, se hace necesario estudiar si existen factores determinantes en el cambio de postura de las partes, tales como enfermedades, acuerdos no mencionados o la existencia de una nueva relación conyugal que lleven no solo al enfrentamiento de las partes sino también a inclinar la balanza hacia una u otra parte al momento de fallar toda vez que sea cual sea la postura que tomará el juez tendrá la potencialidad de afectar de manera irremediable y absoluta el plan de vida de los intervinientes pues tendrá la virtualidad de involucrarlos en una relación jurídica sea deseada o no.

Por último, se comparte la conclusión obtenida por Hele S. Shapo en su artículo “Frozen pre-embrios and the right to change one’s mind” (2002) donde presagia que

los Tribunales seguirán avanzando a través de un camino incierto, sin analogías adecuadas a través de los complejos problemas creados por la biología, la tecnología y las emociones

²¹ Se presume que está permitido lo que no está prohibido.

humanas. Aunque el derecho contractual parece proporcionar una solución brillante, las parejas que se embarcan en técnicas de reproducción asistida enfrentan prácticas anticontraeriales especiales, pues, las premisas usuales de negociación, eficiencia y la racionalidad en general no son válidas para quienes se embarcan en un programa de fecundación in vitro. (...) Solamente podemos predecir que los tribunales continuarán buscando una teoría más coherente y equitativa durante algunos años” (p.23).²²

REFERENCIAS

- Beatty G. William, (2015). *The continuing controversy over custody rights to frozen embryos in Illinois*. [Entrada de blog] Recuperado de <http://johnsonandbell.com/alerts-blog/health-care/continuing-controversy-custody-rights-frozen-embryos-illinois/>
- Bohórquez, Bohórquez, J. (2011) Diccionario jurídico colombiano. Editorial jurídica nacional.
- Colombia. Congreso de la Republica. (1887, agosto 15) ley 153 de 1887, Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.
- Colombia. Corte Constitucional. (2006, mayo 10). Sentencia C- 355 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. (2009, octubre 15) Sentencia T-732 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia. Corte Constitucional. (2009, diciembre 18). Sentencia T - 968 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia. Corte Constitucional. (2016, junio 22) Sentencia C – 327 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (2017, diciembre 6). Sentencia STC 20614 – 2017. M.P. Margarita Cabello blanco.

²² “It appears that courts will continue to walk an uncertain path without adequate analogies through the complex problems created by biology, technology, and human emotions. Although contract law seems to provide a bright-line solution, couples who embark on ART face special anti-contractual pressures. The usual premises of bargaining, efficiency, and rationality generally do not hold for people embarking on a program of IVF.. (...) One can only predict that courts will continue to search for a more coherent and equitable theory for some years to come.

- Colombia, Ministerio de comercio, industria y comercio. (2012, noviembre 22). Decreto 2364 de 2012. "Por medio del cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones.
- Colombia. Presidencia de la Republica. (1989, junio 6). Decreto 1172 de 1989. Por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a la obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición de órganos o componentes anatómicos y los procedimientos para trasplantes de los mismos de los mismos en seres humanos, así como la Ley 73 de 1988. Junio 6.
- Colombia. Presidencia de la Republica. (1998, agosto 4). 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.
- Colombia. Presidencia de la Republica. (1998, agosto 18) Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.
- Gabardi.M, (2010) Embriones humanos: entre el vacío legal y la desmedida manipulación, Tesis de pregrado, Universidad de Belgrano, Buenos aires, Argentina.
- Gaceta del Congreso No. 713 de 2017. Proyecto de ley No. 88 de 2017 – “Ley Lucia”. Congreso de la Republica de Colombia, Bogotá Colombia, 18 de agosto de 2017.
- Herrera Vacaflor, C. Hevia, M. (2012). *The Legal Status of In Vitro Fertilization in Latin America and the American Convention on Human Rights*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30529.pdf>”
- Lamm, E. (2012) La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24 (1). 76-91.
- Lara, S & Naranjo, K. (2007) *Disponibilidad de los embriones crioconservados*. Recuperado de

http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112930/de-lara_s.pdf?sequence=1

- Luna F. (2013) Infertilidad en Latinoamérica. En busca de un nuevo modelo. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 28, p. 33-47.
- López de Armas, K & Amado Amado, C. (2014). Determinación de la Filiación Materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. *Revista de Derecho Privado No* 52 (1).
- Molina, I. Rodríguez, N. (s.f.) Los retos constitucionales en la protección del concepto de familia plural: qué decir frente a la homoparentalidad por reproducción asistida en Colombia. N/A.
- Proyecto de ley No. 109 de 2013 – “Ley Sara”. Cámara de Representantes de Colombia, Bogotá, Colombia. 26 de septiembre de 2013.
- Raposo, L. V. (Noviembre 19 de 2008.). *De quien es este embrión? El poder de disposición de los embriones sobrantes*. Recuperado de <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/26246/1/articulo5.pdf>
- Shapo, H. (2002). *Frozen Pre-Embryos and the Right To Change One’s Mind*, 12 *Duke Journal of Comparative & International Law*. Recuperado de: <https://scholarship.law.duke.edu/djCIL/vol12/iss1/3>
- United States. Appellate Court of Illinois, (2015, junio 12). *Szafranski v. Dunston*
- United States. First District, Second Division, (2013, junio 18). *Szafranski v. Dunston* Segunda instancia.
- United States Eastern District of Louisiana (2017, agosto 25) *Emma and Isabella trust Vs. Sofía Vergara*.
- United States. New York Court of Appeals (1998, mayo 7). *Kass V. Kass*.
- United States. Superior Court for the eighth circuit. (2015, junio 21). *Loeb v. Vergara*
- United States. Superior Court of Pennsylvania. (2012, abril 11). *Reber v. Reiss*
- United States. Supreme Court of Iowa. (2003, diciembre 17). *In Re Marriage of Witten*
- United States. Supreme Court of New Jersey. (2001, agosto 14). *JB v. MB*
- United States. Supreme Court of Tennessee. (1992, junio 1). *Davis v. Davis*
- United States. Supreme Judicial Court of Massachusetts. (2000, marzo 31). *AZ v. BZ*
- United States. Court of Appeals of Texas (2006, febrero 9). *Roman V. Roman*.

United States. Court of Civil Appeals of Alabama. (2000, enero 14). Cahill V. Cahill

United States. Court of Appeals of Oregon. (2008, octubre 8). In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle.

United States. Washington Supreme Court. (2002, junio 13). Litowitz v. Litowitz.

Valencia, P. Valencia I. (s.f.) Historia del desarrollo de la fertilización in vitro. Recuperado de http://redlara.com/aa_espanhol/database_livros_detalhes2.asp?cadastroid=131