

EL DERECHO NACIENTE SOBRE AQUELLO QUE AÚN NO HA NACIDO i

**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 PREEMBRIONES.**

DANIELA ALEJANDRA ERASO URBANO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO**

2018

**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 PREEMBRIONES.**

DANIELA ALEJANDRA ERASO URBANO

**Trabajo de grado modalidad artículo científico presentado como requisito para optar al
título de Abogada**

Asesor:

Mg. OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO**

2018

Nota de Responsabilidad

Las ideas y conclusiones aportadas en este Trabajo de Grado son Responsabilidad de los autores.

Artículo 1 del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanado por el Honorable Concejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

Director

Manuel Antonio Coral

Jurado

Manuel Gustavo Díaz

Jurado

San Juan de Pasto, Mayo de 2018

Agradecimientos

A Mariela, Octavio y Juan Diego por su amor, comprensión, apoyo constante.

A Felipe mi mejor amigo, mi hermano.

A Santiago por hacer la vida volar.

Contenido

	Pág.
Introducción	10
1. Metodología	12
2. La disposición de preembriones en Colombia: en búsqueda de un marco legal.	13
2.1 ¿Sobre qué tipo de relación contractual se está hablando?	13
3. Un salvavidas: Nuevos escenarios y técnicas argumentativas en la jurisprudencia norteamericana.....	19
3.1. Las fuentes del conflicto	19
3.1.1 <i>El objeto del contrato</i>	19
3.1.2 <i>La causa y la expresión del consentimiento como condiciones fundamentales de la ejecutabilidad del contrato</i>	23
4. Una guía para el contrato de control y disposición embrionaria para Colombia.....	31
5. Conclusiones	37
6. Recomendaciones para la elaboración de los contratos sobre el control y disposición de material genético	40
Referencias Bibliograficas	42

Lista de Tablas

	Pág.
Tabla 1. Enfoques utilizados por las Cortes de Apelación y Distrito de los Estados Unidos en las sentencias sobre conflictos de control y disposición de preembriones desde el año 1992 al 2017.	29
Tabla 2. Requisitos del contrato de control y disposición de embriones	32

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, preembrión, 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 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.

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

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 primaria* o secundaria** y también para aquellos hombres y mujeres que han decidido postergar la paternidad. Este procedimiento 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).

En la prestación de este servicio todos los esfuerzos se han volcado en la creación y perfeccionamiento de los contratos escritos que rigen la relación entre los donantes de gametos y la clínica de fertilidad, en la cual se consagra los derechos y obligaciones de ambas partes tales como: costos de almacenamiento, duración y pormenores del procedimiento. Pero se ha olvidado analizar el vínculo particular entre los donantes respecto del control y disposición de los preembriones, ante sucesos futuros como el divorcio, muerte, incapacidad o el simple cambio de opinión respecto del destino y uso de ellos.

Esta situación se ha convertido en una bomba de tiempo en Colombia, pues en el país existe un amplio portafolio de clínicas que prestación servicios de reproducción asistida desde hace varios años,*** pero no cuentan con una ley particular que regule la relación contractual entre

* “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)

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

*** En el país existen más de 16 clínicas a lo largo y ancho del país que ofrecen servicios de fecundación in vitro, algunas como la clínica “Eugin” prestan sus servicios desde el año 1999 hasta la actualidad.

los donantes, lo cual los vuelve vulnerables a conflictos al respecto de la custodia de los preembriones.

Es por ello que el presente artículo buscará conocer la normatividad existente en Colombia que permita guiar la elaboración de los contratos de control y disposición de preembriones embrionaria y de igual identificar los criterios para dormir los conflictos sobre su destino. Posteriormente se procederá a hacer un análisis jurisprudencial de las sentencias de Cortes de Distrito y de Apelación de los Estados Unidos que han abordado estos conflictos, esto con el fin de conocer cuáles son sus principales causas y los enfoques jurídicos que han permitido resolverlos. Por último, se organizarán los aportes jurídicos realizados por ambas jurisdicciones en materia contractual con el fin de elaborar una guía que establezca los requisitos, que se consideran más relevantes para la creación de un contrato control y disposición embrionaria.

1. Metodología

La metodología de esta investigación es de carácter teorico-juridico por cuanto es una aproximación a la fundamentación de la teoría del derecho expresada en la normatividad y la jurisprudencia Constitucional respecto de la disposición de los preembriones producto del proceso de fecundación in vitro, en el ordenamiento jurídico Colombiano e Internacional. Pero también es una investigación inductiva, debido a que parte del análisis particular sobre las teorías que giran entorno a la disposición del material genético Además es una investigación exploratoria ya que al revisar los últimos avances en la materia, encontramos un número restringido de estudios o antecedentes que manejan como tema central la determinación de disposición del no nacido o pre embrión en el escenario constitucional.

2. La disposición de preembriones en Colombia: en búsqueda de un marco legal.

2.1 ¿Sobre qué tipo de relación contractual se está 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 embrionario los cuales gobiernan la relación entre los donantes de células sexuales reproductivas en todo lo correspondiente al uso y destino del material genético. Este acuerdo consensual puede ser verbal o escrito y se considera que puede estructurarse de dos formas, a partir de lo cual podrá catalogarse como principal o accesorio. El primer caso se puede presenta cuando la regulación del servicio de fecundación *in vitro* y el acuerdo particular entre los donantes estén contenidos en un solo documento o clausulado uniforme. En tanto que el segundo caso puede ocurrir cuando cada relación está regulada en un contrato independiente. Cabe resaltar que en este último escenario el acuerdo entre los donantes se convierte en un contrato accesorio del contrato con la clínica de reproducción asistida, pues sin la prestación del servicio de reproducción asistida el contrato de disposición de preembriones no será ejecutable en ningún momento.

En relación a la utilidad que obtienen las partes de la celebración del contrato, se puede decir que la relación entre la clínica y los donantes será considerada como bilateral y conmutativa, pues la prestación del servicio de fecundación *in vitro* y criopreservación del material genético se realiza a cambio de una contraprestación monetaria a cargo de los donantes. En tanto que el acuerdo entre los donantes será considerado como unilateral y gratuito, ya que las partes

disponen de su material genético sin espera de una contraprestación más que la satisfacción de comenzar el procedimiento de fecundación *in vitro*.

2.2 La disposición de preembriones en la normatividad colombiana.

Es un hecho innegable que la fecundación *in vitro* ha generado una revolución científica* que ha permitido garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las personas desde su creación en 1978. En Colombia esta acogida ha provocado el surgimiento de numerosas clínicas especializadas en estos servicios** a lo largo y ancho del país que le han dado la oportunidad a la población infértil en el país poder cumplir su sueño de tener una familia. Sin embargo, es escalofriante mencionar que todos estos usuarios se encuentran desprotegidos legalmente, puesto que, al hacer un recorrido normativo en el país, no es posible encontrar una disposición directamente aplicable; lo cual ha dejado en manos de las ciencias médicas, además de la garantía de las intervenciones, la protección, cuidado y guía de las relaciones contractuales derivadas de estos procedimientos.

No obstante, lo anterior, es dable mencionar que desde el año 2000 hasta el 2018 han ocurrido seis iniciativas legislativas*** que han buscado reglamentar aspectos relacionados con la

* “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)

** 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*.

*** Desde el año 2000 a la actualidad se han presentado varias iniciativas legislativas que han buscado regular los procedimientos de reproducción asistida y el procedimiento de fecundación *in vitro*, los cuales son: Proyecto de ley número 45 de 2000, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, Proyecto de ley número 029 de 200, 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 Lucía” por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial y se dictan otras disposiciones.

reproducción asistida y la fecundación *in vitro*, pero solo se han quedado en eso: intentos. Ante esta laguna legislativa la Corte Suprema de Justicia lanzo un salvavidas en la sentencia STC 20614 DE 2017, al reconocer que estos procedimientos encuentran sustento en el artículo 42 de la Constitución Nacional, sin embargo, también admite que en el país:

No hay delimitación legal sobre el derecho de disponer de los preembriones congelados sobrantes, su posible condición y naturaleza, para efectos de futuras fertilizaciones. Empero, no puede perderse de vista que, en aras de regular tal asunto, si bien no con rotunda especificidad, existe obra normativa patria e internacional que ayuda a dar luces para buscar las soluciones que puedan surgir en derredor de dicha temática (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC 20614 – 2017. M.P. Margarita Cabello)

Según lo anterior, dispone que el Decreto 1546 de 1998 que adopta las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de biomedicina reproductiva, centros o similares,

Es compendio legal que, grosso modo, posibilita la criopreservación de preembriones y el correspondiente ajuste de contratos por parte de quienes anhela utilizar sus servicios en materia reproductiva sirviéndose de los tratamientos de fertilización a través de preembriones congelados, definatorios de todo lo correspondiente a la suerte del embrión y las posibles consecuencias por diferencias futuras en la pareja” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC 20614 – 2017. M.P. Margarita Cabello)

Es importante mencionar que este Decreto 1546 de 1998 se encuentra derogado por la el Decreto 2493 de 2004, por lo cual se procederá a mencionar los artículos aplicables en la materia en relación a sus disposiciones.

En relación a la creación de acuerdos sobre la donación de material genético, el Decreto 2493 de 2004 consagra en su artículo 16 los requisitos necesarios para autorizar su uso, sin embargo

en su mayoría dispone aspectos técnicos como la necesidad de un concepto médico acreditando, buen estado de salud o la existencia de consentimiento informado expreso con un término mínimo entre la firma del documento y la extracción del órgano de 24 horas del proceso de extracción del donante, los cuales se considera no son necesarios para expresar la voluntad al respecto del destino de los preembriones, si no al momento de someterse a la prestación del servicio de fecundación *in vitro*, puesto que el centro de reproducción asistida por su especialidad es la llamada a acreditar y revisar idoneidad de los mismos, lo cual además permite garantizar el buen desarrollo del proceso de reproducción asistida.

En ese sentido se considera que el párrafo 1.A del mencionado artículo parcialmente contempla requisitos a tener en cuenta para el momento de expresar cualquier decisión al respecto del destino de los preembriones, el cual menciona: “Artículo 16, (...) 1.A Que el donante sea mayor de edad, no se encuentre en estado de embarazo, sea civilmente capaz, goce de plenas facultades mentales”

Por otro lado se considera que los demás requisitos contemplados en dicho artículo, dificultarían el ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva y el derecho a la paternidad condicionando valores importantes como la alegría de llegar a ser padre o la importancia de los lazos familiares a, por ejemplo, la necesidad de un concepto médico acreditando buen estado de salud o la existencia de consentimiento informado expreso con un término mínimo entre la firma del documento y la extracción del órgano de 24 horas del proceso de extracción del donante, por mencionar algunos requerimientos; por estos motivos se considera que no son determinantes en la expresión de la voluntad del destino del material genético. No obstante, si se recomienda su estipulación a la hora de elaborar los contratos entre la clínica y los donantes.

Por otro lado, es importante mencionar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia STC 20416 -2017 al respecto de los contratos de control y disposición de preembriones:

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).

Así las cosas, se considera que la elaboración de estos contratos deberá seguir los requisitos para que un contrato válido consagrado en el artículo 1502 del Código Civil Colombino, a saber:

- a. Que sea legalmente capaz
- b. Consentimiento
- c. Objeto lícito
- d. Causa Lícita

Cabe señalar que en lo atinente a la prevención y resolución de conflictos sobre la disposición de los preembriones sobrantes en Colombia, la Corte suprema de Justicia no hizo mención de norma al respecto, por lo que tomo cartas en el asunto como una forma de 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). Agregando 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 la posición jurídica concreta de los preembriones congelados” (Corte Suprema de Justicia, sentencia No. STC 20614-2017)

Expresado de otro modo el destino de los preembriones siempre será determinado por los donantes y solo en caso de diferencias irreconciliables, esta responsabilidad se trasladará a los jueces.

En suma, se puede decir que las técnicas de reproducción asistida entre las que se encuentra la fecundación *in vitro*, tiene su sustento constitucional en el artículo 42 de la constitución nacional, sin embargo, la creación normativa y jurisprudencial al respecto es escasa por no decir insuficiente, lo cual ha provocado que los cumplimientos de las obligaciones derivadas de estos procedimientos queden a la libertad de las partes.

Ante esta situación, se vio la necesidad de analizar jurisprudencia de ordenamientos jurídicos foráneos donde existan manifestaciones sobre la solución de conflictos derivados de los acuerdos de disposición de preembriones que permitan enriquecer el conocimiento adquirido hasta el momento. Así las cosas, se optó por estudiar los fallos 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. 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.

3.1. 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 donde se obtuvo que las principales causas de conflicto versan sobre:

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

3.1.1 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 continuó analizando que cuando una pareja decide someterse al proceso de fecundación *in vitro*, se entiende que están ejerciendo el derecho a la paternidad en su esfera positiva. En ese entendido analizan una segunda arista la cual busca develar cuál 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 padres,* 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 más, en la sentencia *In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle* (2008), la Corte de Apelaciones del Estado de Oregón declaro que de este objeto surge el derecho de disposición sobre los preembriones del cual son titulares los donantes y este derecho hace parte del patrimonio de las partes, lo cual lo hace susceptible de división y adjudicación.**

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

* Texto original: "that preembryo 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." (Supreme Court of Tennessee, *Davis v. Davis*, 2002)

** Texto original: "the contractual right to possess or dispose of the frozen embryos is personal property that is subject to a "just and proper" division " (Court of Appeals of Oregon, *In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle*, 2008)

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 en estos casos,* 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

* Texto original: “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. (Court of Appeals of Oregon, In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle, 2008)

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.

3.1.2 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 objeto y la causa del contrato. El primero de ellos según el doctor Jesús Vallejo Mejía se refiere a “la prestación que debe realizar la parte obligada y que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.”(Diccionario jurídico colombiano, 2011). En tanto que el segundo, según el doctor Fernando Barrilero, consiste en “la representación del fin que determina a las partes a celebrar un negocio jurídico” (Diccionario jurídico colombiano, 2011). 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.

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 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 se encontró un segundo momento del desarrollo jurisprudencial, el cual se puede 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)*, *AZ v. BZ (Supreme Judicial Court of Massachusetts, 2000)*, *Cahill v. Cahill (Court of Civil Appeals of Alabama, 2000)* *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) *Szafranski v. Dunston* (*Appellate Court of Illinois*, 2013), 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:*

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. (*In Re Marriage of Witten*, 2013)**

* En la sentence *In Re Marriage Of Witten* la Suprema Corte de Iowa cita el artículo "*Procreative Liberty and Contemporaneous Choice: An Inalienable Rights Approach to Frozen Embryo Dispute*". del autor Carl H. Coleman.

** Texto original: "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

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 actuales* (In Re Marriage Of Witten, 2013).**

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 (In Re Marriage of Witten, 2003), 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.

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” (Supreme Court of Iowa, In Re Marriage Of Witten, 2013).

* 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.

** Texto original: “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 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, 2013).

Por ultimo está el llamado **modelo del consentimiento mutuo contemporáneo o *the contemporaneous mutual consent model***, concepto analizado y aplicado por la Suprema Corte de Iowa en la sentencia *In Re Marriage of Witten* (2003) y por la Corte de apelaciones para el Octavo Circuito en la *Sentencia Loeb v. 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 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.

Tabla 1.

*Enfoques utilizados por las Cortes de Apelación y Distrito de los Estados Unidos en las sentencias sobre conflictos de control y disposición de preembriones desde el año 1992 al 2017**

<i>Contractual approach</i>	<i>Balancing Test</i>	<i>Contemporaneous mutual consent modelo</i>
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Davis v. Davis (1992)</i> • <i>Kass v. Kass (1998)</i> • <i>Cahill V. Cahill (2000)</i> • <i>AZ v. BZ (2000)</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>JB v. MB (2001)</i> 	
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Litowitz v. Litowitz (2002)</i> 		<ul style="list-style-type: none"> • <i>In Re Marriage of Witten (2003)</i>
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Roman v. Roman (2006)</i> • <i>In the Matter of the Marriage of Dahl and Angle (2008)</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Reber v. Reiss (2012)</i> 	
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Szafranski v. Dunston (2013)</i> 		<ul style="list-style-type: none"> • <i>Loeb vs. Vergara (2015)</i>
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Szafranski v. Dunston (2015)</i> 		

Fuente. Este estudio

Una vez realizado este recorrido se puede afirmar 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

* Es importante aclarar que la sentencia *Emma and Isabella trust v. Sofía Vergara* proferida por el Eastern District of Louisiana el 25 de agosto de 2017, si bien aborda el conflicto de disposición de preembriones, pero fallo se centró en analizar si existía jurisdicción personal entre las partes más no a respecto del conflicto. Así las cosas estipulo la demandada Sofía Vergara, tenía contactos esporádicos con el estado y que el demandante, es decir el fideicomiso a nombre de los preembriones llamados “Isabela and Emma” fueron creados bajo un contrato para someterse al procedimiento de fecundación in vitro firmado en el Estado de California,. Además, en el mismo se invoca a las leyes del Estado de California como aquellas que regularían cualquier litigio derivado de él. En ese entendido el el Eastern District of Louisiana declara que no tiene jurisdicción sobre el asunto.

cumplimiento de obligaciones en un futuro, en los acuerdos de disposición embrionaria se habla de obligaciones que tienen la potencialidad de alterar el proyecto de vida de una persona, en ese entendido si se apela 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.

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:

Tabla 2.***Requisitos del contrato de control y disposición de embriones***

Jurisdicción colombiana	Jurisdicción Norteamericana
Manifestación del consentimiento por escrito	
<p>Requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ser civilmente capaz al momento de expresar su voluntad; - Que se consienta el uso del material genético de forma voluntaria, libre y consciente o en otra palabra sin adolecer de vicios. - Objeto lícito del contrato - Causa lícita del contrato 	<p>Requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Expresión clara e inequívoca de la intención de las partes. - Firma de las Partes. - Duración
Análisis de la ejecutabilidad del contrato	
<p>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 suprema de justicia, Sentencia STC 29414 -2017)</p>	<p>La ejecutabilidad del contrato podrá analizarse bajo 3 enfoques, a saber:</p> <ul style="list-style-type: none"> - The contractual approach, - The contemporaneous mutual consent model) - Balancing test.)

Análisis de la intensión de las partes	
No hay normatividad expresa que delimite la precisa materia.	<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.

Fuente. Este estudio

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 clausulas como las siguientes:

- 1) **Cláusula de 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.
- 2) **Cláusula de identificación del tipo de estructura contractual:** Como se mencionó previamente se podrán utilizar dos estructuras para elaborar el acuerdo:

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 este escenario es recomendable aclarar que el contrato de control y disposición embrionaria hará parte integrante del contrato principal de prestación de servicios reproductivos.

3) Cláusula declarativa: Siguiendo lo estipulado por el decreto 1546 de 1998 es necesario que los donantes certifiquen

- 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.

4) Cláusula de duración: Todo acuerdo o formulario de consentimiento deberá consagrar su tiempo de vigencia. 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.

- 5) **Clausula sobre el objeto contractual:** En el desarrollo del contrato y ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva y a formar una familia, las partes, deben consagrar que acuerdan permitir la extracción y uso de sus células reproductivas para que a través del proceso de fecundación *in vitro* se logre un embarazo o llegar a la paternidad.
- 6) **Cláusula de contingencias:** en este acápite su busca contemplar las situaciones 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 de que inicie un proceso de liquidación de sociedad conyugal los donantes disponen que la Clínica X done pareja, utilice para investigación – destruya- o permita el uso para una de las partes de los embriones criopreservados.
- 7) **Clausula sobre firma de las partes:** En Colombia podrá ser firma manuscrita o firma digital,* la cual tendrá la misma fuerza si incorpora los requisitos establecidos en el artículo 527 de 1997, los cuales son:

* Según el artículo 2 de la ley 527 de 1997 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;

- 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.

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.

5. Conclusiones

El uso de las técnicas de reproducción asistida como la fecundación *in vitro* son prácticas cada vez más utilizadas alrededor del mundo incluido Colombia, donde existen numerosas clínicas que ofrecen estos servicios a usuarios nacionales e internacionales. Sin embargo, aun con esta gran acogida, en el país no se han evidenciado esfuerzos legislativos contundentes por regular la materia. Por el contrario, a pesar que han ocurrido varios intentos por regular la materia por el Congreso de la República, estos han pasado desapercibidos. Lo cual ha provocado el surgimiento de una laguna legislativa en materia de garantía y protección de los derechos reproductivos de los colombianos que sufren de infertilidad, pues no existe ningún marco legal que exija a las clínicas de reproducción asistida parámetros claros para la prestación de estos servicios y que además limite sus obligaciones y derechos para con los usuarios.

Ante este olvido estatal, la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de analizar un marco legislativo nacional y dictar algunas pautas que permitan crear de mejor manera los contratos de disposición de preembriones y solucionar los conflictos derivados de ellos. En este sentido la analogía jurídica se ha convertido en su respaldo principal al disponer que las normas relativas a la disposición de componentes anatómicos como el Decreto 1546 de 1998 y el Decreto 2394 de 2004 serán las aplicables en la materia.

En vista de este vacío normativo, el análisis de ordenamientos jurídicos foráneos puede dar luces al respecto de esta situación. En la materia de estudio ha sido la jurisdicción norteamericana la cual ha abordado varios casos en la materia, de donde es dable afirmar que, desde 1992 a la actualidad, ha analizado de manera más profunda las fuentes del conflicto y distintos enfoques para solucionarlos. Así ha establecido que la titularidad del derecho de disposición de los embriones recae sobre los donantes de material genético, pero al momento de

adjudicarse a una de las partes según sus situaciones particulares se deberá analizar las causas que originaron el acuerdo y la existencia de factores determinantes en el cambio de postura de las partes, tales como enfermedades, acuerdos no mencionados o la existencia de una nueva relación conyugal, con el fin de inclinar la balanza hacia una u otra parte.

En vista de lo anterior se considera necesario incorporar los adelantos realizados por la jurisprudencia norteamericana vía contractual con el fin de complementar la normatividad colombiana, buscando proteger y garantizar de mejor manera los derechos sexuales y reproductivos de las personas y el derecho fundamental a crear una familia.

La defensa de los derechos sexuales y reproductivos ha volcado todos sus esfuerzos en garantizar el derecho a no procrear, podemos encontrar varios grupos sociales y académicos quienes apoyan el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o por conseguir la gratuidad y universalidad de los métodos de planificación familiar, las cuales son luchas muy justas. Pero es momento de detenernos a reflexionar, es tiempo de empezar a ver estos derechos desde una visión más real, integral y de justicia social, donde se incluya la protección de aquellas personas que buscan formar una familia, pero que por distintos motivos no pueden hacerlo. Si estamos buscando la protección de la libertad de elección por que olvidamos a aquellos que quieren de forma responsable crear vida

Se considera que el enfoque más razonable para disponer sobre los preembriones es el uso del test de proporcionalidad o *Balancing Test*, ya que la mejor forma para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las partes es tener en cuenta los aspectos que llevaron a la creación del acuerdo pero también las circunstancias presentes que tienen la potencialidad de alterar la decisión sobre el uso del material genético. Pues el restringir la decisión de las partes sin tener en

cuenta el derecho a cambiar de opinión de las partes, o también el derecho a decidir no ser padre, lesiona de manera significativa la autonomía de la voluntad de los involucrados.

6. Recomendaciones para la elaboración de los contratos sobre el control y disposición de material genético

Además de las propuestas y enfoques planteados, también se encuentra a lo largo de las manifestaciones judiciales varias recomendaciones sobre los requisitos necesarios para que los acuerdos de control y disposición sean exigibles y válidos 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 se resumen en cinco aspectos:

- Presunción de validez: A partir de las sentencias *Davis v. Davis* (1992) y *Kass v. Kass* (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.* 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 (*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 de 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. (*Litowitz v. Litowitz, 2002*) (*Rever v. Reiss, 2012,*)
- 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. (*Roman v. Roman, 2006,*) 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. (*A.Z. Vs. B.Z. 2000*)

Referencias Bibliograficas

- 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. (Agosto 15 de 1887) 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. (mayo 10 de 2006). Sentencia C- 355 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Colombia. Corte Constitucional. (Octubre 15 de 2009) Sentencia T-732 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- Colombia. Corte Constitucional. (Diciembre 18 de 2009). Sentencia T - 968 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa
- Colombia. Corte Constitucional. (junio 22 de 2016) Sentencia C – 327 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (Diciembre 6 de 2017). Sentencia STC 20614 – 2017. M.P. Margarita Cabello blanco
- Colombia, Ministerio de comercio, industria y comercio. (22 de noviembre de 2012). 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. (Agosto 4 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.

Colombia. Presidencia de la Republica. (18 de agosto de 1998) 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.

Colombia. Presidencia de la Republica. (5 de agosto de 2004). Decreto 2394 de 2004. Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos.

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 Vacafior, 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 criopreservados*. 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, (Junio 12 de 2015). *Szafranski v. Dunston*

United States. Appellate Court of Illinois, (18 de junio de 2013). *Szafranski v. Dunston* Segunda instancia.

United States Eastern District of Louisiana (25 de agosto de 2017) *Emma and Isabella trust* Vs. *Sofía Vergara*.

United States. New York Court of Appeals (Mayo 7 de 1998). *Kass V. Kass*.

United States. Superior Court for the eight circuit. (Junio 21 de 2015). *Loeb v. Vergara*

United States. Superior Court of Pennsylvania. (Abril 11 de 2012). *Reber v. Reiss*

United States. Supreme Court of Iowa. (Diciembre 17 de 2003). *In Re Marriage of Witten*

United States. Supreme Court of New Jersey. (Agosto 14 del 2001). *JB v. MB*

United States. Supreme Court of Tennessee. (Junio 1 de 1992). *Davis v. Davis*

United States. Supreme Judicial Court of Massachusetts. (Marzo 31 del 2000). *AZ v. BZ*

United States. Court of Appeals of Texas (Febrero 9 de 2006). *Roman V. Roman*.

United States. Court of Civil Appeals of Alabama. (Enero 14 del 2000). *Cahill V. Cahill*

United States. Court of Appeals of Oregon. (Octubre 8 de 2008). *In the Matter of the Marriage of*

Dahl and Angle

United States. Washington Supreme Court. (Junio 13 de 2002). *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