	<b>UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA</b>			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A
Dependencia	Aprobado		Pág.	
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADEMICO		i(54)	

## RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	<b>GEOVANNY ANDRÉS CASTRO HERRERA SANDRA MILENA SILVA BERMUDEZ</b>		
FACULTAD	<b>EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES</b>		
PLAN DE ESTUDIOS	<b>DERECHO</b>		
DIRECTOR	<b>CLAUDIA VILLAMIL</b>		
TÍTULO DE LA TESIS	<b>EL DERECHO DE LOS MENORES A CONOCER SU IDENTIDAD BIOLÓGICA, ORÍGENES Y PROCEDENCIA FRENTE A LA RESERVA DE IDENTIDAD DE LOS PROGENITORES EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL</b>		
<b>RESUMEN</b> (70 palabras aproximadamente)			
<p>ESTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PERMITIRÁ EN PRIMER LUGAR RECOPIRAR INFORMACIÓN SOBRE LOS ANTECEDENTES DE LOS PROCESOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA A NIVEL NACIONAL Y SUS CARACTERÍSTICAS EN CUANTO A LOS MECANISMOS DE FECUNDACIÓN IN VITRO E INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, TRAYENDO A COLACIÓN ESTE CAPÍTULO LAS GENERALIDADES DE LA R.A, TENIÉNDOSE EN CUENTA EL ÁMBITO HISTÓRICO DE LA R.A EN COLOMBIA Y ENFOCÁNDOSE ESTE CAPÍTULO A LA FECUNDACIÓN IN VITRO E INSEMINACIÓN ARTIFICIAL COMO ARTÍFICES DE LA R.A EN NUESTRO PAÍS.</p>			
<b>CARACTERÍSTICAS</b>			
PÁGINAS: 54	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM: 1



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552  
Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104  
[info@ufpso.edu.co](mailto:info@ufpso.edu.co) - [www.ufpso.edu.co](http://www.ufpso.edu.co)

EL DERECHO DE LOS MENORES A CONOCER SU IDENTIDAD BIOLÓGICA,  
ORÍGENES Y PROCEDENCIA FRENTE A LA RESERVA DE IDENTIDAD DE LOS  
PROGENITORES EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

AUTORES

GEOVANNY ANDRÉS CASTRO HERRERA

COD.: 240651

SANDRA MILENA SILVA BERMUDEZ

COD.: 240930

**Trabajo de grado presentado bajo la modalidad de monografía para optar el título de  
abogado**

DIRECTORA

CLAUDIA VILLAMIL

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

OCAÑA, COLOMBIA

JULIO, 2018

**Nota de Aceptación**

---

---

---

---

---

---

---

*Jurado metodológico*

---

*Jurado científico*

---

**COMITÉ CURRICULAR DE DERECHO UFPSO**

**Ocaña, Norte de Santander, 2018**

## Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>VIII</b>
<b>Capítulo 1. El Derecho De Los Menores A Conocer Su Identidad Biológica, Orígenes Y Procedencia Frente A La Reserva De Identidad De Los Progenitores En La Inseminación Artificial .....</b>	<b>1</b>
1.1. ANTECEDENTES DE LOS PROCESOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA A NIVEL NACIONAL Y SUS CARACTERÍSTICAS EN CUANTO A LOS MECANISMOS DE FECUNDACIÓN IN VITRO E INSEMINACIÓN ARTIFICIAL .....	1
1.2. GENERALIDADES DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA .....	1
<i>1.1.2 Ámbito Histórico De La Fecundación Asistida.....</i>	<i>4</i>
<i>1.1.3 Antecedentes De La Fecundación Asistida En Colombia.....</i>	<i>6</i>
<b>Capítulo 2. Derechos De Los Menores A Nivel Nacional E Internacional En Lo Correspondiente A Los Derechos A La Identidad Genética O Biológica. ....</b>	<b>9</b>
2.1 LOS DERECHOS DE LOS MENORES A NIVEL INTERNACIONAL .....	9
2.2 DERECHO DE LOS MENORES A NIVEL NACIONAL .....	13
2.3 DERECHO DE LOS MENORES A LA IDENTIDAD GENÉTICA O BIOLÓGICA.....	15
<b>Capítulo 3. Procesos De Inseminación Artificial Desde La Perspectiva De La Reserva De Identidad De Los Aportantes De Gametos Frente A Los Derechos De Los Menores .....</b>	<b>19</b>
3.1 EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y RESERVA DE IDENTIDAD .....	19
3.2 CONDICIONES DE LOS DONANTES DE GAMETOS .....	21

3.3 EL SECRETO PROFESIONAL EN LOS PROFESIONALES DE LA SALUD .....	24
3.4 EL SECRETO PROFESIONAL Y LOS DERECHOS A LA IDENTIDAD GENÉTICA Y BIOLÓGICA DE LOS MENORES.....	26
3.4.1 <i>Derechos De Los Menores A Su Identidad Biológica</i> .....	27
3.4.2 <i>El Secreto Profesional Y Sus Límites</i> .....	31
3.4.3 <i>Derecho A La Intimidad Y Sus Límites</i> .....	32
<b>Conclusiones .....</b>	<b>35</b>
<b>Recomendaciones .....</b>	<b>38</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>39</b>
<b>Referencias Legales Y Jurisprudenciales.....</b>	<b>43</b>

## Introducción

En Colombia con el paso de los años la concepción de la vida ha cambiado. En un principio, los menores eran considerados como seres pasivos sometidos totalmente a la autoridad paterna. Luego, son concebidos como seres en situación de necesidad que el legislador debe proteger de cualquier explotación. Más adelante, con la redacción de la Constitución de 1991, en virtud al preámbulo y la consagración de los derechos de los niños en el artículo 44, los menores, se convierten en sujetos de derechos, considerados como seres en desarrollo que poseen dignidad integral, de esta forma se consagra la obligación del Estado y la Sociedad de velar por la protección de los derechos de los menores, los cuales tienen un rango privilegiado al tener prioridad sobre los derechos de los demás.

Entre los derechos de los menores se encuentra el derecho a conocer su identidad biológica, orígenes y procedencia, frente a esto Posada Posada & Ibarra Rodríguez, (2012) afirman que el derecho a la identidad de un individuo, especialmente de un menor de edad, “se concreta con el derecho a la verdad biológica mediante la prueba genética (ADN) o prueba de paternidad, por medio de la cual es posible establecer la filiación con un alto grado de certeza”. (p.12)

Es decir que el derecho a la filiación se relaciona con el derecho a la identidad, demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo. El derecho del hijo a “conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad”. (Ibarra Rodríguez & Posada Posada, 2012, p. 15).

Ubicados en el anterior contexto de ideas, esta investigación se ha planteado como objetivo alcanzar en este trabajo, el determinar si tienen derecho los niños, niñas y/o adolescentes, nacidos en procesos de inseminación artificial a conocer sus orígenes biológicos, su procedencia y su progenitor frente a los derechos al secreto profesional y reserva de identidad de los donantes de gametos en el ámbito jurídico colombiano.

Para resolver el anterior problema se aplicará un método de investigación es de tipo cualitativa de enfoque documental y bibliográfico, que se fundamenta en un análisis de doctrina y sentencias referentes a los procesos de inseminación artificial y los derechos de los menores.

Este método de investigación permitirá en primer lugar recopilar información sobre los antecedentes de los procesos de reproducción asistida a nivel Nacional y sus características en cuanto a los mecanismos de fecundación in vitro e inseminación artificial, trayendo a colación este capítulo las generalidades de la R.A, teniéndose en cuenta el ámbito histórico de la R.A en Colombia y enfocándose este capítulo a la fecundación in vitro e inseminación artificial como artífices de la R.A en nuestro país.

Una vez desarrollado el anterior capítulo, se abordarán los Derechos de los menores a nivel nacional e internacional en lo correspondiente a los derechos a la identidad genética o biológica. Los dos capítulos anteriores, sentarán los cimientos necesarios que permitirán establecer en el capítulo final de esta monografía los procesos de inseminación artificial desde la perspectiva de la reserva de identidad de los aportantes de gametos frente a los derechos de los menores, teniéndose en cuenta además las condiciones de los donantes de gametos y obligaciones de los profesionales de la salud a guardar el secreto profesional lo cual una vez sea desarrollado

permitirá analizar paralelamente el secreto profesional y los derechos a la identidad genética y biológica de los menores.

Si bien, es claro que jurídicamente han existido derechos en conflicto, en este caso se analiza un conflicto de derechos entre el derecho a la identidad biológica de los menores, consagrados estos a nivel constitucional como sujetos de especial protección jurídica frente al derecho a la reserva de identidad de los progenitores que donaron sus gametos para permitir la inseminación artificial en centros clínicos, lo cual, lleva al grupo de trabajo a determinar como hipótesis que la falta de regulación legal de los procesos de inseminación asistida no permite a los donantes conocer los alcances de la reserva de identidad que deben mantener los centros médicos en Colombia.

Finalmente, teniendo en cuenta los derechos de los menores, y los vacíos jurídicos entorno a los procedimientos de R.A, se hace necesario desarrollar esta investigación que permitirá dejar un precedente doctrinal a partir de un análisis de derecho comparado, presentando casos en los que se ha levantado la reserva de identidad de los donantes de gametos, así como casos donde los hijos producto de los métodos de R.A, han logrado ubicar y conocer a los donantes del gameto o los gametos que permitieron su procreación.



# **Capítulo 1. El derecho de los menores a conocer su identidad biológica, orígenes y procedencia frente a la reserva de identidad de los progenitores en la inseminación artificial**

## **1.1. Antecedentes de los procesos de reproducción asistida a nivel nacional y sus características en cuanto a los mecanismos de fecundación in vitro e inseminación artificial**

La reproducción asistida (en adelante R.A) tiene como finalidad lograr el embarazo y la reproducción de una especie, sea esta la especie humana, esto a través de la asistencia médica siendo un método utilizado por las parejas que no pueden lograr su reproducción. Este capítulo abordara las generalidades de las formas de R.A, exaltándose sus características y su aplicación en Colombia, abordando en nuestro país como métodos de fecundación más comunes la fecundación in vitro y la inseminación artificial, esta última, como método más usado en Colombia.

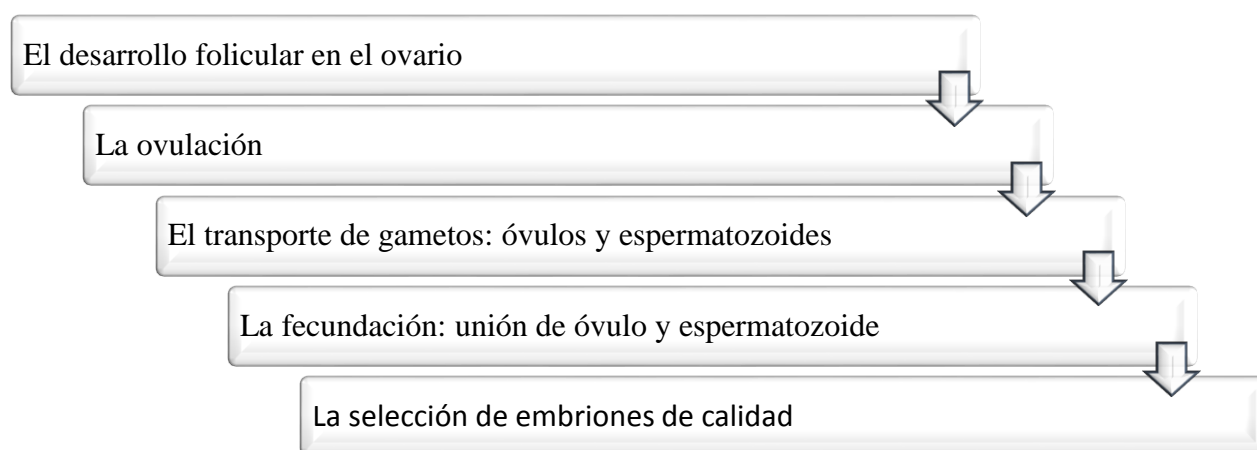
## **1.2. Generalidades de la fecundación asistida**

Un primer concepto con el que se puede definir un método de R.A es como el conjunto de técnicas y tratamientos médicos que permiten el embarazo cuando éste no se consigue de forma natural debido a problemas de fertilidad. Para aplicar los anteriores métodos de R.A es necesario de acuerdo con Salvador, (2017) que, si las parejas que quieren tener un hijo “descubren que tienen infertilidad, con el 50% de las causas de origen masculino y el 50% de origen femenino.

También es posible que ambos miembros de la pareja presenten infertilidad” (p.1). en un mismo sentido, CCM Salud, (2018) afirma que:

La fecundación asistida es un conjunto de técnicas indicada para tratar los problemas de esterilidad. Consiste en extraer el huevo del útero para provocar la fecundación. La fecundación in vitro (FIV) tiene como objetivo reunir el óvulo y los espermatozoides en un tubo (o en una caja de cultivo) y vigilar la fecundación con ayuda de un microscopio. Las otras técnicas de fecundación asistida incluyen la ICSI o Intra Cytoplasmic Sperm Injection (inyección del espermatozoide en el óvulo), ZIFT (la célula huevo es depositada en las trompas después de la fecundación en una probeta) y la GIFT (juntamos los óvulos y los espermatozoides y los reinsertamos en el útero). (p.2)

Para determinar a quién obedece el problema de infertilidad, y cuál es el método de R.A aplicar, se llevan a cabo diferentes técnicas para encontrar el origen y el tipo de infertilidad, donde los problemas más destacados son las siguientes:



**Figura 1** Tipos de infertilidad, grafico del grupo de investigación, información extraída de <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>

Es de resaltar que ante cada problemática de infertilidad debe aplicarse una técnica particular, es decir que para cualquier problema no son dables todos los métodos de R.A. Dentro de los métodos generales de R.A se destacan (i) los coitos programados; (ii) ciclo natural; (iii) inducción de la ovulación; (iv) inseminación artificial y fecundación in vitro/transferencia de embriones; (v) Gestación subrogada. De cada una de las anteriores técnicas a grosso modo podemos decir que:

**Coitos programados:** Está indicado en parejas muy jóvenes (menores de 35 años), que lleven poco tiempo intentando quedar embarazada (menos de 6 meses), presenten poca ansiedad y la causa de la esterilidad sea de origen desconocido ya que todas las pruebas básicas a las que han sido sometidos han dado resultados normales.

**Ciclo natural:** Indicado en parejas con alergia a medicamentos o convicciones éticas o religiosas que les llevan a rechazar cualquier otra técnica de reproducción asistida que no sea natural. En esta técnica la paciente no recibe ningún tipo de medicación, sino que simplemente se controla el crecimiento del folículo dominante.

**Inducción de la ovulación:** Consiste en un tratamiento médico cuyo objetivo es conseguir una óptima maduración de uno o varios óvulos. En este tratamiento “el porcentaje de embarazo oscila entre el 15 y el 25% por ciclo de tratamiento”. (Dexeus, 2016)

**Inseminación artificial:** Permite que la fecundación se realice de forma natural. Al introducir el espermatozoide en el útero, éste debe buscar su camino hacia el óvulo maduro e insertarse por su propia cuenta, tal como ocurría en un embarazo tradicional.

**Fecundación in vitro (FIV):** Consiste en la extracción del ovocito femenino para fecundarlo fuera del organismo de la mujer con espermatozoides obtenidos previamente del hombre.

**Gestación subrogada:** Es una técnica de reproducción asistida en la que una mujer acepta gestar y dar a luz al hijo de otra pareja o persona soltera. (Matorras & Hernández, 2007)

De forma general tenemos que la R.A es una técnica aplicada a parejas que tengan problemas de reproducción la cual debe ser aplica a cada caso concreto de infertilidad, usando diferentes técnicas, no obstante, este capítulo se enfocara en primer lugar en las técnicas más utilizadas como son la fecundación in vitro y la fecundación a través de inseminación artificial, técnicas que se desarrollan más adelante.

### **1.1.2 Ámbito histórico de la fecundación asistida.**

Desde sus comienzos el hombre no ha sido ajeno al deseo de engendrar su propia descendencia y de buscar mecanismos para su cuidado, como lo afirma Monroy, (2013) citando a Erades Medina (1990) que:

Desde la más lejana antigüedad las nodrizas han vendido su leche, y este hecho ha sido calificado de muy distintas maneras, así como en el Código de Napoleón les daba privilegio para cobrar su aporte ante los deudores en dificultades. Por el contrario, Rousseau en el Emilio las critica con vehemencia” (p. 137).

En palabras del doctor Carcaba Fernández, las técnicas de reproducción humana asistida,

tuvo como génesis en prácticas sobre animales, un ejemplo de ello fue el realizado por Ludwig Jacobi en 1765, el cual obtuvo alevines de salmón al bañar con lechaza de una macho los huevos evacuados por presión del abdomen de una hembra.

Para 1799 en Gran Bretaña, se lleva a cabo la primera inseminación artificial por imposibilidad de descendencia y como consecuencia de anomalía del pene del hombre. (Suarez Parada, 2010, p.23). En 1884, William Pancoast obtiene un embarazo mediante IAD con semen de donante. En 1948 nace el primer bebe de un embrión congelado en la Queen Victoria en Australia. En 1978, nace Louise Brow en el hospital de Manchester, el primer bebe probeta, uno de los casos más significativos de la reproducción asistida.

A finales del siglo XX, las personas con problemas de fertilidad, es decir, dificultad para lograr reproducirse, debían resignarse o acudir a la adopción si deseaban formar una familia. A partir de 1978 todo esto cambió con el nacimiento de Louise Brown, inglesa conocida por ser la primera persona en nacer mediante la fecundación in vitro, en quien las personas estériles la solución a sus problemas de fertilidad. (Eddita, 2008, p.34)

En esta técnica se extrajo un óvulo de la paciente y se realizó la unión con el espermatozoide en una placa en el laboratorio. El embrión fecundado se dividió hasta cuatro células y se volvió a implantar en la madre. Técnicas de fecundación que cada día son más utilizadas con resultados más efectivos.

En 1978 en Colombia, se funda el primer banco de criopreservación de semen (Cecolfes), el cual, bajo la dirección científica del Doctor Elkin Lucena, pionero en Colombia y

Latinoamérica cuenta con más de 30 años de experiencia y liderazgo en el campo de la fertilidad. Destacando entre sus logros que en 1978 es Primera congelación de semen humano en Latinoamérica. (cecolfes, 2018).

### **1.1.3 Antecedentes de la fecundación asistida en Colombia.**

A partir de 1991 en Colombia la Constitución Política estableció que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados y procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.” (C.P artículo 42, inciso 5).

El anterior aparte constitucional contempla la viabilidad de la procreación humana con asistencia científica, por lo cual, puede afirmarse que en Colombia no existe restricción constitucional para restringir la práctica de técnicas de reproducción humana asistida ya que la misma constitución lo permite. En pro del derecho a la vida como un fundamento y piedra angular de la carta, se ha hecho referencia al acceso a la fertilización, estableciendo su carácter excepcional y a través de los siguientes parámetros:

- No incluir procedimientos en el plan obligatorio de salud (POS) es un legítimo desarrollo de la facultad de configuración del legislador.
- El derecho a ser madre y la maternidad asistida tienen límites razonables, justificados constitucionalmente.
- El Estado no está obligado a apoyar y sufragar procedimientos científicos especiales, incluyéndolos en los POS, para garantizar la procreación y suplir la infertilidad.

Excepción a esos parámetros hace procedente la tutela:

- Tratamiento de fertilidad iniciado y posteriormente suspendido por la EPS sin mediar concepto médico o científico que justifique tal proceder.
- Práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad.
- Infertilidad producto o consecuencia de otra enfermedad que ponga en riesgo la vida, integridad y salud. (Corte Constitucional, Sentencia T-009, M. P. Nilson Pinilla)

Además de las anteriores interpretaciones que acordes con la Constitución protegen la libertad reproductiva a través de la aplicación de métodos de R.A, existe una serie de iniciativas presentadas al congreso donde se insta al legislativo a regular la fecundación asistida en Colombia. Estos precedentes de propuestas de ley podemos resumirlos así:

**Propuesta de ley número 47 de 1998 Senado**, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones.

**Propuesta de ley número 45 de 2000 Senado**, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones.

**Propuesta de ley número 029 de 2003 Cámara**, por la cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones.

**Propuesta 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.

**Propuesta 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.

De esta forma puede verse que en el ámbito jurídico colombiano los derechos reproductivos tienen rango constitucional, reivindicándose en la jurisprudencia constitucional, frente a lo que se ha buscado la intervención del órgano legislativo al que se le ha puesto en consideración el legislar sobre un tema de contorno social que infiere en la formación de la familia y los derechos de los menores pero que no está regulado legalmente.

Finalmente, es evidente que para el Estado colombiano no hay un interés de intervenir, reglamentar u orientar políticas públicas respecto a la fecundación asistida, siendo una necesidad de ofrecer claridad al respecto ya que este tipo de técnicas vienen teniendo un desarrollo y efectividad cada vez más importante no solo a nivel de Colombia sino del mundo, y es el Estado el llamado a ofrecer no solo seguridad jurídica a “los diferentes actores que intervienen en el proceso, sino también a los niños que nacen bajo este sistema, y el material genético que puede llegar a ser susceptible de manipulación”. (Monroy, 2013, p.144). Lo anterior a raíz del reconocimiento de los derechos de los menores, donde se encuentra la identidad biológica, tema que se abordara en capítulo posterior pero que muestra aún más la necesidad de reglamentar la fecundación asistida en Colombia.



## **Capítulo 2. Derechos de los menores a nivel nacional e internacional en lo correspondiente a los derechos a la identidad genética o biológica**

Este capítulo tiene como finalidad presentar la gama de derechos de los menores, desde la legislación internacional que se integra a través del bloque de constitucionalidad, así como el ámbito jurídico interno de nuestro país, enfocándose en los derechos a la identidad genética o biológica y lo que se ha dicho sobre este derecho en particular.

### **2.1 Los derechos de los menores a nivel internacional**

Los derechos del niño son un conjunto de normas jurídicas que protegen a las personas menores de edad teniendo como característica principal esta gama de derechos que son inalienables e irrenunciables, por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia. A partir de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989 se ha ido adecuando la legislación interna a los principios contemplados en la Declaración, destacando entre los derechos de los menores (i) la no discriminación, (ii) el interés superior del niño, (iii) el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

De los documentos consagran los derechos de la infancia en el ámbito internacional, como son la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño, se puede resaltar que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, frente a la que los Estados Partes respetarán sus derechos y asegurando su aplicación a cada niño sujeto

a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos.

Para lograr la protección de los derechos de los menores, se prevé que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. (Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 2). Teniendo en cuenta el anterior precedente, en el año 2007 El Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su Opinión sobre “El Alcance del Derecho a la Identidad”, ha expresado que:

El derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El nombre, la nacionalidad, los vínculos familiares y el registro no hacen nacer el derecho a la identidad, derecho que preexiste como parte insoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados.

El Comité Jurídico considera que el derecho a la identidad tiene entre sus implicaciones y alcances más relevantes, la de constituir un derecho de carácter autónomo que alimenta su

contenido tanto de las normas del derecho internacional, como de aquellas que se deriven de los rasgos culturales propios contemplados en el ordenamiento interno de los Estados, concurriendo así a conformar la especificidad del individuo, con los derechos que lo hacen único, singular e identificable.

El derecho a la identidad, a su vez, tiene un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Constituye, por consiguiente, un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades.

La privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica.

A su vez ha dicho la Convención Americana de los Derechos del Humanos ha dicho que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (C.A.D.H, artículo 19). Sumado a lo anterior el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha expresado que:

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. (P.I.D.C.P, artículo 24).

Sobre las normas anteriormente mencionadas se encuentra que, en el ámbito internacional, el derecho a la identidad aparece mencionado por primera vez de forma autónoma en 1989, en el artículo 8 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

No obstante, en el texto de la Convención de los derechos del niño, se recogen algunas de sus manifestaciones, reconociéndose en el artículo 7 el derecho de los niños a ser registrados en el momento del nacimiento, su derecho a la nacionalidad, al nombre, a conocer a los padres y en la medida de lo posible, ser cuidado por ellos. Gómez Bengoechea, (2007) afirma que:

En general, los textos que lo mencionan se limitan a recoger reconocimientos programáticos y vacíos de contenido y de compromiso real de protección, y muy frecuentemente condicionados a lo dispuesto en las legislaciones internas de los distintos Estados. (p. 259)

Si bien existen diferentes tratados y/o acuerdos sobre la protección de los derechos de los menores, se considera que con los anteriores documentos exaltados como el PIDCP y la CADH es suficiente para un análisis de la protección internacional, más aún, si se tiene en cuenta que estos tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad, debiéndose desarrollar estas normas de forma legal en cada Estado parte.

Finalmente, se puede concluir preliminarmente, que los derechos de los menores en el ámbito internacional, son amplios y basados en principios como el principio de interés superior del niño, encontrándose en este integrado su derecho a la identidad, del cual hace parte conocer su procedencia, así como su identidad biológica.

## **2.2 Derecho de los menores a nivel nacional**

En Colombia, al igual que en normas internacionales, los menores gozan de especial protección ya que se consagra a nivel constitucional; como derechos fundamentales de los niños:

La vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (CP. Artículo 44).

Agrega la citada norma que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Al hacer referencia sobre los derechos de los menores, la corte constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les concierna. Esta protección especial de la niñez y preservación del interés superior para asegurar el desarrollo integral, donde:

El conjunto de normas que regulan las relaciones familiares y todos los temas referentes a los menores de edad actualmente en el Estado colombiano, debemos mencionar tanto el Código de la Infancia y la Adolescencia como el Código Civil colombiano. (Corte Constitucional, Sentencia 884 de 2011, MP Juan Carlos Henao Pérez)

Igualmente, se desprende del anterior pronunciamiento que al adquirir los menores el estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, tal y como se ha desarrollado en el ámbito legal al consagrarse la ley 1098 de 2006 que tiene como finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su “pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”. (Ley 1098 de 2006, artículo 1). Sumado a lo anterior este código ha hecho mención al derecho a la identidad de los menores, quienes:

Tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia. (Ley 1098 de 2006, artículo 25).

A modo de conclusión, se encuentra en el anterior análisis que, en Colombia a nivel constitucional, está contemplado que los derechos de los menores prevalecen sobre los demás derechos resaltándose como uno de esos derechos, el derecho a la identidad, reconocido a nivel legal, integrándose dentro de estos el derecho a tener una familia, a conocer sus orígenes, a conocer su identidad biológica.

### **2.3 Derecho de los menores a la identidad genética o biológica**

Un ente biológico complejo como es el ser humano, compuesto por millones de células diferenciadas y organizadas en una diversidad de tejidos, órganos y sistemas, obedece en su desarrollo ontológico a un diseño determinado en un programa genético. (Jouve, 2018)

El programa genético se constituye tras la fecundación y se concreta en lo que llamamos «identidad genética», materializada en el ADN. En el ADN de acuerdo con Jouve, (2018) en el ADN queda establecido el programa de desarrollo al que responde la ontogenia del nuevo individuo humano y las características biológicas que irán aflorando, materializándose y manifestándose a lo largo del tiempo, siempre obedeciendo a la singular combinación de secuencias de ADN. Es importante resaltar que en Colombia la ley determina que:

En una prueba de ADN que se hace con el presunto padre vivo, debe arrojar una confiabilidad igual o superior al 99.9% y en casos de presunto padre fallecido, 99.99%; cualquier valor inferior debe tomarse como una prueba no concluyente. (Ley 721 de 2001, artículo 1)

Así mismo, y para dar mayor confianza en los resultados, ésta misma ley exige que los laboratorios que realizan éstas pruebas deben cumplir con las normas internacionales de calidad NTC ISO/IEC 17025 y NTC ISO 9001 y adicionalmente con habilitación en salud, bajo la Resolución 2003 de 2015.

De acuerdo con esto, las características físicas básicas de cada persona obedecen al diseño que quedó establecido en la fecundación creadora del cigoto a través del ADN. Angelo Serra a afirmar que “el cigoto es el punto exacto en el espacio y en el tiempo en que un ‘individuo humano’ inicia su propio ciclo vital”. (Serra, 2018). Es decir que el cigoto constituye el inicio de la vida embrionaria, que se convierte en la información genética de cada persona y a su vez hace parte de su identidad biológica.

El acceso a la verdad genética se ha transformado en un elemento primordial para la construcción de la propia identidad de las personas. Por lo tanto, el derecho a la identidad debe ser analizado desde dos facetas diferentes a las ya concebidas por la doctrina clásica: una de orden interno, que refiere a los procesos de autoconstrucción de la identidad, y otra externa, que remite a los procesos sociales de construcción, importando para nuestra investigación la que hace referencia a la autoconstrucción de la identidad.

De todo lo anterior se extrae la obligación de respetar el derecho a la identidad, integrado



dentro de este, la identidad biológica la cual constituye uno de los pilares del concepto de persona y por consiguiente no debería concebirse como un presupuesto concedido por el orden jurídico o la voluntad de una norma. Esta identidad, “deriva de los vínculos de sangre y en tanto las personas no pueden modificar objetivamente esa ascendencia parental, la identidad biológica es en sí” (Díaz, 2007, p.4). En razón de esto entraña el dato genético esta es, quizá, la dimensión más incontrastable de esa compleja construcción que es “la identidad” y que hoy admite, gracias a una mayor y creciente conciencia social y jurídica acerca de los derechos humanos, que una persona defina quién es a partir de su autopercepción, como sucede con la identidad de género, o de sus vínculos filiatorios con sus padres adoptivos. (Díaz, 2007).

Es necesario precisar que la identidad biológica, el derecho a saber de dónde venimos. Uno de los fallos más emblemáticos en relación al derecho a la identidad biológica, se produce en el 2012 el caso se relacionaba con la alegada violación del derecho a la protección a la familia del señor Fornerón y de su hija biológica.

La niña había sido entregada por su madre en adopción a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tenía acceso a su hija a pesar de haberla reconocido legalmente a un mes de su nacimiento, en el año 2000, y de reclamar durante años por su cuidado. (CIDH, Caso Forneron e hija vs. Argentina, 2012)

Define la Corte Interamericana que las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen “parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad biológica”. (CIDH, Caso

Forneron e hija vs. Argentina, 2012). De acuerdo a este fallo la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.

## **Capítulo 3. Procesos de inseminación artificial desde la perspectiva de la reserva de identidad de los aportantes de gametos frente a los derechos de los menores**

Desde el comienzo de esta monografía se ha plantado un conflicto entre los derechos de los menores en los procesos de reproducción asistida, en lo concerniente a su derecho a conocer sus orígenes biológicos y el derecho a la reserva de identidad de los donantes que aportan sus gametos para ser usados en métodos de reproducción asistida, sea a través de la fecundación in vitro o inseminación artificial.

Este capítulo abordará el derecho a la intimidad y las obligaciones de los profesionales de la salud frente a los donantes de gametos y su aplicación en los métodos de reproducción asistida para finalmente analizar el secreto profesional ante los derechos de los menores a la identidad genética.

### **3.1 El derecho a la intimidad y reserva de identidad**

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental que permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores. Este derecho ha sido reconocido a nivel internacional en estatutos como:

- (i) La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 señala que:  
“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su

domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

- (ii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1 establece que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de ley contra esas injerencias o esos ataques”.
- (iii) La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11.2 prevé: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, no de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

De acuerdo a lo anterior, el núcleo esencial del derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural, la Corte Constitucional frente al derecho a la intimidad plantea diferentes esferas o ámbitos, como son el personal, familiar, social y gremial, todos ellos comprendidos en el artículo 15 Superior, y que están manifestadas concretamente:

- (i) Relaciones familiares; (ii) costumbres; (iii) prácticas sexuales; (iv) salud; (v) domicilio;
- (vi) comunicaciones personales; (vii) espacios para la utilización de datos a nivel informático;
- (viii) creencias religiosas; (ix) secretos profesionales; y en general (x) todo comportamiento del sujeto que únicamente puede llegar al conocimiento de otros, siempre y cuando el mismo

individuo decida relevar autónomamente su acceso al público. (Sentencia 881 de 2014, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Dentro de la anterior gama de protección a la intimidad se encuentra el secreto profesional el cual tiene como finalidad la protección de la identidad a través de la reserva de la identidad que en lo pertinente a esta investigación está estrechamente ligada al secreto profesional.

Finalmente, el derecho a la intimidad, dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad, donde en lo pertinente a este trabajo se exalta aquella parte que involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social, a pesar de restringirse-en estos casos-el alcance del derecho a la intimidad, su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana.

### **3.2 Condiciones de los donantes de gametos**

La donación es un acto que consiste en ceder de manera voluntaria, traspasar algo sin esperar nada a cambio. Cuando el problema de fertilidad aparece por mala calidad en los gametos propios o incluso por ausencia de éstos ya sea natural o adquirida, la donación de óvulos y/o espermatozoides es generalmente la solución reproductiva que permite a muchos pacientes lograr el embarazo. En función de la causa de infertilidad recurriremos a un tipo de donación u otro:

- Óvulos donados y semen propio
- Óvulos propios y semen de donante
- Doble donación: óvulos y semen de donante
- Donación de embriones

Es importante destacar que en los tres primeros casos lo que se dona son los gametos para la creación posterior de los embriones. Por el contrario, en la donación de embriones se emplean embriones sobrantes de ciclos de la fecundación in vitro (FIV) anteriores de personas que han decidido donar a otras parejas los embriones que no han utilizado en su propio ciclo.

En lo que corresponde a la donación de semen existe una serie de requisitos entre los que se destaca “tener entre 18 y 34 años de edad, y estar dispuesto a pasar una prueba de selección que incluye historia médica, examen físico y análisis de laboratorio”. (Banco de gametos, 2018). Dentro de la donación, se ha planteado que esta “es anónima y altruista” (Banco de gametos, 2018). No obstante, el Banco de Gametos podrá rechazar al candidato a donante cuando las condiciones psicofísicas del mismo no sean las adecuadas o cuando, es lo más frecuente, la calidad de semen no alcance el mínimo requerido según pautas internacionales. En el supuesto de que un donante no fuera aceptado como tal, tendrá derecho a conocer las razones que motivan su exclusión, garantizándose la confidencialidad y privacidad de la información.

Ahora bien, al hablar de la donación de óvulos debe hacerse referencia a una serie de requisitos como son tener entre 18 y 34 años de edad, y estar dispuesta a pasar una prueba de selección que incluye historia médica y psicológica, examen físico y análisis de laboratorio.

(Banco de gametos, 2018). Entre las condiciones adicionales, se encuentra:

- Poseer un historial familiar negativo para enfermedades de transmisión hereditaria.  
(Por ese motivo no pueden ser adoptadas)
- No ser virgen ya que se precisa realizar ecografía transvaginal.
- No saberse portadora de enfermedad transmisible
- Someterse a una selección que incluye interrogatorio médico, examen físico evaluación psicológica y estudios paraclínicos.
- Ninguna persona vinculada al Banco de Semen ni sus familiares pueden ser donantes. (Banco de gametos, 2018).

De todo lo anterior se extrae que en el momento de donar una persona sus gametos, esto se hace mediante un contrato de donación entendido este como un contrato a través del cual se transfiere de manera gratuita un bien a otra persona que acepta dicha transferencia. Las partes en este contrato se denominan donante y donatario siendo el primero el que transfiere el bien y el segundo el que lo acepta, se a este el centro especializado en la R.A. El artículo 1443 del código civil define la donación entre vivos como “un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que los acepta”. Este acto de donar, tiene como característica que en lo que tiene que ver con gametos deben cumplirse una serie de requisitos por el donante, como son físicos y psicológicos sumado a una serie de deberes del donatario, quien debe guardar reserva de la identidad del donante.

### 3.3 El secreto profesional en los profesionales de la salud

En Colombia, la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 74 establece la inviolabilidad del secreto profesional al expresar que “el secreto profesional es inviolable”.

Artículo desarrollado en armonía al artículo 15 constitucional que prevé que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”

El secreto profesional ha sido definido como algo que se mantiene oculto a los demás y surge del ejercicio de la profesión constituyéndose en una obligación de quien acoge el secreto de no difundirlo y un derecho de quien ha brindado la información, Martínez, (2009) expresa que “el secreto profesional es una obligación de confidencialidad, que se impone por la necesidad de que exista una absoluta confianza entre el profesional y quienes acuden a solicitar sus servicios”.

(p.7). Ahora la definición dada por la corte constitucional al secreto profesional lo define como:

La información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad. En este sentido, el secreto profesional es un derecho – deber del profesional, pues de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento. (Sentencia 301 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

En lo que corresponde al secreto profesional y al derecho a la intimidad, estos tienen una relación inescindible donde el secreto profesional nace de una relación de confianza que surge entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación, en palabras de la Corte:



En el secreto profesional descansa parte muy importante de la confianza que debe surgir y permanecer entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación. Mal se podría asegurar el éxito de la gestión confiada a aquél si los temores de quien requiere sus servicios le impiden conocer en su integridad los pormenores de la situación en que se ocupa. (Sentencia C 409 de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

El secreto profesional además de estar consagrado legalmente como una obligación de los profesionales de la salud que data de lo aprobado por la Convención de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, a partir de diferentes normas internacionales entre las que se encuentran el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra que estipula que:

A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la persona que ejerza una actividad médica no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o de negarse a proporcionar información sobre los heridos y los enfermos a quienes asista o haya asistido. (Artículo 10)

De igual forma en pro de la obligación de los médicos frente al secreto profesional se ha estipulado dentro del código de ética médica, jurar cumplir con lealtad el reglamento, donde se compromete a “guardar y respetar los secretos a mí confiados” (Ley 23 de 1981, Artículo 2). Sumado a lo anterior, esta misma normatividad entiende el secreto profesional como aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. “El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido” (Ley 23 de 1981, Artículo 37). En armonía con lo anterior la Ley 35 de 1989, Ética del Odontólogo Colombiano, establece que:

El odontólogo está obligado a guardar el secreto profesional en todo lo que, por razón del ejercicio de su profesión, haya visto, escuchado y comprendido, salvo en los casos en que sea eximido de él por disposiciones legales. Así mismo, está obligado a instruir a su personal auxiliar sobre la guarda del secreto profesional. (Artículo 23)

Más adelante la Ley 36 de 1993, Reglamenta la Profesión de Bacteriólogo: Esta establece en su artículo tercero entre los deberes y obligaciones del bacteriólogo en primer lugar guardar el secreto profesional. En un mismo sentido, la Ley 911 de 2004, por la cual se dictan disposiciones en materia de responsabilidad deontológica para el ejercicio de la profesión de Enfermería en Colombia, estipula en su artículo 18 que el profesional de enfermería guardará el secreto profesional en todos los momentos del cuidado de enfermería y aún después de la muerte de la persona, salvo en las situaciones previstas en la ley. Parágrafo. Entiéndase por secreto o sigilo profesional, la reserva que debe guardar el profesional de enfermería para garantizar el derecho a la intimidad del sujeto de cuidado

Ubicados en el anterior contexto de ideas y al aplicar el secreto profesional en la donación de gametos y/o aplicación de técnicas de R.A se encuentra que este procedimiento está contemplado como sometido a reserva, esto en pro de cumplir con el derecho a los donantes de respetar su identidad a través del secreto médico.

### **3.4 El secreto profesional y los derechos a la identidad genética y biológica de los menores**

Al llegar a este punto, encontramos cimientos que presentan un sinnúmero de derechos a favor de los derechos a la identidad biológica de los menores, cuestionándonos si es aplicable

estos derechos ante los procesos de inseminación asistida, los cuales se regulan bajo normas internas de cada centro autorizado de salud las cuales se aplican teniendo como principios las normas legales que ordenan a los profesionales de la salud el cumplir con el deber del secreto profesional el cual a su vez permite proteger el derecho a la intimidad del donante de gametos.

Frente al anterior conflicto, saber si priman los derechos de los menores nacidos bajo procesos de R.A a la identidad biológica o prima el derecho de los centros clínicos a reservar y no divulgar información sobre los donantes, lo que a su vez es propio del secreto profesional médico y permite a través de la reserva de los donantes de gametos, proteger sus derechos a la intimidad se debe analizar cuáles de los derechos son absolutos y cuales tienen excepciones, esto con el fin de dar claridad y respuesta al problema jurídico planteado. Teniendo en cuenta lo anterior se analizará cada derecho de forma individual, analizando en cada uno sus excepciones.

#### **3.4.1 Derechos de los menores a su identidad biológica.**

Para comenzar a plantear este tema supongamos que un menor producto de la fecundación asistida conoce a su madre, pero está a su vez desconoce al donante de gametos que fueron usados para su fecundación asistida, realizada esta a través de inseminación artificial o fecundación in vitro, en pro de los derechos del menor la madre en su representación o el mismo menor, (independientemente de la edad que tenga, pero menor de edad de acuerdo con la ley 1098 de 2006) a través de representante desea conocer sus orígenes biológicos, es decir su identidad biológica, para hacer valer sus derechos pide que se le proporcione la identidad y datos del donante de los gametos utilizados para su gestación.

El anterior ejemplo no escapa a la realidad social de ningún país, si bien el anterior caso es

una recreación del problema jurídico planteado al inicio de este trabajo, han existido casos donde los hijos producto de R.A han querido conocer la procedencia de sus genes, en otras palabras, su identidad biológica. Entre esos casos se resalta, un hecho sucedido en Estados Unidos, es de aclarar que en el presente caso se protege el nombre del menor, representándolo como Gene, el caso es el siguiente:

Gene es un muchacho estadounidense de 15 años que quería saber quién es su padre. Su madre le concibió a través de inseminación artificial a partir del espermatozoides de un donante anónimo. Gene partía con una gran ventaja respecto a otra gente que pueda encontrarse en una situación similar: su madre conocía la fecha y el lugar de nacimiento del donante y qué carrera había cursado, aunque nunca le vio ni supo cómo se llamaba ni dónde vivía.

A través de Internet, Gene localizó primero a dos personas con el mismo cromosoma Y que el suyo. Los dos tenían el mismo apellido, aunque con ligeras alteraciones en su deletreo. Averiguado el que seguramente era el apellido de su padre, Gene recurrió a una segunda página *web*, *Omnitrace.com*, gestionada por una empresa de detectives privados de Florida y especializada en localizar personas. Con los datos aportados por Gene (apellido, fecha y lugar de nacimiento, estudios), la búsqueda no fue especialmente difícil: sólo una persona en Estados Unidos coincidía con todos esos datos. Era su padre, y dice *NewScientist* -la revista británica que ha desvelado la historia esta semana- que el encuentro entre padre e hijo fue bien. (Oppenheimer, 2005)

Otro caso a nivel internacional, importante de resaltar es el caso alemán donde hay catorce bancos de espermatozoides y alrededor de 100.000 personas que han nacido gracias a una donación, a las

que hasta ahora les estaba impedido el acceso a la identidad de su padre biológico. No obstante, El Parlamento alemán ha reaccionado, sin embargo, a una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán en febrero de 2013 a favor de Sarah P., una joven de 22 años a la que concedió el derecho de ser informada acerca de la identidad de su padre por parte de la clínica de la ciudad de Essen donde fue concebida a través de una donación de esperma en 1990.

Sarah será la primera de todos aquellos hijos nacidos por inseminación artificial que a partir de ahora deseen tener conocimiento de la identidad del donante en su propio caso, gracias a la creación de un registro nacional de donantes de semen en el que deben constar los datos de todos los donantes. Los hijos podrán acceder a los datos a partir del momento en el que hayan cumplido los 16 años de edad. El personal médico, técnico o burocrático que haya participado en el proceso podría enfrentarse a partir de ahora a una multa o pena de cárcel en caso de negarse a facilitar la identidad del donante. (Sánchez, 2017)

En Inglaterra, David Gollancz, un abogado de 59 años concebido a través de inseminación artificial con semen donado, ha rastreado desde hace tiempo a sus posibles hermanos de sangre y a su padre biológico.

Gollancz ha encontrado a 11 medios hermanos, pero en la lista podrían faltar 200 más. Descubrió recientemente que el padre de todos es Bertold Wiesner, director de la clínica de fertilización Barton, donde sus padres y muchos otros lograron concebir a sus hijos. Weisner la cofundó con su esposa Mary Barton en los años cuarenta y resultó ser el donante principal en este centro. Según cálculos parcos, habría aportado su semen para al menos 300 de los 1.500 niños que nacieron en la institución. (Reproducción Humana, 2012)

Un caso similar en Estados Unidos ocupó la primera plana de los periódicos más importantes. Cynthia Daily, una trabajadora social de 48 años, decidió con su esposo concebir un hijo mediante el material de un banco de semen. Cuando creó un sitio web para invitar a todos aquellos que hubieran usado al mismo donante, “Daily se sorprendió de cómo la lista aumentaba a diario. Ya ha logrado contactar a 150 niños, todos concebidos a partir del mismo material genético masculino”. (Reproducción Humana, 2012)

De los anteriores casos se exalta en primer lugar que los hijos producto de las técnicas de F.A tienen como derecho conocer sus orígenes biológicos, lo que los ha llevado a buscar a sus padres (donantes de gametos -semen-) siendo estos derechos reconocidos a su vez por tribunales constitucionales como el caso de alemana, pero mostrando a su vez un problema de mayores proporciones como es el uso sin control de los gametos en la R.A, uno de estos casos es el del médico holandés Jan Karbaat quien durante décadas director de una clínica de R.A inseminó a medio país con sus propios gametos, estableciéndose que “Karbaat en su clínica dejó embarazadas a más de 6.000 mujeres”. (Imane Rachidi, 2017)

Finalmente, para terminar esta pequeña recopilación de casos a nivel mundial donde los hijos fruto de la R.A buscan sus orígenes biológicos, derechos reconocidos a nivel mundial que han llevado a permitir conocer la identidad de los donantes de sus gametos, llevando esto a su vez a que algunos países levanten la reserva de identidad de los donantes. Uno de los casos más resaltantes es en Reino Unido donde sólo hay nueve hombres registrados como donantes un año después de la inauguración del banco nacional de esperma de Reino Unido, ubicado en Birmingham, esto a raíz de “un cambio en la ley británica en 2005, que eliminó el anonimato para los donantes de esperma, parece ser la causa de la caída en el número de voluntarios”. (BBC

Mundo, 2015).

En Colombia ante la falta de regulación legal, los bancos de semen, que son pocos, se autorregulan bajo los lineamientos de la Organización Mundial de la Salud.

En el banco de gametos de Profamilia, donde hay óvulos y espermatozoides, se aplica una fórmula matemática que tiene en cuenta el número de habitantes de la ciudad donde vive el donante para saber cuántos hijos puede concebir. De esta forma, un individuo podría ser padre biológico de un número menor de bebés en Ibagué que en Bogotá. "En cualquier caso, el número no llega a ser superior a 25", dice Carlos Jiménez, director de este banco. (Reproducción Humana, 2012)

Aun así, el temor es legítimo si se tiene en cuenta que ha habido un aumento en la demanda de semen al tiempo que la sociedad se ha quedado rezagada tanto en el tema de la legislación como en el del seguimiento de esos niños a sus verdaderos padres, presentándose a su vez que la falta de legislación lleva a que sea utilizado sin control legal los gametos de los donantes.

### **3.4.2 El secreto profesional y sus límites.**

El secreto profesional fue abordado en el capítulo anterior, de él se dijo que está estrechamente ligado al derecho a la intimidad y que se encuentra consagrado en el marco legal que contempla el código de ética médica donde se estipula que "el médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido" (Ley 23 de 1981, artículo 37). No obstante, este marco legal consagra que el secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa,

estableciéndose que “la revelación del secreto profesional se podrá hacer” (Ley 23 de 1981, artículo 38).

Dentro de las excepciones al secreto profesional se ha consagrado que este puede ser revelado ante una orden judicial, tal y como lo dispone el artículo 38 numeral (d) de la Ley 23 de 1981. Frente a lo anterior se pronunció la corte constitucional afirmando que “cuando corresponde al cumplimiento de un encargo legal, no puede considerarse violatorio del deber de sigilo las revelaciones hechas por los profesionales de salud a las instancias judiciales” (Sentencia C 264 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

Es decir, que el secreto profesional tiene como limite la solicitud de autoridad judicial ante el profesional de la salud donde se pida revelar información que es reservada a la comunidad, debe aclararse que la información pedida a revelar debe ser concreta y debe corresponder a cada caso en particular.

### **3.4.3 Derecho a la intimidad y sus límites.**

El derecho a la intimidad, igualmente abocadó en el capítulo anterior, permitió ver este derecho supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad. Pero este derecho no es absoluto, pues “puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento” (Corte Constitucional, Sentencia C 881 de 2014, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Estas limitaciones deben fundarse en el interés general y ser legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente.



La Corte constitucional ha reconocido que una de estas razones se presenta cuando se perjudica la convivencia pacífica o se amenaza el orden justo, el cual para la Corte Constitucional se traduce en:

La vigencia de los preceptos constitucionales, en el imperativo para el legislador y para las autoridades de actuar dentro de esos parámetros superiores; de expedir normas y actos que no contraríen la Carta Política, y en la exigencia para que los jueces, en el ejercicio de su función de administrar justicia, profieran sus decisiones con plena observancia de esos cánones constitucionales. Así mismo, dentro de un orden justo, se reclama el compromiso que deben asumir todas las personas de respetar los derechos de los demás, de no abusar de los propios y de cumplir con sus deberes y obligaciones constitucionales y legales. (Sentencia C 573 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño)

De acuerdo a lo anterior, la sanción de las conductas que atentan contra los bienes jurídicos tutelados, constituye una razón suficiente para limitar el derecho a la intimidad. Estos límites emanan del interés público constitucionalmente legítimo, lo cual permite graduar los niveles de intromisión en la intimidad. La información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse:

Los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el

deber de satisfacer requisito alguno.

La información semi-privada, será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales.

Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas. (Corte Constitucional, Sentencia C 640 de 2010, MP Mauricio González Cuervo)

Finalmente, la información privada, será aquella que por versar sobre información personal o no, y que, por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones.

## Conclusiones

Una vez desarrollada esta investigación que centro su análisis en la R.A y los derechos de los menores frutos de estos procesos en lo que corresponde a su derecho a la identidad biológica y/o genética frente a los derechos al secreto profesional y el derecho a la intimidad de los donantes de gametos, puede concluirse de forma general que:

En primer lugar, la reproducción asistida tiene como finalidad lograr el embarazo y la reproducción de una especie, sea esta la especie humana, esto a través de la asistencia médica siendo un método utilizado por las parejas que no pueden lograr su reproducción.

Que, a finales del siglo XX, las personas con problemas de fertilidad, es decir, dificultad para lograr reproducirse, debían resignarse o acudir a la adopción si deseaban formar una familia. A partir de 1978 todo esto cambió con el nacimiento de Louise Brown, inglesa conocida por ser la primera persona en nacer mediante la fecundación in vitro, en quien las personas estériles la solución a sus problemas de fertilidad.

Que, 1978 en Colombia, se funda el primer banco de criopreservación de semen (Cecolfes), el cual, bajo la dirección científica del Doctor Elkin Lucena, pionero en Colombia y Latinoamérica

La actualidad ha brindado a las personas con problemas de infertilidad, una solución a su derechos sexuales y reproductivos a través de los métodos o técnicas de R.A donde se destaca la

fecundación in vitro y la inseminación artificial como métodos más utilizados en estos procesos.

A pesar de ser estos métodos de fecundación practicados en Colombia, no se cuenta con su regulación a nivel legal, permitiendo que cada entidad hospitalaria legalmente constituida cree sus estatutos.

En Colombia la constitución política y normas internacionales que se integran al bloque de constitucionalidad imponen la prevalencia de los derechos de los menores sobre los demás derechos encontrándose dentro de estos derechos de acuerdo con la constitución y la normatividad legal de la Ley 1098 de 2006 el derecho a conocer su identidad biológica, orígenes y procedencia donde la Constitución Política estableció que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados y procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable

Analizadas las anteriores conclusiones generales, se presentarán una serie de conclusiones específicas que se centran en el problema jurídico de este trabajo, partiendo de que nuestro país no ha regulado legalmente la reproducción asistida a pesar de ser una realidad social y que esta ha sido puesta a consideración del congreso en diferentes épocas, resaltando (i) el Proyecto de ley número 47 de 1998 Senado; (ii) el Proyecto de ley número 45 de 2000 Senado; (iii) el Proyecto de ley número 029 de 2003 Cámara; (iv) el Proyecto de ley número 100 de 2003 Cámara; (v) el Proyecto de ley número 64 de 2005 Cámara. Esta no ha sido regulada en nuestro país.

Es por eso, que ante un conflicto de derechos como los presentados cuando un menor producto de la reproducción asistida quiere hacer valer su derecho a la identidad biológica y

genética, frente al derecho al secreto profesional y el derecho a la intimidad y reserva de identidad de los donantes de gametos, debemos acudir a la experiencia de otros países encontrando caso como el presentado en Estado Unidos, el caso alemán y/o inglés donde ante este caso primaron los derechos de los menores a buscar sus orígenes genéticos.

Al concatenar los derechos antes mencionados en el marco jurídico colombiano, se encontró que los derechos de los menores tienen un rango superior sumado a que los derechos al secreto profesional a la intimidad no son absolutos, podemos concluir que un hijo nacido bajo los procesos de R.A si tienen derecho a conocer sus orígenes biológicos y genéticos.

## Recomendaciones

Se hace necesario en pro de los derechos a la seguridad jurídica regular en Colombia la R.A, esto permitirá que la sociedad en general conozca los pro y contras de la donación de gametos para los procesos de fecundación, lo que a su vez permitirá prevenir que se den casos masivos de difusión de material genético como sucedió en el caso de Holanda donde un mismo portador fecundo cientos de mujeres.

Finalmente, es importante aprender de países como Reino Unido, donde sí se legislo lo relativo a derechos como la identidad biológica, y el derecho a la intimidad de los donantes de gametos, lo que ha brindo seguridad jurídica a quienes quieren acudir a estos métodos de fecundación.

## Referencias

- BBC Mundo. (01 de septiembre de 2015). Por qué el banco nacional de esperma de Reino Unido sólo tiene nueve donantes. BBC Mundo. Recuperado el 04 de marzo de 2018, de [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150901\\_salud\\_banco\\_donantes\\_esperma\\_reino\\_unido\\_bd](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150901_salud_banco_donantes_esperma_reino_unido_bd)
- BDG. (22 de febrero de 2018). [www.bancodegametos.com](http://www.bancodegametos.com). Obtenido de Donación de gametos: <http://www.bancodegametos.com.uy/pc/index.php#>
- CCM Salud. (2018). Fecundación asistida. Creative Commons. Recuperado el 07 de enero de 2018, de <http://salud.ccm.net/faq/23125-fecundacion-asistida-definicion>
- Cecolfes. (10 de enero de 2018). <http://www.cecolfes.com>. Obtenido de <http://www.cecolfes.com/es/cecolfes/logros>: <http://www.cecolfes.com/es/cecolfes/logros>
- Cook, R., Erdman, J., & Dickens, B. (2002). El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias. México. Recuperado el 11 de enero de 2018, de [https://books.google.com.co/books?id=OR\\_dDAAAQBAJ&pg=PT167&lpg=PT167&dq=Los+derechos+sexuales+y+reproductivos+de+las+mujeres+han+sido+reconocidos+como+derechos+humanos,+y+como+tales,+han+entrado+a+formar+parte+del+derecho+constitucional,+soporte+fundament](https://books.google.com.co/books?id=OR_dDAAAQBAJ&pg=PT167&lpg=PT167&dq=Los+derechos+sexuales+y+reproductivos+de+las+mujeres+han+sido+reconocidos+como+derechos+humanos,+y+como+tales,+han+entrado+a+formar+parte+del+derecho+constitucional,+soporte+fundament)
- Díaz, E. (2007). derecho a la identidad. Argentina. Recuperado el 13 de febrero de 2018, de [http://www.senado.gov.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/observatorio/identidad\\_biologica.pdf](http://www.senado.gov.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/observatorio/identidad_biologica.pdf)
- Eddita, L. (2008). Reproducción en contexto: la reproducción asistida. México: Trotta.
- Gómez Bengoechea, B. (septiembre-diciembre de 2007). El derecho a la identidad filial o

- biológica en el Ordenamiento Jurídico Español. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (72). Recuperado el 20 de febrero de 2018, de file:///D:/datos%20de%20usuario/Downloads/418-1406-1-PB.pdf
- Ibáñez, L. (2012). Fecundación y ciencia. Bogotá: Revista de biología, química y ciencia.
- Ibarra Rodríguez, A. A., & Posada Posada, Y. (2012). Derecho a la identidad: por el acceso a todos los derechos.
- Imane Rachidi. (05 de junio de 2017). Los '400 hijos' del semental de Rotterdam. El Mundo, España. Recuperado el 03 de marzo de 2018, de <http://www.elmundo.es/cronica/2017/06/05/5933feb0268e3e676c8b4571.html>
- Jouve, N. (02 de febrero de 2018). <http://www.paginasdigital.es>. Obtenido de Identidad genética y dignidad de la vida humana: [http://www.paginasdigital.es/v\\_portal/informacion/informacionver.asp?cod=1605&te=20&idage=3016](http://www.paginasdigital.es/v_portal/informacion/informacionver.asp?cod=1605&te=20&idage=3016)
- Martínez, I. (2009). Derecho y reserva judicial. Cali: Universidad Javeriana sede Cali.
- Matorras, R., & Hernández, J. (2007). Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Esp. Barcelona: Adalia:Madrid.
- Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida. Bogotá: grupo de investigaciones CIFAD – CONADI Universidad Cooperativa. Recuperado el 07 de enero de 2018, de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/30/tecnicas-de-reproduccion-asistida-y-su-incidencia-en-colomna.pdf>
- Moreno, R. (2009). Derecho De Familia. En R. Moreno, La filiación (pág. 519). Asunción, Paraguay: Intercontinental.



OPPENHEIMER, W. (06 de noviembre de 2005). Señor donante, soy su hijo. (E. país, Ed.) El país. Recuperado el 01 de marzo de 2018, de [https://elpais.com/diario/2005/11/06/sociedad/1131231604\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2005/11/06/sociedad/1131231604_850215.html)

Organización de los Estados Americanos (OEA). (CJI/doc.276/07 ).

<http://www.oas.org/es/sla/cji/>. Obtenido de Informe sobre el derecho a la identidad.

Pérez Porto, J., & Merino, M. (2014). Definición de reproducción asistida. Definiciones:

Recuperado el 06 de enero de 2018, de (<https://definicion.de/reproduccion-asistida/>)

Red Latinoamericana de Reproducción Asistida . (2015). LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y TIPOS DE PROCEDIMIENTOS. Guayaquil : <http://www.innaifest.com/reproduccion-asistida>.

Reproducción Humana. (14 de abril de 2012). Hijos de donantes que quieren saber de sus

verdaderos padres. Semana. Recuperado el 03 de marzo de 2018, de

<http://www.semana.com/vida-moderna/articulo/hijos-donantes-quieren-saber-verdaderos-padres/256388-3>

Salvador, Z. (05 de mayo de 2017). Técnicas de reproducción asistida: tipos, precio y Seguridad Social. Revista y comidad líder en fecundación asistida . Recuperado el 03 de enero de 2018, de <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>

SÁNCHEZ, R. (19 de mayo de 2017). Los hijos de donantes de semen podrán conocer a sus padres en Alemania. ABC Sociedad. Recuperado el 02 de marzo de 2018, de

[http://www.abc.es/sociedad/abci-hijos-donantes-semen-podran-conocer-padres-alemania-201705192247\\_noticia.html](http://www.abc.es/sociedad/abci-hijos-donantes-semen-podran-conocer-padres-alemania-201705192247_noticia.html)

Serra, A. (2018). La contribución de la Biología al estatuto del embrión, [www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com).

Obtenido de [www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com): [www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com)

SUAREZ PARADA, A. L. (2010). Reproducción humana asistida y filiación en el derecho de

familia colombiano. REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI.

Recuperado el 09 de enero de 2018, de

[http://www.academia.edu/24400212/Reproduccion\\_humana\\_asistida](http://www.academia.edu/24400212/Reproduccion_humana_asistida)

## Referencias legales y jurisprudenciales

Colombia, Asamblea nacional constituyente, constitución política, 1991.

Congreso de la Republica, Ley 1060 de 2006 por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.

Congreso de la república, Ley 1098 de 2006, Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Congreso de la Republica, Ley 23 de 1981, Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.

Congreso de la Republica, Ley 35 de 1989, Ética del Odontólogo Colombiano.

Congreso de la Republica, Ley 36 de 1993, Reglamenta la Profesión de Bacteriólogo.

Congreso de la Republica, Ley 721 de diciembre 24 de 2001, Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989.

Corte Constitucional, Sentencia 301 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia 881 de 2014, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C 264 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C 301 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C 355 de 2006, MP Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia C 409 de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C 573 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C 640 de 2010, MP Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

Corte Constitucional, Sentencia T-009, M. P. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia T-191 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia, C-109 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Forneron e hija VS. Argentina, Sentencia de  
27 de abril de 2012.