



Seminario sobre filiación y pruebas genéticas de ADN

En este y los siguientes números presentaremos el resumen de algunas de las ponencias que se leyeron en el seminario realizado en la Universidad Externado de Colombia los días 22 y 23 de mayo de 2003.

Emilssen González de Cancino

Directora del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho

La Maternidad

Definiciones del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española.

Madre:

Hembra que ha parido.

Hembra respecto de su hijo o hijos.

Matriz en que se desarrolla el feto.

Causa, raíz u origen de donde proviene algo.

Maternidad:

Estado o cualidad de madre.

Padre:

Varón o macho que ha engendrado.

Varón o macho respecto de sus hijos.

Cabeza de una descendencia, familia o pueblo.

Paternidad:

Cualidad de padre.

Estas definiciones no parecen simétricas como lo impondría la conciencia igualitaria propia de nuestros tiempos. Mientras para aclarar el sentido y el significado de madre, el énfasis se pone en el parto, tal como lo señala la primera acepción, aunque es cierto que en una posterior también se refiere al órgano en el que se adelanta la gestación. En cambio, para definir al padre se coloca el acento en el engendramiento, entendido como acción y efecto de engendrar, es decir de crear, de producir.

Traducidas a la biología, mientras para determinar el concepto de madre tienen mayor importancia la gestación y el alumbramiento, para hacer lo mismo con el de padre, lo importante viene a ser la aportación del espermatozoide.

En la actualidad los genetistas¹ matizan ambos conceptos mediante el empleo de adjetivos. Se distingue entre la madre genética, la biológica y la legal; la primera se define por la aportación del óvulo, primer elemento de un proceso que puede llegar al nacimiento de un nuevo ser; la biológica se caracteriza por adelantar en su propio útero el proceso de gestación que concluye con el parto, y la legal, por ser la mujer que asume los derechos y obligaciones propios de la filiación materna, de acuerdo con la ley. Similares calificaciones se dan al concepto de padre, salvo la diferencia entre el biológico y el genético; además, estas locuciones están pasando rápidamente al lenguaje jurídico.

Es verdad que corresponde al derecho determinar en qué consisten las relaciones de filiación y cuáles son ellas, pero también es forzoso reconocer que, en tradición que

¹ J. R. LACADENA. Glosario de términos científicos referentes a la reproducción humana, en J. GAFO (ed.). *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Madrid, 1986, pp. 169 y ss.

se acentúa con el Código Civil francés de 1804, el derecho privilegia el dato biológico, sobre todo en tratándose de la materna. La atribución normativa se realiza respetando en lo posible los hechos biológicos.

Nuestras Cortes han unificado el sentido de la relación de atribución (¿imputación?) en que consiste la filiación, para hablar de filiación verdadera cuando se refieren a la relación genética entre los procreadores y los nacidos de la correspondiente procreación (Corte Constitucional, sentencia C-109 de 15 de marzo de 1995; C.S.J, Sala Plena, sentencia de 20 de junio de 1990). La doctrina se orienta desde hace algunos años por el criterio interpretativo *favor veritatis*, y la legislación –Ley 721 de 2001– parece cerrar el ciclo para dar a los factores genéticos la primacía, por lo menos siempre que la atribución de la filiación dé lugar a un proceso.

En materia de filiación, y no sólo en la materna, recordamos lo dicho por conferencistas anteriores: el derecho tradicional trató de establecer reglas que dieran certeza y estabilidad a los valores que pretendía favorecer y a los derechos que se proponía garantizar, tratando de respetar los vínculos basados en la naturaleza, mejor aún, en la sexualidad natural y su conexión con la procreación, que establecían los llamados vínculos de sangre. La ciencia actual lo condujo a una paradoja: le dio los elementos para comprobar, casi con exactitud, el nexo genético materno filial; así, la certeza largamente buscada se puso al alcance del derecho, pero esa misma ciencia rompió la relación entre concepción y parto y, en consecuencia, lo volvió a colocar ante la necesidad de buscar para la filiación los fundamentos que mejor consulten el interés general y garanticen el interés superior de los niños.

La regla que atribuye la filiación materna con base en el parto se deriva del principio contenido en el texto de Paulo que los recopiladores justinianos colocaron en D. 2. 4. 5: *mater semper certa*, y parte de la identidad de la mujer desde la concepción hasta el alumbramiento.

De esta posición se deduce que la imputación de la maternidad sólo sea

posible, según el artículo 335 del Código Civil colombiano:

1. Cuando el parto no haya existido, es decir cuando sea falsa la afirmación de su existencia.
2. Cuando exista cambio de niños; es decir, suplantación del pretendido hijo al verdadero.

Son titulares de la acción correspondiente

1. El marido de la supuesta madre, de quien se predica el parto falso o la suplantación, para desconocer la legitimidad del hijo.
2. La supuesta madre, con el mismo fin.
3. Los padres legítimos para conferir al hijo o a sus descendientes legítimos los derechos de familia que les corresponden en la suya.
4. La verdadera madre: mujer que efectivamente dio a luz, para exigir alimentos al hijo.
5. El hijo mismo, en el lenguaje de este artículo, el verdadero hijo, en ejercicio de su derecho a reclamar su verdadera filiación.

Prueba de la filiación materna

¿Cómo se prueba la filiación materna? Como todo estado civil, con las actas correspondientes; en este caso la de nacimiento².

Ahora bien, cuando se impugna la maternidad, ¿cuáles serán los medios de prueba para desvirtuar el contenido del acta? De acuerdo con la Ley 721 de 2001, la pericia mediante el empleo de los análisis de ADN con marcadores genéticos será la principal, por no decir la única. Corresponde al *officium* del juez su decreto en este como en todos los procesos en que se investigue la maternidad o la paternidad.

La Ley 721 de 2001, con alcance limitado formalmente al aspecto probatorio, revalorizó, o está en proceso de hacerlo,

- 2 Consideramos poco afortunada la sentencia de la Sala de Casación Civil de la C. S. J., proferida el 28 de marzo de 1984, en cuanto afirma: "... la posesión notoria, lo mismo que el acta de nacimiento, como pruebas ordinarias que son en materia de filiación, sólo hacen fe provisionalmente: hasta tanto la persona que discute su autoridad las destruya o infirme con la aportación de pruebas que demuestren lo contrario. De ahí que combatir el acta de nacimiento o la posesión notoria del estado de hijo de determinada mujer constituye, precisamente, el objetivo de la pretensión impugnativa de la maternidad

la centralidad del elemento genético en materia de filiación

Las técnicas de procreación humana asistida (TPHA)

Con relación a la mujer, estas técnicas pueden ser intra o extracorpóreas, según la fertilización del óvulo se lleve a cabo dentro del aparato reproductor de la mujer o fuera de él, en el laboratorio.

Entre las primeras están la clásica inseminación médicamente asistida y el Gifi; entre las segundas, el Zifit, la Fivite, el Icsi y la muy reciente Thomi, que parece ser una híbrido entre el Icsi y el Zifit.

Estos procedimientos técnicos abrieron la posibilidad de la madre nodriza, sustituta, gestante o subrogada.

En las extracorpóreas y en las hipótesis de maternidad sustitutiva el gameto femenino puede pertenecer a mujer diferente de la que realizará el parto.

Filiación de los hijos procreados con asistencia científica

Para definir la filiación materna de los niños procreados mediante las TPHA el derecho puede moverse en diversos sentidos según los fines que se proponga obtener. Pensemos en algunos.

1. Tomar medidas para garantizar que en materia de filiación sólo se tengan en cuenta los datos de la biología, o de la genética en particular; considerar que con su prueba se favorece la verdad, y dar prioridad a las pruebas científicas en caso de conflicto, sin crear excepciones para los hijos procreados con asistencia científica. Podría llegar a extender la exigencia, de manera expresa, a la inscripción en el registro y al reconocimiento voluntario.

2. Aplicar lo anterior sólo en cuanto atañe a la filiación extramatrimonial y, en cambio, favorecer la adquisición y conservación del estado de hijo legítimo (*favor legitimatis*) con base en las presunciones (esta opción parece ser la de nuestro ordenamiento civil), y en caso de empleo de las TPHA, en el consentimiento.
3. Garantizar que los menores (niños y adolescentes) tengan una familia fundada en los principios tradicionales, entendiendo por tal la fundada en el matrimonio, y regular en consonancia el acceso a las TPHA para no alterar las normas y principios que rigen la filiación.
4. Aplicar un sistema lo suficientemente flexible para garantizar que todo menor de edad esté al cuidado de uno o varios adultos responsables a quienes quizá no fuera necesario llamar padres.

Habría por lo menos dos preguntas obligadas: ¿cualquiera de las opciones podría dar suficiente seguridad y estabilidad al estado civil familiar y asegurar la protección de los niños?

¿No es posible elegir porque existe un derecho constitucional a poseer una filiación basada en el real vínculo genético con el progenitor?

La respuesta a la primera requiere largo y pormenorizado análisis interdisciplinar.

No parece que la Constitución colombiana consagre un derecho fundamental a poseer una filiación basada en vínculos genéticos.

El artículo 13 reconoce el derecho a la igualdad entre las personas de diferente origen familiar; el 14, el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica; el 15, el derecho a la intimidad personal y familiar; el 16,

al libre desarrollo de la personalidad; el 18, la libertad de conciencia; el 42, la inviolabilidad de la honra, la dignidad y la intimidad familiares; el mismo, la igualdad de derechos entre todos los hijos, incluidos los procreados con asistencia científica; el 44, el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella.

El Código del Menor, en desarrollo de tratados internacionales, consagra el derecho del niño adoptado a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar (art. 115). De ninguno de ellos se deduce el derecho a tener una filiación basada en vínculos genéticos, pues una cosa es el derecho de las personas a la asignación de un estado civil, y el correlativo deber del Estado de procurársela, y otra que la Constitución asigne a la genética el papel de servir de fundamento a la filiación.

Las nuevas técnicas de procreación humana presentan al derecho la exigencia de criticar y superar la identificación entre el factor material de la derivación genética y los fundamentos jurídicos de la responsabilidad del generante³.

El empleo de las TPHA intracorpóreas, como la inseminación artificial o el GIFT, no plantea problemas en esta sede. La utilización de las extracorpóreas con óvulo de donante, seguida de la transferencia de los embriones al útero de la mujer que se propone realizar el alumbramiento e inscribir al hijo como suyo, sí lo haría. El uso de gametos de donante conocida, que será lo general mientras las técnicas de congelación y descongelación de oocitos no hayan alcanzado mejor desarrollo, puede agravar la dificultad.

Si se opta por extender a estos casos las reglas de atribución de la filiación materna matrimonial cuando la madre gestante (biológica) está unida en matrimonio, se estaría cerrando la puerta a la verdad genética que la doctrina, la jurisprudencia y las leyes especiales han venido privilegiando, para dar prioridad, a ultranza, al favor legitimatis. El fundamento, desprovisto de la incertidumbre sobre los gametos involucrados en la concepción,

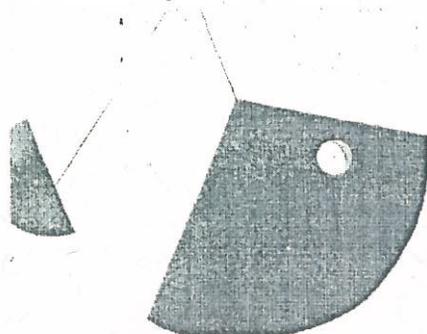
luciría un tinte autoritario contrario a la C. P. Equivaldría a decir: por cuanto la familia está fundada sobre el matrimonio, todos los hijos de mujer casada forman parte de ella aunque sea un hecho cierto que genéticamente no están vinculados a la "madre". La razón de establecer los plazos y la presunción de paternidad legítima podía defenderse sobre la base de la incertidumbre típica del progenitor masculino, aunque, tal vez en un comienzo, también se fundaba en criterios de poder patriarcal.

Si se elige aplicar una regla especial, ésta podría basarse en el respeto del anonimato de la donante, que podría tomar varias vertientes: 1. Anonimato total, muy cuestionado actualmente por razones constitucionales y sociales. En Inglaterra la baronesa Warnock, quien dirigió la comisión de expertos que produjo el informe homónimo, base de la Ley sobre Embriología y Fertilización Humana de 1990, ha dicho públicamente que la situación actual es muy diferente y la sociedad está madura para dejar de lado el anonimato de los donantes. 2. Posibilidad de investigar los meros datos genéticos. 3. Facultad de llegar hasta el conocimiento de la identidad de la donante, pero sin posibilidad de establecer con ella relaciones de filiación.

En las hipótesis 2 y 3 se señalarían tanto la legitimación para solicitarla como las circunstancias en las que sería posible la investigación: ¿se permite al hijo, a cualquier edad, personalmente, o por medio de representante, según el caso? ¿Se permite al hijo cuando las condiciones de su salud lo hagan necesario? ¿Se le permite con entera libertad pero sólo al alcanzar cierta madurez? ¿Se requerirá siempre la intervención del juez, o podrían estar autorizadas las unidades de fertilidad?, etc. En este punto ya algunos especialistas⁴ se han preguntado si los jueces podrían adelantar un juicio y dar una sentencia sin consecuencias jurídicas. En realidad ni uno ni otra serían inocuos, puesto que, en el caso colombiano, por ejemplo, tenderían a

3 A. TRABUCCII. *Istituzioni di diritto civile*, Padua, 1981

4 M. CÁRCABA FERNÁNDEZ. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana asistida*, Barcelona, 1995.



garantizar el derecho a conocer el origen, derecho que el sistema reconoce, y en aquellos casos en que la razón sea una acción de estado civil, una investigación penal o una urgencia de salud, la sentencia tendría efectos en el ámbito de los derechos fundamentales.

Si el anonimato cubre con su velo a la donante será fácil promulgar una disposición que establezca la filiación materna de los hijos con la mujer que realiza el parto y cerrar las puertas a la impugnación en esta hipótesis.

Si la donante debe ser conocida, la regulación tendría que ser más pormenorizada y estar precedida de juicioso análisis inter y transdisciplinarios para estudiar, como en el caso de la adopción abierta, si resulta más conveniente para el menor que el derecho reconozca vínculos homogéneos o heterogéneos tanto con la madre biológica como con la genética. Aquí el interés superior del menor es muy importante –también debe serlo a la hora de escoger entre el anonimato, la mera confidencialidad o el conocimiento público de la donante–, pero también es preciso considerar los derechos fundamentales de los demás involucrados y el interés general de la sociedad.

Los contratos de gestación sustitutiva que implican el aprovechamiento de las TPHAs para propósitos específicos y la directa participación del consentimiento de los particulares en materias de estado civil amplían casi desmesuradamente el espectro de los matices que es necesario contemplar en la atribución de la filiación materna.

Antes de la irrupción de las TPHAs, madre biológica y madre genética eran calidades que conflúan en una sola mujer –si se hablaba de maternidad social, maternidad de deseo, maternidad de afecto, entre otros, se hacía en otro contexto– y deberían coincidir con la condición legal de madre. Después, fue posible que una mujer fuese la madre genética mientras otra merecía el calificativo de biológica (la gestante); cuando y donde se reconoce la validez de los contratos de gestación sustitutiva tres mujeres pueden estar relacionadas con un niño con lazos que importan a la filiación: una puede hacer el encargo (¿compradora?

¿arrendataria o arrendadora?), otra aportar el óvulo, y una tercera adelantar la gestación y realizar el alumbramiento.

Si no se acepta la validez de tales contratos (tanto en la forma que suele llamarse de alquiler de vientre, como en la de gestación sustitutiva propiamente dicha), esto no significa que no pueda el derecho verse ante la necesidad de decidir sobre la filiación de un niño nacido en desarrollo del contrato nulo. ¿Corresponderá la materna a la mujer que lo ha alumbrado, o a la que ha suministrado el óvulo? De nuevo la primacía del factor genético debería imponerse, sin embargo, si esta última no tiene interés, ¿debería procederse por subsidiariedad? ¿Equivaldría esto a establecer una jerarquía materna? ¿Veremos en nuestro país sentencias como la americana que reconoció la existencia de dos madres para un mismo hijo? ¿Podrían llegar a tres? El propósito de acogimiento y dispensa de afecto sería un valor rescatable para fundamentar el establecimiento de la filiación, mas, por desgracia, demasiado contingente: ¿qué sucedería si las tres pueden probar la existencia de aquéllos? Más dramáticamente, ¿cuál sería el resultado cuando no se presentan en ninguna de las tres? La nulidad del contrato sería obstáculo no despreciable para la apreciación de la responsabilidad que, particularmente en la última hipótesis, sería el criterio preponderante para establecer la filiación y exigir el cumplimiento de los deberes derivados de ésta. Una determinación legal precisa es aconsejable en este punto.

Si se acepta con amplitud la validez de tales negocios jurídicos, la coherencia se inclinaría por la determinación consensual de la filiación; pero no es esta una cuestión de orden público que puede dejarse al arbitrio de los particulares. Si se concede primacía a la gestante, en honor a la tradición, en el sentido de considerar que no está obligada a entregar al niño o que su obligación es meramente natural, ¿también deberá obligársela a asumir las

cargas derivadas de la relación jurídica madre-hijo, cuando la mujer que hizo el encargo no acepta el cumplimiento de la prestación, se ausenta o muere?

Si la favorecida es quien hace el encargo por el tratamiento legal que obliga a la gestante a entregarle el niño, el equilibrio en los efectos contractuales impondría cargarla con la obligación de recibirlo cuando la gestante no quiere conservarlo.

En el fondo de ambas soluciones, más que una elección trágica del sistema, se aprecia una motivación perversa que obliga a un niño a vivir en condiciones afectivas precarias, cuando no totalmente adversas, en aras del respeto por la autonomía privada.

El ideal liberal, de cuyas bondades estoy convencida, exige la formación de una conciencia ciudadana virtuosa (doy a la palabra el sentido romano clásico), solidaria y respetuosa de los derechos y libertades de los demás, especialmente de los más débiles, de los cuales los bebés ocupan el primer lugar en la escala.



Utilización post mortem de las TPHAs

En Colombia hay un precedente para la aplicación de la FIVTE después de la muerte del varón –en el caso concreto se trataba de un compañero permanente–, mas no para el caso del marido supérstite que pretenda la transferencia al útero de otra mujer de embrión formado previamente con óvulo de la esposa premuerta.



Reflexión final

Hago votos por que las futuras leyes en la materia en nuestro país respeten el ideal liberal que, como dice MAX CHARLESWORTH, representa una evolución importante y preciosa en la conciencia moral humana, pero también creo que el ideal liberal sólo puede ser viable en una comunidad ciudadana ilustrada e informada.

Amigo lector: Sus opiniones nos serán útiles y gratas. Las esperamos en el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, oficina A-407, Universidad Externado de Colombia, calle 12 n.º 1-17 este, o en la dirección de correo electrónico <deromano@uexternado.edu.co>.