



Algunas consideraciones sobre la filiación asistida en Colombia

..... Lina Marcela Mesa Valencia y Juan David Giraldo Agudelo¹⁹

En Colombia, los instrumentos jurídicos tradicionales de protección de *nacituros* comienzan a ser insuficientes ante los nuevos fenómenos científicos que aparecen en torno a estos. La legislación sobre protección de la vida humana embrionaria y la reproducción humana asistida aún no se ha desarrollado de modo eficiente en Colombia; no obstante, los avances científicos en esta materia, siguen desarrollándose en nuestro país.

Se requiere contribuir al crecimiento y perfeccionamiento de la investigación en el derecho colombiano desde cómo el derecho y la ciencia deben ir conectados, pero sobre todo hasta qué punto nuestra legislación aprueba el avance, en su jurisprudencia, de la ciencia y de la sociedad. Uno de estos aspectos se centra en las posiciones y planteamientos de diversos autores referentes al tema de la reproducción humana asistida y la filiación asistida en Colombia.

Para Roberto Suárez la filiación asistida:

Es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con la otra. Es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; es un

19 Estudiantes de la especialización en Derecho de Familia, II Cohorte-2012. Universidad Autónoma Latinoamericana

estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y frente a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones. (2001, p. 236).

Según el diccionario de la lengua española, filiación, del latín *filus*, hijo, es la procedencia de los hijos respecto a los padres. Es decir, se refiere al vínculo entre el padre o la madre, y el hijo, originado principalmente en la procreación. Consecuentemente “este nexo en relación con el padre, toma el nombre de paternidad, y mirado por el lado de la madre, se le denomina maternidad” (Parra, 2002, p. 405).

La relación filial constituye dos vertientes básicas de innumerables consecuencias jurídicas. De un lado, se presentan las figuras de padre o madre, quienes son los progenitores; y del otro, la del hijo, sobre el cual recae la filiación. Por tanto, la filiación es la relación jurídica existente entre padres e hijos derivada de un nexo biológico y jurídico. Es importante considerar que no sólo el nexo biológico es constitutivo de la relación filial, pues también la adopción produce todos los derechos y obligaciones propios de esta relación.

Es muy importante diferenciar la filiación del parentesco de consanguinidad, ya que este último corresponde a la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre, definición legal que nos proporciona el artículo 35 del Código Civil.

Para comprender las implicaciones y los efectos de la filiación asistida en materia jurídica y sus retos a la legislación colombiana actual es necesario precisar, en primer lugar, cuáles son las diferentes clases de filiación que se identifican en la legislación y la doctrina colombiana.

Una primera clase la constituye la denominada filiación legítima o matrimonial, la cual se presenta cuando el hijo es concebido encontrándose los padres unidos, por el vínculo del matrimonio. La filiación legítima tiene como origen la relación de carácter matrimonial; todos los hijos concebidos dentro de esta institución se reputan hijos legítimos según lo establecido por la ley. Los hijos legítimos, al acceder al registro civil de nacimiento, se inscriben en éste tomando como primer apellido el primer apellido de su padre, y como segundo apellido el primero de su madre (Ley 54 de 1989).

La filiación legítima se refiere a los hijos legítimos y los hijos legitimados, dejando en claro que estos últimos gozan de iguales derechos. Jaramillo (1991, p. 300) explica estos conceptos, remitiéndose al momento de la concepción

del hijo. Es decir, en el caso de los hijos legítimos se habla expresamente de aquellos concebidos dentro del vínculo matrimonial existente entre sus padres; además, precisa los límites de tiempo de la concepción de que habla el Código Civil para establecer la presunción de hijo legítimo, y las características espaciales o geográficas respecto al domicilio que evidencie que para una fecha determinada, el padre estaba en el domicilio de la madre y por tanto tuvo oportunidad de concebir con ésta el hijo, lo cual permite la viabilidad para establecer esta presunción con respecto al padre; adicionalmente, menciona otras características fisiológicas que permitan físicamente la procreación, más concretamente la capacidad para engendrar.

Los hijos habidos dentro del matrimonio se presumen legítimos si nacen después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, considerándose entonces que fueron concebidos en él y por consiguiente, el padre es el marido; también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial o a la separación de los cónyuges judicialmente declarada.

Una segunda clase de filiación es la legitimada, la cual ocurre cuando el hijo es concebido antes del matrimonio de sus padres, y estos posteriormente contraen matrimonio entre sí, dándole a este la calidad de legitimado. En otras palabras, los hijos legitimados son aquellos que al momento de la concepción sus padres no estaban unidos por el vínculo matrimonial, pero que son legitimados por el matrimonio de éstos posteriormente. Así, con la Ley 29 de 1982, artículo 1º, se les confiere a los hijos legitimados los mismos derechos y obligaciones, y con las Sentencias C-149 y C-800 de 2000, la Corte Constitucional ya no hace esa distinción, cuando se trata de derechos patrimoniales.

Otra clase de filiación corresponde a la extramatrimonial, la cual se da cuando la procreación del hijo y el nacimiento del mismo ocurren sin que los padres hayan contraído matrimonio entre sí, pero se da el reconocimiento. Así, la filiación extramatrimonial está relacionada con el término de hijo natural, concebido y nacido por fuera del vínculo matrimonial de sus padres entre sí, y que se mantiene siempre que no haya matrimonio de éstos.

Finalmente, se habla de la filiación adoptiva que es aquella que se origina con la adopción del hijo, mediante acto solemne por el cual en virtud de la ley y de actos de voluntad se imitan la paternidad y la maternidad.

Sea cual sea el tipo de filiación que se determina, lo cierto es que la igualdad de derechos entre los hijos también cubre a los concebidos con asistencia científica. Al respecto, el inciso séptimo del artículo 42 de la Constitución

Política dispone que tendrán iguales derechos y deberes los hijos habidos en el matrimonio o por fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica. Se reitera así la absoluta igualdad legal entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos proclamada por el artículo 1° de la ley 29 de 1982, norma con la cual el derecho colombiano superó de modo definitivo un régimen de filiación abiertamente discriminatorio. Como se recuerda en los textos sobre la materia, solo en 1936 empezó la ley colombiana a reconocer ciertos derechos mínimos al hijo extramatrimonial, hasta entonces puesto en un injusto plano de inferioridad jurídica (ley 45 de 1936).

Al respecto del tema objeto de estudio que es la filiación asistida, el Código Civil Colombiano distingue entre la filiación natural y la adoptiva. El artículo 179 del Código Civil comienza diciendo que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial y en su inciso 2° establece que la filiación adoptiva se rige por la ley respectiva.

Por tanto,

La filiación natural tiene que definirse, en consecuencia, como aquella que proviene de la naturaleza. La filiación por naturaleza o biológica, como su nombre lo dice, es aquella en que los hijos son biológicamente tales respecto de su padre o madre. En el fondo la diferencia solo se hace para distinguirla de la adoptiva aunque, por cierto, en la realidad práctica puede acceder muchas veces, especialmente respecto del padre, que quien pasa por hijo no lo sea biológicamente (Abeliuk, 2000, p. 44).

En cuanto a la filiación asistida, éste es un tema novedoso en el derecho porque los avances de la medicina y de las técnicas permiten hoy tener hijos a personas infértiles con intervención no sexual, lo que ha producido grandes trastornos y discusiones.

De acuerdo con Suárez (2010), por razones ético-filosóficas, de doctrina y limitaciones prácticas, se reconoce que en nuestro país no existe una regulación legislativa sobre los temas relacionados con las nuevas tecnologías sobre la vida, lo cual implica que al no estar consagradas legislativamente las técnicas de reproducción humana asistida, éste tema quedó bajo interpretación constitucional sobre el “*nasciturus*” como protección de la “vida humana embrionaria” en Colombia.

En este orden de ideas, la reglamentación legislativa sobre las técnicas de reproducción humana asistida y filiación en el Derecho de Familia Colombiano,

han tenido un desarrollo inverso, ya que primero se promulgaron las sanciones penales para este tipo de prácticas, sin haberse dictado leyes relativas a las técnicas de reproducción humana y al estatuto del embrión, a fin de establecer sus límites, la responsabilidad que puede generar, tanto de carácter civil como administrativa (Suárez, 2010).

Es necesario insistir que indistintamente los hijos matrimoniales y extramatrimoniales son sujetos de derechos personales y patrimoniales, reglamentados de manera minuciosa por la ley; unos se derivan de la autoridad paterna como la crianza, educación y establecimiento, y otros de la patria potestad al tutelaje de sus bienes y a la representación de su persona; todos estos derechos imponen correlativamente las obligaciones de respeto, obediencia, socorro, todo lo cual es la consecuencia del estado que surge de la relación paterno-filial. En virtud de la importancia de las relaciones familiares originadas en la filiación, las normas que la reglamentan son de orden público, no susceptibles de ser modificadas por la voluntad contractual.

O como dice Jiménez (2005):

(...) la filiación es la relación que une a determinadas personas –los padres con los hijos– y que determina en aquellos y en estos un conjunto de deberes, facultades y derechos atinentes, en esencia, a la protección, educación e inserción social de estos últimos. Constituye, como señala Rivero Hernández, una de las más ricas y complejas relaciones que el Derecho contempla.

La filiación, al mismo tiempo, determina una manera o modo de estar el individuo en la comunidad, a través del puesto que ocupa dentro de una familia concreta; en definitiva es un estado, una situación con incidencia en la esfera personal en cuanto conformadora de un determinado estatus jurídico. Por esta razón, aún cuando la filiación no limita la capacidad de obrar, ni tampoco en función del tipo de filiación corresponden al hijo más o menos derecho, ella es considerada como estado civil (*status filii, status famiiae*) y participa de las características que a este corresponden.

Normalmente el hecho desencadenante de la relación jurídica de la filiación es la generación. A este hecho, en sí mismo natural, biológico, el Derecho le atribuye la virtud de originar la consecuencia jurídica apuntada; en otras palabras, lo convierte en un hecho jurídicamente relevante. Progenitores y procreado son así los que, prima facie, están llamados a integrar las posiciones de padre y de hijo en la relación de filiación. Sin embargo, no siempre es así. Los conceptos de progenitor y de padre o madre no se identifican en todo caso. Esto se debe a que,

por diversas razones, el ordenamiento no solo se basa en la realidad biológica –que a veces se desconoce incluso– para atribuir la cualidad de padre/madre, sino que atiende también a otros hechos que sirven a los mismos intereses y de la misma manera que lo hace la filiación biológica. Mientras los conceptos de progenitor y de procreado son naturales, el de padre y madre, y consiguientemente el de hijo, representan una cualidad jurídica; los constituye el ordenamiento basándose en diferentes hechos, uno de los cuales, pero no el único es la generación. En este sentido, la filiación jurídica, no es exclusivamente la filiación biológica, sino también la que deriva de la adopción o de la aplicación de alguna de las técnicas de reproducción asistida (...) (pp. 395-396).

Precisamente, la reproducción humana asistida se fundamenta en la inseminación artificial o extra cópula y en la fecundación extra corporal o fertilización in vitro. Para comprender este asunto sobre la reproducción humana asistida, conviene tener en cuenta algunas nociones desarrolladas por De los Ríos (2009, p. 3) y Cañón (1995, p. 603).

Por tradición, el hijo se concibe como resultado de las relaciones sexuales o cópula fecundante entre el hombre y la mujer, de cuyos resultados proviene la concepción en el seno materno, sin embargo la fecundación asistida reemplaza y suple la cópula con o sin identidad del padre y aun de la madre biológica.

Con ocasión de lo anterior, el razonamiento es el siguiente: puesto que la concepción tiene lugar dentro del cuerpo de la mujer y a ella le corresponde gestar y portar el hijo hasta su expulsión, nacimiento; probando el nacimiento, hecho final, se prueba la causa única y exclusiva: la concepción, hecho inicial. De esta manera, la sola prueba del hecho del parto determina todo el lazo de sangre que hay entre la madre y el hijo.

Por tanto, queda claro que para el establecimiento de la maternidad, basta verificar si en la partida de nacimiento aparece el nombre de la que se le reconoce dicho carácter, quedando a salvo la posibilidad de ser impugnada con posterioridad por medio del planteamiento de una acción basada en una posible suplantación del pretendido hijo al verdadero o por falso parto.

Ahora bien, En virtud de lo anterior, y con detalle en el parentesco, resulta evidente que entre el procreado por inseminación artificial y el dador existe una relación de consanguinidad, conforme lo prevé el artículo 35 del Código Civil, tratándose de personas que llevan la misma sangre en virtud de la generación. Así mismo, la situación con respecto a la madre es menos dificultosa, cuando de ella nace el hijo fruto de la fecundación con su pareja (Suárez, 2001).

Respecto de la afinidad, explica Suárez (2001) debe decirse que en este caso, el de la inseminación artificial, se omite la relación sexual para reemplazarla por la inseminación hallándonos ante la siguiente situación: que entre el dador y los consanguíneos de su pareja no existe parentesco propiamente tal; y viceversa, no se configuraría afinidad entre los consanguíneos del dador y su pareja, debido a la falta de conocimiento carnal.

En los casos de inseminación artificial o extra cópula, ésta se da previa extracción del semen, el cual es introducido, vía vaginal, en el cuello del útero (inseminación intracervical), o bien en el interior del útero (inseminación intrauterina). Esta forma de inseminación (que reemplaza o evita la relación sexual) puede ser homóloga o heteróloga, distinción que resulta importante para los efectos jurídicos que sobrevienen según el estado civil de la mujer fecunda como adelante se observa.

La inseminación homóloga tiene ocurrencia cuando, siendo los cónyuges fértiles, la fecundación no es posible mediante relación sexual (por la impotencia *coeundi*, por haber fallecido el marido previa extracción del semen o por cualquiera otra anomalía o impedimento –trastornos endocrinos o del metabolismo, alteraciones en el cuello del útero o secreciones vaginales que justifiquen tal inseminación-). El semen del marido, previa extracción y comprobación de su fertilidad es inoculado en el útero (ya en el cuello, ya en su interior) desde donde inicia el proceso de fecundación natural.

Por su parte, la inseminación heteróloga tiene lugar cuando se presenta esterilidad en el hombre (por azoospermia o necropermia) o porque siendo fértil es portador de anomalías cromosómicas transmisibles por incompatibilidad del factor Rh, o bien porque se trate de madre soltera. Para la fecundación de la madre se inocular semen de un donante (diferente del marido). Por lo general, dicho semen se obtiene del banco, en donde lo obtienen del respectivo donante, lo clasifican según las características físicas, psíquicas e intelectuales de dicho donante (o sea el fenotipo o cromosomas de las células sexuales y las proteínas antigénicas de histocompatibilidad heredadas a través de los genes) y lo conservan fresco o congelado.

Otro tipo de proceso reproductivo corresponde a la fecundación *in vitro* o extra corporal, la cual se realiza cuando existe obstrucción de las trompas de Falopio que impide el encuentro del espermatozoide con el óvulo. Previa la extracción de los óvulos (mediante laparoscopia o de punción folicular para aspirar el óvulo mediante ecografía), son fecundados con el semen del marido (en cuanto la mujer sea casada y el marido fértil), o de un tercero. Esta fecundación se realiza en laboratorio (*in vitro*), desde donde –en número de

1 a 14 embriones– se transportan al útero cuando ya están en condiciones de fijar su anidación o fijación.

Finalmente, se puede hablar de arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, que consiste en la gestación del embrión fecundado con semen y óvulo de los cónyuges o con semen y óvulo de donantes, a petición de los cónyuges o de la madre delegante. Puede ser implantado en el útero de persona, distinta a la madre biológica, bajo la condición de que al nacimiento sea regresado a tales padres biológicos o peticionarios (arrendamiento de vientre, de útero o maternidad delegada).

Esta forma de manipulación genética se justifica cuando la gestación resulta de alto riesgo para la integridad o la vida de la madre biológica, cuando en forma definitiva dicha madre no tiene predisposición natural para desarrollar la gestación que se ve obligada a contratar. Se presentan casos en los que los cónyuges, para evitar molestias, las huellas o impedimentos propios del embarazo, acuden al útero de la misma madre de uno de los dos cónyuges o suscriben contrato de maternidad delegada, lo cual genera conflictos de orden contractual (respecto de la validez o eficacia de dicho contrato), como de la filiación para el hijo así procreado. ¿Qué filiación tiene el hijo que es fruto de espermatozoide y óvulo de terceros donantes cuya gestación se produce en el útero o vientre de la madre delegada, o si tal madre delegada es la madre de uno de los peticionarios o contratantes?

De acuerdo con lo que explica Suárez (2010), en el campo filiatorio materno y paterno, el vínculo se puede establecer por la manifestación de voluntad de quien desee prohijar como hijo a quien no lo es por naturaleza, como es el caso de la adopción o del empleo de una técnica de reproducción humana asistida.

Esto pone en evidencia la necesidad de regular estas nuevas relaciones familiares que surgen de los avances de la técnica y afectan íntegramente las nociones tradicionales del derecho de familia y nos enfrenta a un vacío normativo en estos aspectos.

Referencias

- Abeliuk M., R. (2000). *La Filiación y sus efectos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Cañón R., P. (1995). *Derecho Civil*. Bogotá: Editorial Presencia.
- De los Ríos O., S. (2009). *Aspectos técnicos de la reproducción asistida*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Jiménez L., M. (2005). "El Debilitamiento de los Efectos de la Filiación". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*(8), pp. 395-396.

León J., G. (1991). *Derecho de Familia y de Menores*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Parra B., J. (2002). *Manual de Derecho Civil*. Bogotá: Temis.

Suárez F., R. (2001). *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis.

Suarez P., A. (2010). "Reproducción humana asistida y filiación en el derecho de familia colombiano". *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi "Camino del Hallazgo y del Juicio"* (Bogotá), Universidad Santo Tomás, pp. 1-113.



PLURIVERSO

se terminó de imprimir en diciembre de 2013
Para su elaboración se utilizó papel Bond Bahía 75 g.,
en páginas interiores, propalcote 250 g. en la carátula.

Fuentes tipográficas: ZapfEllipt BT 10,5 puntos para texto
corrido, y Swis721 Cn BT en 20 puntos para títulos.

