

RESUMEN DE LA PONENCIA
AVANCES LEGISLATIVOS EN LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN EL MUNDO Y
SU INCIDENCIA EN COLOMBIA

*Presentada por: Emilssen González de Cancino. Abogada,
Directora del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho,
Universidad Externado*

Se me ha pedido que hable sobre las leyes que regulan la reproducción humana asistida en países diferentes del nuestro, y su incidencia en el sistema jurídico colombiano.

Con el fin de dar algún orden en mi exposición, pongo pie en la clasificación que ha elaborado el profesor Francesco Busnelli de la Universidad de Pisa. En ella se distingue entre las posiciones que abogan por una reglamentación alternativa con relación a la familia tradicional, como la que encabeza la feminista Carmel Shavel; aquellas que prefieren regular la aplicación de las técnicas médicas pertinentes de manera tal que se ajuste a los principios en que se funda la familia tradicional, como las leyes francesas de bioética o la reciente legislación italiana; sistema de autorizaciones compatible con “familias sin modelo”, tal como el establecido por la ley inglesa de 1990 y legislaciones liberales como la española de 1988.

Como puede verse, una clasificación de este tipo pone el énfasis en el papel que juegan las normas sobre reproducción asistida en el mantenimiento, cuando no refuerzo, de la familia como institución tradicional basada sobre el matrimonio o sobre la unión permanente de varón y mujer sin formalidades iniciales.

No es el momento para adelantar el análisis de esta postura, ni para ahondar en el estudio constitucional de la familia que voces más autorizadas han realizado o realizarán en el marco de este Congreso. Me limito a recordar que el tema no es pacífico ni la doctrina unánime. ¿Cuáles son las piedras de toque para identificar las casillas de la clasificación?

Principalmente:

1. El acceso a las técnicas, con sus dos vertientes, quiénes pueden usarlas y en qué circunstancias.
2. La presencia de donantes de gametos y embriones y el anonimato o la identificación de los mismos.
3. Los fundamentos de la filiación.
4. La inseminación *post mortem*.
6. Los contratos de gestación sustitutiva.
7. La autorización o prohibición del diagnóstico genético preimplantatorio.
8. Las decisiones en torno del destino de los embriones.

El último ítem subraya, quizá más que los otros, en el terreno del derecho, la vinculación de estos temas con el de la disciplina de los derechos fundamentales cuya garantía es la razón de ser del Estado social y democrático de derecho.

1. El acceso a las técnicas. Las legislaciones que las regulan de acuerdo con los principios y elementos de la familia llamada tradicional otorgan la posibilidad de usarlas solamente a las mujeres unidas matrimonialmente o que conviven *more uxorio*, tal como lo dice la ley sueca. (Ley 94-654 de julio de 1994, art. L. 152-2: Las TRHA estarán dirigidas a responder a las peticiones de descendencia de una pareja./ Tendrán como objeto remediar la esterilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado. Así mismo, podrá tener como objeto evitar la transmisión al niño de una enfermedad de especial gravedad...) (Ley italiana)

De la misma manera, vetan el empleo de aquellas como opción libre, derivada de un derecho casi ilimitado a procrear, para autorizarlo sólo como remedio a la esterilidad, de manera especial cuando otros procedimientos médicos hayan fallado o no sean adecuados.

Como es obvio, las que se sitúan en el otro extremo, abren la posibilidad a las mujeres, sin tomar en consideración su estado civil o su preferencia sexual. España, Ley 35 de 1988, artículo 6. 1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la

presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener 18 años al menos y plena capacidad de obrar.) Una postura límite, de la que no conozco traducción normativa, pide autorizar a los homosexuales varones el acudir a la gestación sustitutiva para garantizarles el derecho - libertad a la procreación.

En el punto encontramos algunos matices; por ejemplo, hacer posible el acceso a las mujeres solteras y exigir para las casadas el consentimiento del marido, aunque las consecuencias de no contar con él quedan libradas al juego de las disposiciones generales del sistema jurídico.

La edad de la mujer se tiene en cuenta, a veces, como criterio médico de orientación, en otras, como límite formal establecido por la ley. El artículo 6.2 de la Ley española establece la obligación de informar, a la mujer que desee utilizar las técnicas, "de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada". (Ley italiana). Con las posibilidades que abrió la donación de óvulos y las que abrirá su congelación exitosa, detrás del señalamiento de mínimos y máximos legales, se colocará el criterio de acomodar la procreación asistida y la familia integrada con base en ella, a los dictados de la naturaleza.

2. La participación de donantes de gametos o embriones se juzga, en los sistemas rígidos o a la manera tradicional, como un ataque al derecho del niño a nacer y ser criado en su propia familia; a partir de este postulado, se rechaza el uso de las técnicas si no se emplean gametos de la pareja, como lo hace la ley italiana.

En cuanto a la decisión sobre el anonimato o la identificación de aquellos, el gran conflicto jurídico es el de la ponderación de los intereses del donante o, en muchos casos, de la actividad médica dedicada a la procreación, con los del hijo, especialmente cuando es menor.

Algunas legislaciones contemplan de manera expresa el derecho del hijo a conocer su origen genético; la sueca, por ejemplo lo concede cuando el hijo tiene madurez, con lo cual remite al juez la valoración, caso por caso, de las circunstancias del ejercicio de aquel. La española (artículo 5.5) concede el derecho a los hijos, "por sí o por sus representantes legales" de obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. "Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos./ Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto". (Artículo 8.3 in fine) no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.

En aquellas en las cuales no existe declaración legal, la interpretación constitucional de las disposiciones de tal rango, o de los tratados que conforman el bloque de constitucionalidad conducirá normalmente a conceder al hijo el derecho de utilizar los procedimientos a su alcance para conocer, por lo menos, los datos genéticos de aquél de quien porta el ADN.

A juzgar por lo que está sucediendo en el Reino Unido, podría madurar ahora la tendencia a dejar atrás el anonimato.

3. Si el ordenamiento correspondiente sólo acepta la aplicación de las técnicas de reproducción asistida denominadas conyugales u homólogas en vida de los dos miembros de la pareja, y rechaza la maternidad por sustitución, la atribución de la filiación puede transcurrir por el cauce de las normas de los códigos civiles decimonónicos y las disposiciones que los han puesto a tono con el principio inderogable de la igualdad de los hijos; en el ángulo contrario o en los sistemas intermedios, surgen en este punto soluciones variadas y se presentan en la realidad problemas intrincados. La tendencia apunta a la conservación del principio *mater semper certa est* y a su consiguiente identificación por el hecho del alumbramiento. (Ley española, artículo 10.2).

Con esta solución la maternidad por sustitución presenta problemas casi insalvables y de mucha monta en la práctica, si pensamos, que a pesar de su posible prohibición, de la sanción de nulidad que se prevea para ellos, e incluso de la existencia de una sanción penal para quienes la contraten, siempre será posible la celebración de un contrato de esta clase y el nacimiento de niños a quienes el sistema jurídico debe garantizar su derecho a tener una filiación cierta.

Pero, de aceptarse la atribución de la filiación materna con base en el consentimiento ínsito en los contratos se subvertirían los principios de orden público que informan el régimen de la filiación. En este punto, la intervención del legislador parece imprescindible.

Sin embargo, son notables los casos en los cuales la jurisprudencia norteamericana ha dado pie para afirmar la existencia de soluciones distintas e, incluso, de más de una madre con relación al mismo hijo, pasando por la atribución de la maternidad a una mujer y la concesión del derecho de visitas a otra con base en criterios que se han utilizado para otorgarlo a la “madre verdadera”.

La donación de embriones, prevista como solución, en el caso más reciente por la reforma española de la ley 35 de 1988, para el problema que plantean los embriones llamados sobrantes o supernumerarios, tendría que acomodarse al régimen de la adopción. En nuestro país la falta de autorización legal para otorgar el consentimiento en favor de persona determinada y para adoptar antes del nacimiento serían obstáculos que sólo el legislador puede remover.

La filiación paterna plantea sus propios problemas, sobretodo, pero no únicamente, cuando interviene un donante de semen.

Con relación a este último, diríamos que todas las legislaciones han establecido como regla la imposibilidad de establecer vínculo de filiación entre él y el hijo nacido con ayuda de la técnica en la cual se emplearon sus espermatozoides. En ausencia de legislación especial, en Colombia, la ley 721 que erigió el decreto de las pruebas con marcadores genéticos en

actividad oficiosa del juez en el inicio mismo de todo proceso de investigación de la paternidad o la maternidad, y su resultado en probanza de valor casi absoluto para determinar la filiación, podría ser fundamento válido para una sentencia que declarara el nexo de filiación entre un donante y el niño nacido con intervención de sus gametos.

Si la mujer es casada o mantiene una unión marital permanente, el punto delicado es el de la valoración del consentimiento de su esposo o compañero para determinar la filiación paterna.

Las legislaciones existentes establecen fórmulas diversas para vincularlo como padre legal. Así, por ejemplo, el Código de familia de Costa Rica habla de equivalencia entre este consentimiento y la cohabitación; otros, le niegan la acción de impugnación con excepción de los casos en los que pueda demostrar que el hijo no ha nacido en virtud de la técnica cuyo uso autorizó.

Hay quienes temen que una solución tal equivalga a convertir el consentimiento en el fundamento de la filiación, pero parece una acertada aplicación de la prohibición de *venire contra factum proprium* en una materia en la que la protección de la buena fe de la esposa o compañera y de los derechos del hijo tiene enorme trascendencia.

4. La utilización *post mortem* de las técnicas se mira con reservas en la mayoría de los sistemas jurídicos que regulan en forma especial la reproducción asistida. En Francia, la ley 94-654, artículo L.152-1 que el hombre y la mujer que formen pareja y soliciten el acceso a la reproducción asistida “deberán estar vivos, en edad de procrear, casados o en situación de poder acreditar una vida en común de al menos dos años y consentir plenamente la transferencia de embriones o la inseminación”.

En las normas del Reino Unido encontramos una solución eminentemente práctica: ni la acepta ni la prohíbe de manera directa pero establece que no puede ser tenido como heredero quien no está en el útero de la madre al morir el padre.

El artículo 9 de la ley española (35 de 1988), establece que 1- “No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón./ No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial./ El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

En este punto existe en Colombia precedente jurisprudencial. Rosa Reina y Teodulo Vaca, sentencia de juzgado de familia confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

5. En relación con los contratos de gestación sustitutiva, por fuera del marco del derecho anglosajón, es constante la decisión de no concederles validez y de conservar, como atrás hemos dicho, la regla que atribuye la maternidad con base en el parto. Tal vez en este punto la legislación más estricta es la francesa que sanciona penalmente toda actividad de corretaje relacionada con estos contratos. (Artículo 4 de la Ley 94-653: “Se castigará con las penas previstas en el párrafo segundo (*Del artículo 227 del Código penal*) la mediación entre una persona o una pareja que desee tener un hijo y una mujer que acepte tener el embarazo de dicho niño para luego entregárselo. Cuando dichos hechos se hayan cometido de manera habitual o con fines lucrativos, las penas se elevarán al doble. La tentativa de las infracciones previstas en los párrafos segundo y tercero del presente artículo se castigarán con las mismas penas”.

No se suelen hacer distinciones mayores entre el mero alquiler del útero y la gestación sustitutiva propiamente dicha, como si lo ha hecho algún estudioso colombiano.

6. El diagnóstico genético previo a la implantación de los embriones *in vitro* puede perseguir diferentes finalidades; quizá las más señaladas en la legislación sean la selección del sexo, la indicación de terapia génica y las reglas relativas a la responsabilidad del médico por la transferencia de los embriones al útero femenino.

La selección de sexo en si misma no ha sido de buen recibo por los legisladores; la legislación india es paradigmática al respecto pues prohíbe toda prueba que permita determinar el sexo del bebé antes de nacer, al parecer para evitar un genocidio femenino de las proporciones del chino.

Es lógico que sólo encontremos disposiciones jurídicas especiales en los ordenamientos que regulan las TPHA de manera más o menos flexible; su aceptación está adscrita a la posibilidad de evitar la transmisión de una enfermedad ligada al sexo.

En cuanto atañe a la terapia génica, se impone la orientación que marca la Declaración Universal de la UNESCO hacia la prohibición de manipular genéticamente las células germinales. La legislación española, que como recordamos, Busnelli califica de liberal, acepta la terapia génica en esta línea “siempre y cuando no se afecte el patrimonio genético no patológico”.

De acuerdo con el Código penal colombiano, la manipulación con fines de investigación dirigida al tratamiento o diagnóstico no constituye delito. (Artículo 132: *Manipulación genética*. El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de uno a cinco años. /Se entiende por tratamiento, diagnóstico o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado de la persona de la cual proceden los genes, para el descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades

genéticas o de influencia genética, así como las raras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población.”

La responsabilidad civil del médico especialista en reproducción asistida se mide de acuerdo con las reglas generales. Puesto que se le toma cuenta por las minusvalías y enfermedades que presente el niño y tengan nexo causal con la conducta del médico, forzoso parece concluir que cuando el diagnóstico genético preimplantatorio no está prohibido en forma expresa, la transferencia al útero de embriones afectados por enfermedades de la misma clase podría serle imputada al especialista cuya responsabilidad se vería comprometida, por lo menos a título de culpa.

Muchos temen que por este camino el derecho prohija una nueva eugenesia, quizá una eugenesia liberal, como la ha denominado Habermas que poco diferiría de la eugenesia como programa político que ha causado efectos ignominiosos en la humanidad en épocas no muy lejanas. En Colombia, asociado a la selección de embriones se ha anunciado como procedimiento eminentemente terapéutico.

7. Las decisiones en torno del destino de los embriones *in vitro*. Podríamos englobar en este punto una serie de problemas de gran envergadura ética y jurídica. Por ejemplo, la ya mencionada selección de embriones; el empleo de las TPHA para obtener un bebé donante de materiales biológicos para su hermano mayor aquejado de enfermedad grave que sólo tiene esperanzas de curación mediante un trasplante dentro de la mayor histocompatibilidad posible, o el destino de los embriones supernumerarios antes o después del rompimiento de la pareja para la cual se obtuvieron o con cuyos gametos se formaron.

En el caso de los bebés medicamento, como se les ha llamado, las noticias nos han hablado de su nacimiento en Estados Unidos. En el Reino Unido, en donde rige el sistema de autorizaciones, generales y particulares, por una entidad administrativa de creación legal, hemos visto los problemas que se plantean entre ésta y los tribunales a propósito de la respuesta a las solicitudes para proceder a utilizar la asistencia médica a la reproducción con este propósito. En los países del *civil law* el freno, si se considera deseable, a esta

actuación, estaría constituido, caso de existir, por las normas prohibitorias del DGP o la selección de embriones con finalidad diferente a la de evitar la transmisión de enfermedades hereditarias. El principio constitucional del respeto de la dignidad humana sería el fiel de la balanza en este caso. En Colombia nada está previsto al respecto.

Aun en los países cuyo ordenamiento jurídico, como el italiano, toma todas las precauciones normativas para evitar la existencia de embriones sobrantes o supernumerarios: prohibir la fecundación de más de tres óvulos en cada ciclo, estimular la donación de embriones a otras parejas, etc. no puede desestimarse la posibilidad de su existencia; por ejemplo cuando una mujer muere o enferma antes de la transferencia de los embriones.

En vida de la pareja que ha encargado su formación, o de cuyos gametos proceden, son célebres muchos casos de disputa sobre su destino después de acaecido el divorcio o la separación. ¿Cómo no recordar el caso Davis vs Davis, resuelto en última instancia sobre la base de la equiparación entre la cara negativa y la positiva del derecho a la procreación de cada uno de los ex esposos?

Aun en presencia de acuerdo conyugal, los problemas han surgido, han llegado a los jueces y las sentencias que les han dado solución han merecido el análisis de la doctrina. Recordamos la sentencia del Tribunal de Roma, comentada *in extenso* por Busnelli, Sesta y otros autores italianos, que autorizó la transferencia al útero de una mujer, tercera en este caso, de los embriones crioconservados obtenidos con gametos de unos cónyuges, a pesar de la negativa a hacerlo del médico, en razón de la entrada en vigencia del Código de Deontología Médica de 1995 que prohibía la gestación por encargo, con base en la obligación establecida en el ordenamiento italiano de tutelar la vida humana desde su iniciación.

Muerto uno de ellos, los interrogantes legales se refieren a la ya aludida utilización *post mortem* de sus gametos o embriones y al valor asignado a la expresión previa de su consentimiento.

¿Cómo han influido los modelos legislativos extranjeros en la legislación colombiana?

Tendremos que limitarnos a las disposiciones del Código penal y a los proyectos de ley con vocación de especialidad que han estado surtiendo su trámite en el Congreso en las últimas legislaturas. Aparte, sea dicho en primer lugar, de la disposición constitucional del artículo 42 que alude a la procreación asistida para reforzar el postulado de la igualdad entre los hijos y, en segundo término, del mandato de la Ley de ética médica de actuar en esta materia de acuerdo con los protocolos de la Organización Médica Mundial.

Sin lugar a dudas, ha sido la legislación española la que más se ha tenido en cuenta a la hora de proceder a redactar las normas colombianas.

El Código penal de 1980 incorporó al capítulo de los delitos contra la autonomía personal el de inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer.

El Código Penal vigente conserva, en lo esencial, el mismo tipo, en redacción que engloba todas las técnicas de procreación asistida, no sólo la inseminación, como lo hacía el código anterior.

Contiene, además, dentro del título de los delitos contra la vida y la integridad personal, un capítulo denominado “De los delitos de manipulación genética”, integrado por tres artículos que en el proyecto original de la Fiscalía mostraban al rompe su procedencia del Código penal español. En la redacción definitiva marcan distancia con su modelo, en especial por la incorporación de criterios y frases literales tomadas de la Declaración de la UNESCO sobre los derechos humanos y el genoma humano que, de un lado, abren el camino a la investigación de punta en esta materia, pero de otro, dificultan la labor del intérprete por la transposición exacta de expresiones propias de un texto de carácter exhortativo, a uno de carácter prohibitorio y punitivo.

Es sabido que la Ley 35 de 88 trae una lista de conductas que son consideradas infracciones graves o muy graves, pero que sólo algunas de ellas, como la clonación de seres humanos, fueron tipificadas como delitos en el Código Penal de 1995. Algunos proyectos colombianos han copiado la norma especial española, tal como fue redactada antes de la vigencia del Código Penal de aquel país, ignorando al mismo tiempo que también nuestro estatuto punitivo las considera delictivas.