

Tensiones sociales generadas por las técnicas de reproducción humana asistida en materia de filiación en Colombia

OLGA CAROLINA CÁRDENAS GÓMEZ*
TALÍA VALERO MORA**
MARÍA CRISTINA PALACIO VALENCIA***

RESUMEN

En las sociedades occidentales, la filiación se atribuye, fundamentalmente, a partir de los lazos de sangre. No obstante, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) originan diversas tensiones sociales en torno a la filiación como instrumento capaz de dar cuenta de las relaciones que un individuo establece con sus parientes y con la sociedad. Los cambios en la reproducción y la filiación están dejando atrás la uniformidad que transmitía la naturaleza para reemplazarla por la diversidad propia de las relaciones sociales. Este artículo busca explicar las tensiones sociales que las TRHA están causando en el modelo biogenético y en la bilateralidad parental como elementos constitutivos de la filiación. Cuatro tensiones sociales serán analizadas: (i) el peso simbólico de la consanguinidad; (ii) el incumplimiento del derecho de mostrarse responsivo frente a la realidad social; (iii) la primacía de la dimensión estática de la filiación a pesar de la diversidad de dinámicas familiares donde se crean los vínculos filiales y, finalmente, (iv) el reconocimiento de la socioafectividad como fuente de atribución de la filiación.

Tensión social; reproducción asistida; filiación

Social tensions generated by assisted human reproduction techniques in terms of filiation in Colombia

ABSTRACT

In western society, the relationship of a child to his parents is fundamentally based on filiation by blood. Assisted reproductive technologies (ART) arises a number of social tensions related to how filiation is accurately able to account for the relationships an individual establishes with

* Abogada de la Universidad del Cauca, Colombia. Doctora en Derecho, Université Laval, Québec, Canadá. Docente Investigadora del Departamento de Jurídicas de la Universidad de Caldas, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4448-2449>. Correo electrónico: carolina.cardenas@ucaldas.edu.co

** Abogada de la Universidad de Caldas, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0009-0002-0228-0221>. Correo electrónico: taliavalero99@gmail.com

*** Socióloga de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. Docente investigadora de la Universidad de Caldas, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8142-1779>. Correo electrónico: mcpv1950@gmail.com

Este artículo es resultado del proyecto de investigación “La resignificación del principio de bilateralidad exclusiva del parentesco”, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones y Posgrados de la Universidad de Caldas, Colombia, en que las autoras fueron investigadora responsable, asistente de investigación y co-investigadora, respectivamente.

Artículo recibido el 28.9.2023 y aceptado para su publicación el 1.4.2024.

bis relatives and society. Advances in ART and filiation tend to abandon the natural biological perspective, replacing it with the diversity inherent to social relations. This paper seeks to explain the social tensions that ART brings about to the biogenetic and the bilateral parenthood filiation model. Four social tensions will be examined: i) the symbolic weight of consanguinity ii) the inability of regulations to respond to current social reality iii) the dimensions of filiation for the ascendancy of the static dimension despite the diversity of family dynamics where affiliate links are created, and finally iv) the recognition of socioaffectivity as a source to establish filiation.

Social tension; assisted reproduction; filiation

I. INTRODUCCIÓN

Pensar socialmente formas de relación y dinámicas de interacción entre agentes sociales requiere situar en un contexto histórico y cultural el marco estructural, institucional, legal y legítimo que delimita estos procesos. Desde una perspectiva sociológica estructural funcionalista, Merton, al analizar los fenómenos sociales, señala las funciones manifiestas y latentes de los sujetos sociales y construye una tipología acerca de la desviación de los comportamientos sociales, las actitudes de los individuos y los grados de aceptación de las mismas en una sociedad. Esta tipología identifica cinco tipos de desviación: conformidad, innovación, ritualismo, retraimiento y rebelión. La conformidad implica aceptar tanto los objetivos culturales como los medios propuestos para alcanzarlos. La innovación acepta los objetivos de una cultura, pero rechaza los medios tradicionales para alcanzarlos. En el ritualismo se abandona el cumplimiento de objetivos o metas mejor jerarquizadas para cumplir con objetivos o metas de menor importancia según las normas sociales y culturales. En el retraimiento, tipo de desviación menos frecuente, se rechazan tanto los objetivos culturales como los medios tradicionales para lograrlos. Finalmente, en la rebelión, los individuos reemplazan los objetivos y medios tradicionales para imponer otros nuevos que puedan ser compartidos y aceptados por quienes conforman la colectividad¹.

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), inicialmente, se crearon como un procedimiento encaminado a brindar una alternativa de salud reproductiva a las parejas infértiles al brindarles la posibilidad de ser progenitores de una hijo/a biológico/a². En palabras de Merton, estaríamos en el escenario de la conformidad, porque el objetivo (tener hijos biológicos) coincide con los medios aceptados socialmente (acudir a asistencia médica para lograrlo). No obstante, cuando empiezan a intervenir donantes de gametos o gestantes subrogadas se pasa al escenario de la innovación, porque sigue siendo importante el objetivo de tener hijos, pero los medios cambian porque los gametos ya no deben, necesariamente, pertenecer a los padres y la madre no es, obligatoriamente, quien dio a luz.

¹ MERTON, 1949, p. 210.

² BRENA, 2012.

Frente a este nuevo escenario social, cultural y de salud, para mantener la cohesión social y los valores comunes, la gran mayoría de las legislaciones han optado por el anonimato de los donantes como estrategia para “conservar” la presencia de dos “progenitores” en el proyecto familiar, en correspondencia con el modelo nuclear de familia. De esta forma, se valida una nueva geografía familiar: son padres, con respaldo legal de filiación los que crían y cuidan, no quienes aportaron los gametos para concebir (proveedores genéticos). En el caso de las gestantes subrogadas, ellas han sido tratadas como un pariente cercano (por ejemplo, una tía) o su contribución es mitificada mediante discursos narrativos donde la presentan como un hada madrina³. Si bien ella mantiene la consideración de madre biológica, porque da a luz, la línea de reconocimiento abre cabida a la denominación madre legal o de crianza.

Los donantes y las gestantes subrogadas empezaron a tener una mayor visibilidad cuando los donantes y los receptores o la gestante y la pareja o persona comitente se conocen personalmente o se contactan por medio de blogs y redes sociales. Esta visibilidad creó una tensión con la cohesión y los valores comunes que acompañan la concepción tradicional y nuclear de la familia por considerarla como amenaza capaz de destruir la estabilidad familiar

Estas consideraciones se apoyan en múltiples casos, donde donantes o las gestantes subrogadas no desaparecen del escenario familiar, ya que comparten tiempo con las niñas/niños concebidos con sus gametos o que han dado a luz a pesar de no ser reconocidos como padres/madres. Esta situación se complejiza aún más cuando el/la donante de gametos o la gestante subrogada solicita ser parte del proyecto familiar en calidad de padre/madre. Cuando esto ocurre, de la conformidad y la innovación pasamos a la rebelión, porque dicha conducta cuestiona los elementos tradicionales de la filiación, a saber: padres e hijos se encuentran vinculados genéticamente y una persona solo tiene dos padres. Por tanto, tal solicitud implica una deconstrucción de lo que comúnmente hemos aceptado como válido en materia de filiación.

Ubicarse en la rebelión permite evidenciar la existencia de una tensión social, porque los actores sociales ya no comparten valores, principios, sentimientos, ideas o creencias acerca del uso de las TRHA. La cohesión social⁴ que pudo existir mediante acuerdos, reglas de comportamiento o límites expresos (contenidos en la ley o en las regulaciones respecto de buenas prácticas) o tácitos (aceptación o tolerancia social) deja de existir. En efecto, las nuevas prácticas o usos de las TRHA se consideran abusivos, egoístas o una imposición en virtud del ejercicio “arbitrario” de la autonomía individual.

La situación descrita podría entenderse como una anomia por el debilitamiento de los vínculos sociales, la existencia de “reglas” inoperantes y la imposibilidad de regular o integrar los individuos, lo que conlleva a un cuestionamiento profundo del orden socialmente establecido⁵. En otras palabras, la alternativa social frente al uso de las TRHA

³ JOCILES, 2016.

⁴ SIBAJA, 2017, p. 45.

⁵ DURKHEIM, 1998.

para configurar una familia nuclear con hijos biológicos enfrenta una resistencia frente a estas prácticas, por considerarlas amenazantes, contrarias a los valores que predominan en la sociedad o una desviación frente a lo considerado como normal o aceptable.

Se inicia entonces una confrontación entre los agentes sociales frente a la prevalencia de valores, del deber ser familiar y lo normal. Esta competencia ha sido estudiada recurriendo a las políticas públicas de moralidad⁶, donde existe un choque o conflicto por imponer unos valores sobre otros. Lo anterior desencadena una lucha sin fin porque al tomar una decisión, un conjunto de valores se impone mientras hay otro que se descarta o excluye. Quienes consideran que sus valores están en peligro por no haber sido acogidos en la decisión que se impuso, utilizarán todos los medios disponibles en la arena política para revertir la decisión y que sus valores imperen. Mientras que quienes ven reflejados sus valores en la decisión tomada trabajarán fuertemente para evitar que ellos sean cambiados por otros⁷.

A partir de los cambios y cuestionamientos que generan los donantes de gametos conocidos y las gestantes subrogadas, el objetivo del artículo es explicar las tensiones sociales que las TRHA generan en el modelo biogenético y la bilateralidad parental como elementos constitutivos de la filiación. La metodología empleada durante la investigación fue plural. Por una parte, se realizó una revisión bibliográfica que comprendió tanto el análisis de literatura científica como leyes, proyectos de ley y jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de los últimos 20 años. Por otra parte, se realizaron dos grupos focales (uno con expertos –sociólogos, antropólogos, profesionales en desarrollo familiar y trabajadores sociales– y otro con actores institucionales –jueces, notarios, defensores de familia–) donde participaron 9 personas, 6 entrevistas semiestructuradas, donde participaron 8 personas entre expertos, jueces, notarios y médicos. La revisión bibliográfica, los diálogos con los grupos focales y las entrevistas se orientaron bajo tres ejes temáticos: reproducción asistida, filiación y familia.

El análisis de los datos permitió identificar tres fuentes de tensión: la ley, la jurisprudencia y las concepciones cotidianas. Ellas pueden entrar en tensión porque existen disposiciones, reconocimientos y visiones tradicionales que se contraponen con otras más protectoras o garantistas de la diversidad que caracteriza el mundo familiar. Por ejemplo, el Código de infancia y adolescencia que reconoce el vínculo jurídico que genera la adopción entre dos personas sin ningún vínculo genético⁸ se ve confrontado con el Código Civil que insiste en darle prevalencia al establecimiento de la filiación a partir de la concepción y el parto⁹. Igual ocurre con la jurisprudencia. La Corte Constitucional ha reconocido en múltiples sentencias la familia de crianza¹⁰ y la Corte Suprema de Justicia

⁶ MOONEY, 2001, p. 4.

⁷ MOONEY, 2001, p. 14.

⁸ LEY 1098, 2006, art. 64.

⁹ LEY 57, 1887, arts. 214 y 335.

¹⁰ La familia de crianza ha sido definida como aquella que reconoce la “relación entre padres e hijos que no tienen un lazo consanguíneo ni jurídico”. CORTE CONSTITUCIONAL, 2018, párrafo 55.

ha mantenido, excepcionalmente, la filiación con base en la voluntad procreativa¹¹. Sin embargo, estas sentencias contrarían la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que mantiene un fuerte arraigo en establecer la filiación por medio de los resultados de la prueba de ADN. Dentro de las concepciones cotidianas ocurre algo similar. La diversidad familiar que generan las decisiones que se toman al momento de conformar una familia se contraponen a las visiones tradicionales de lo que se entiende por familia y la forma en que se debe conformar. Estas tres fuentes también se contradecirían entre ellas generando las siguientes tensiones sociales (Tabla 1).

Tabla 1. Fuentes de tensión y tensiones sociales que generan entre ellas

Fuentes	Ley	Jurisprudencia	Concepciones cotidianas
Ley	Fuentes de la filiación <i>vs.</i> Predominio de la filiación consanguínea	Aplicación imperativa de la ley <i>vs.</i> Electividad	Rigidez normativa <i>vs.</i> Realidad social
Jurisprudencia		Interpretación exegética <i>vs.</i> Interpretación sistemática	Predominio de la filiación consanguínea <i>vs.</i> Electividad
Concepciones cotidianas			Protección de la cohesión social <i>vs.</i> Procesos de individualización

Fuente: elaboración propia.

A partir de este análisis se identificaron cuatro tensiones: dos para el modelo biogénético y dos para la bilateralidad parental (Tabla 2).

Gráfica 2. Tensiones sociales generadas por las TRHA en el modelo biogénético y la bilateralidad parental

Tensiones sociales	
Modelo biogénético	Bilateralidad parental
1. Peso simbólico de la consanguinidad	1. Dimensiones de la filiación
2. Responsabilidad del derecho frente a la realidad social	2. Socioafectividad

Fuente: elaboración propia.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2017.

II. TENSIONES SOCIALES EN EL MODELO BIOGENÉTICO

Tradicionalmente, en la filiación hay tres elementos que se entrecruzan: sexualidad, procreación y alianza¹². Dentro de esa conexión, la heterosexualidad es un elemento indiscutible, porque los gametos masculino y femenino se unen dando origen a una persona que se encuentra vinculada con sus padres por lazos genéticos¹³. Esta forma hegemónica de vincular a los hijos/as con sus progenitores se conoce como modelo biogenético o modelo genético-biologista¹⁴.

La filiación se determina entonces a partir de la sangre y legitima “las relaciones sociales, filiales, conyugales y fraternas que se van extendiendo en forma ascendiente y descendiente hasta conformar la malla genealógica”¹⁵. Actualmente las TRHA permiten que los hijos no sean procreados con los gametos de sus padres y que quienes aportaron los gametos no sean reconocidos/considerados necesariamente como padres. Con anterioridad, un cambio similar se había vivido con la adopción porque, en ella, la ley permite, de un lado, romper el vínculo jurídico con los padres biológicos y, de otro, construir un vínculo entre personas que no guardan ningún vínculo genético entre sí¹⁶. El parentesco civil surge, entonces, a partir de la voluntad y la ley, no de la sangre¹⁷.

En la actualidad, el modelo biogenético entra en tensión con otras visiones acerca de la forma cómo se deben identificar los parientes y determinar la filiación. Los cambios sociales hacen visibles, además de la adopción, otras alternativas diferentes a la reproducción sexual para conformar una familia con hijos. En el caso concreto de las TRHA, el modelo biogenético se ve envuelto en dos tensiones: primero, el peso simbólico de la consanguinidad que genera una tensión entre la electividad del parentesco y la vinculación genética con los hijos y, segundo, el incumplimiento del derecho de mostrarse responsivo frente a la realidad social que genera una tensión entre esta y la rigidez normativa.

2.1. *Peso simbólico de la consanguinidad*

La sangre y las relaciones sexuales, como hechos de la naturaleza, han sido reconocidos en las legislaciones como símbolos de la filiación. Así, según Bestard, “en el dominio privado de la familia, la naturaleza dicta los lazos sociales”¹⁸. Ahora bien, la importancia de determinar quiénes son padres e hijos radica en que el parentesco confiere derechos, privilegios y deberes entre quienes comparten un vínculo genético¹⁹.

¹² JOCILES y RIVAS, 2014, p. 729.

¹³ BESTARD, 1998, p. 73.

¹⁴ BESTARD *et al.*, 2003, p. 99.

¹⁵ RIVAS, 2009, p. 9.

¹⁶ LEY 1098, 2006, art. 64.

¹⁷ BAPTISTA, 1979, p. 400 y 416.

¹⁸ BESTARD, 2004, p. 104.

¹⁹ GRUPO FOCAL 1.

La dicotomía naturaleza-cultura ha determinado igualmente lo que debemos entender por familia²⁰. Si la filiación se identifica con la sangre, se entiende que la familia está conformada por los parientes consanguíneos; es decir, que la familia la conforman la madre, el padre y los hijos. Esta forma de organización familiar, conocida como familia nuclear, ha sido la forma hegemónica de entender la familia desde las perspectivas social, cultural y jurídica. En esa medida, dos situaciones empiezan a ser interiorizadas culturalmente: primero, las parejas deben tener hijos y, segundo, esos hijos deben estar vinculados a sus padres por lazos de consanguinidad²¹. Por tanto, la pareja conyugal, la pareja progenitora y la pareja parental coinciden debido a que los esposos o compañeros son al mismo tiempo los padres de los hijos que conciben y los responsables de su cuidado y crianza.

Los símbolos de la filiación se ven reflejados en la afirmación “la sangre es más espesa que el agua”²². Esta visión cultural de la filiación se ha mantenido por décadas. De hecho, todavía es común que en el medio familiar o social se pregunte a las parejas: ¿Cuándo vamos a conocer tu “pinta”?²³, y se tenga la creencia de que quienes no tienen hijos no son familia o no son felices porque les “falta algo”²⁴. Ahora bien, cuando las parejas adoptan, la pregunta más común es: ¿Si irá a poder con la crianza de ese niño? El antecedente social de esta pregunta es la creencia de que es más difícil cuidar y criar un niño cuando no es de la misma sangre²⁵.

En materia de TRHA, la importancia del vínculo consanguíneo en la construcción del parentesco²⁶ es rentabilizada por los centros de reproducción humana asistida (CRHA). Ciertamente, ellos responden a la importancia de dicho vínculo por medio de la oferta de diversos tratamientos que permiten a los pacientes transmitir características genéticas a su descendencia, por ejemplo, en la inyección intracitoplasmática de espermatozoides²⁷, se permite que hombres que difícilmente podrían tener hijos sean padres; en la congelación de gametos o embriones, se permite que las personas tengan hijos a pesar de superar la edad reproductiva; en la recepción de óvulos de la pareja (ROPA), se permite crear un vínculo biológico y otro genético con cada una de las mujeres que conforman una familia entre parejas del mismo sexo; en la reserva de semen para una madre soltera por elección, se asegura que todos sus hijos tengan como proveedor al mismo donante, de modo que los niños/as sean hermanos/as entre sí o en la fecundación *post mortem*, se permite que las personas tengan hijos después de haber fallecido.

²⁰ ENTREVISTA 1.

²¹ GRUPO FOCAL 1.

²² BESTARD, 1998, p. 171.

²³ GRUPO FOCAL 1.

²⁴ GRUPO FOCAL 1.

²⁵ GRUPO FOCAL 1.

²⁶ SMIETNIANSKY, 2019, p. 213.

²⁷ Este procedimiento fue pensado inicialmente para hombres con problemas de calidad del semen y azoospermia. Sin embargo, en la actualidad, muchas de las CRHA lo utilizan de modo rutinario porque presenta tasas de fertilización más altas que la fecundación *in vitro*. Para mayor información consultar BISTOLI (2018).

Los CRHA también contribuyen a reforzar el peso simbólico de la sangre por medio de los discursos que alimentan algunos profesionales, de manera principal psicólogos, quienes animan a las parejas, generalmente heterosexuales, a no revelar los orígenes a sus hijos concebidos mediante THRA cuando han intervenido donantes de gametos²⁸. Así, “en todo el tema de la reproducción asistida lo que circula en el centro es el valor de la sangre, ya que esta es lo que más peso tiene en la conexión de personas”²⁹. *De facto*,

El semen [y] el óvulo [tienen] una carga genética y en nuestra cultura [esta] representa una transmisión de rasgos fenotípicos que para nosotros forma parte de la construcción del parentesco. Que yo me parezca a mi padre forma parte de mi identidad, y no solamente para mí sino para los demás³⁰.

El necesitar vernos reflejados en nuestros hijos explicaría el porqué las parejas buscan tener acceso a intervenciones que permitan cumplir su deseo de tener un “hijo propio” a pesar de la adopción (Grupos focales 1 y 2). Hay “parejas heterosexuales que gastan una fortuna en la reproducción asistida para poder tener un hijo propio”³¹. En torno a esta idea, el mercado reproductivo generado por los CRHA mueve cifras nada despreciables. Por ejemplo, en 2018 este mercado generó 13.655 millones de dólares y se estima que alcance 27.151 millones de dólares para el 2026. Esto representa una tasa de crecimiento anual de 8,9% entre 2019 y 2026³². Las cifras publicadas por la Organización Mundial de la Salud en abril de 2023, según esta, una de cada seis personas en todo el mundo es infértil³³, muy seguramente contribuirán a que este mercado se siga fortaleciendo.

Si bien esta forma de vincular a padres e hijos mantiene un peso significativo en la cultura judeocristiana y occidental, diversas críticas han sido formuladas porque el parentesco, además de la sangre, también tiene una dimensión simbólica que depende principalmente del contexto cultural³⁴. Esta afirmación cobra relevancia cuando se habla de las TRHA, ya que en este caso “la naturaleza pierde la capacidad para dictar las relaciones sociales del parentesco”³⁵. Por ejemplo, Ormart, a partir de la serie televisiva *La Pequeña Victoria*³⁶, pregunta a 250 jóvenes entre 18 y 25 años de edad quién es la madre de la niña. El 67,4% de las personas encuestadas consideraron que la madre debía ser la mujer comitente frente al 13% que reconocía como madre a la gestante subrogada

²⁸ JOCILES, 2016, p. 304.

²⁹ GRUPO FOCAL 1.

³⁰ ENTREVISTA 4.

³¹ GRUPO FOCAL 1.

³² RIVAS Y ÁLVAREZ, 2020, p. 12 y 13.

³³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2023.

³⁴ SCHNEIDER, 1984, p. 111.

³⁵ BESTARD, 2004, p. 104.

³⁶ Victoria tiene cuatro madres: Jazmín (madre comitente); Bárbara (gestante subrogada); Selva (madre de afecto) y Emma (donante de semen) quien es una mujer transgénero. La serie, creada por Érika Halvorsen y Daniel Burman, fue transmitida en Argentina por Telefe entre septiembre y diciembre de 2019.

y 2,2% que consideraba que la madre debía ser la donante de semen. Además de estas cifras, el 44,3% y el 41,3% consideraron que la gestante subrogada y la donante de semen debían ser parte de la vida de la niña³⁷. La voluntad, el deseo o los afectos como otros elementos de la filiación permiten comprender que los vínculos filiales en las TRHA con gametos de donante y en la gestación subrogada se construyen no desde bases biológicas sino desde la socioafectividad³⁸, como se explicará posteriormente.

La intervención de terceros en la materialización del proyecto familiar deja en evidencia que es posible “formar familias sin parentesco genético, al tiempo que va aumentando el número de parientes genéticos con los que no se forma familia alguna”³⁹. De esta forma se crea una escisión entre quienes se consideran parientes jurídicamente y los parientes genéticos “fantasmas”⁴⁰ y se impide la generación de vínculos filiales no deseados entre donantes y gestantes subrogadas⁴¹. Cuando un/una donante toma la decisión de donar sus gametos o sus embriones, para él/ella es claro que quien nace de sus gametos no es su hijo/a y que los verdaderos padres serán otras personas⁴². Por tanto, su papel se limita a ser proveedor. Así, el concepto unitario de maternidad/paternidad comienza a escindirse, porque quien debe ser reconocido como padre o madre no es el/la donante sino quien voluntariamente y a partir de los afectos desea ser padre/madre.

La misma situación se presenta en la gestación subrogada. Para la gestante, el bebé que dará a luz no es su hijo. Su papel dentro del proyecto familiar se describe como una cuidadora o portadora que contribuye a materializar el deseo de ser padre/madre de otra persona⁴³. Para ellas, la maternidad se halla vinculada al lazo afectivo más que al vínculo biológico⁴⁴.

Entonces, ¿cómo disminuir el peso simbólico de la sangre frente a la electividad? Reconociendo que lo que antes creíamos unido se ha disociado (sexualidad, procreación y alianza). Al permitir la elegibilidad, cada persona escogerá, entre las diversas fuentes de atribución de la filiación (lo genético, lo volitivo o lo afectivo), cuál se aplica a su proyecto de vida⁴⁵. Así, una mujer que desea ser madre soltera por elección podrá restarle valor a la contribución del donante para no convertirlo en padre⁴⁶.

Esta primera tensión deja en evidencia que (i) no es cierto que en las TRHA el peso de la sangre sea insignificante. Por el contrario, muchas intervenciones han sido pensadas para responder a la importancia acordada a la genética al momento de determinar la filiación; (ii) en virtud de las TRHA, quienes aportan sus gametos no deben

³⁷ ORMART, 2020, p. 43.

³⁸ KRASNOW, 2019, p. 75.

³⁹ BAYO, 2022, p. 12.

⁴⁰ BAYO, 2022, p. 13.

⁴¹ ÁLVAREZ, 2014, p. 20 y 36; GUZMÁN, 2007, p. 120 y 121; HERTZ, 2018, p. 323.

⁴² ENTREVISTA 4.

⁴³ ENTREVISTA 4.

⁴⁴ ORMART, 2020, p. 43.

⁴⁵ ENTREVISTA 4.

⁴⁶ ENTREVISTA 4.

necesariamente ser reconocidos como padres/madres; (iii) existen personas con quienes nos vinculamos genéticamente que no son parientes y parientes con quienes no se tiene vínculo genético y (iv) la maternidad y la paternidad deben escindirse y reconsiderarse a partir de la voluntad (deseo de ser padre/madre) y la responsabilidad procreacional (quién asume el cuidado del niño/a). La tensión entre naturaleza y cultura no solo se evidencia en las relaciones sociales. Los ordenamientos jurídicos son también un escenario de tensión entre leyes desuetas e interpretaciones acerca de su aplicación y jurisprudencia.

2.2. *Responsabilidad del derecho frente a la realidad social*

El derecho es “un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades. Prácticamente no hay ninguna relación social que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente”⁴⁷. El derecho no es solo normas y jurisprudencia, sino también costumbres, intereses comunes, sentimientos y emoción⁴⁸. A consecuencia de ello, derecho y realidad social guardan una estrecha relación. Con certeza, la realidad social puede promover la adopción o la modificación de las normas, así como el derecho puede promover cambios sociales mediante la adopción o la modificación de las mismas.

Cuando las normas o su interpretación se adaptan fácilmente a la realidad social, el derecho es elástico o dúctil⁴⁹. Este derecho es responsivo porque “encuentra sus fines y rasgos fundamentales en la sociedad concreta en que existe, a la que sirve como un medio a un fin”⁵⁰. Al contrario, cuando el derecho no sigue el paso de la realidad social⁵¹ se considera obsoleto, rígido o inmóvil por no integrar las vivencias y experiencias de la colectividad en la que se aplica⁵².

En la actualidad, Colombia carece de una reglamentación que regule el uso y los efectos de las TRHA. Si bien desde el año 2000 se han presentado en Senado y Cámara diversos proyectos de ley para regularlas, ninguno se ha convertido en ley. La explicación jurídica es que las leyes estatutarias deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso dentro de una sola legislatura⁵³. La explicación social es que el tema no ha logrado captar el interés de los legisladores debido a su bajo impacto político⁵⁴. Además, la tradición y la religión han hecho que muchos legisladores se muestren indiferentes a presentar proyectos de ley que reglamenten un tema tan controversial que afecta solo a un número reducido de personas⁵⁵.

⁴⁷ ATIENZA, 2001, p. 15.

⁴⁸ MEDINA, 1973, p. 225.

⁴⁹ CARRASCO, 2017, p. 569.

⁵⁰ MUÑOZ, 2011, p. 510.

⁵¹ GÉNY, 1925, p. 7.

⁵² CARRASCO, 2017, p. 568.

⁵³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, art. 153.

⁵⁴ GRUPO FOCAL 2.

⁵⁵ GÓMEZ, 2009, p. 84.

En el ordenamiento jurídico colombiano existe una incongruencia porque el derecho socialmente imperante no guarda correspondencia con el derecho formalmente impuesto⁵⁶. Se presenta entonces un divorcio entre el derecho y la realidad porque “el derecho se ha estancado y ha quedado muy atrás respecto de las veloces y hondas transformaciones que viven las sociedades del momento actual”⁵⁷. Sin embargo, esta dicotomía entre autonomía y responsividad se ha visto reducida por medio de la jurisprudencia, que a partir de sus decisiones, en ciertos casos, ha buscado disminuir el rezago del derecho frente a la realidad.

En 2009, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de abordar el tema de la gestación subrogada en la Sentencia T-968. En ella, la Corte insistió en la necesidad urgente de regular esta figura y sugirió algunos elementos a tener en cuenta al momento de hacerlo. Por ejemplo, que la mujer comitente no pueda concebir; que los gametos femeninos no sean aportados por la mujer gestante; que no exista un fin lucrativo; que la mujer gestante ya haya tenido hijos; que ella no pueda negarse a entregar el/la niño/a la persona o pareja comitente; que la persona o pareja comitente no pueda negarse a acoger el/la niño/a bajo ninguna circunstancia, entre otros. No obstante, la Corte no se pronunció acerca de cómo establecer la filiación, a pesar de la vigencia del artículo 335 del Código Civil que determina que madre es quien da a luz.

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia abordó dos casos relacionados directamente con la filiación de los/las niños/as concebidos/as mediante TRHA. En la sentencia del 28 de febrero de 2013, la Corte se pronunció a favor de la impugnación de la paternidad de un hombre casado cuya esposa recurrió a una inseminación artificial con semen de donante sin que él hubiera consentido la práctica del procedimiento. En dicha sentencia, la Corte también se pronunció a favor de mantener el anonimato del donante de gametos, cuya identidad pedía ser revelada para que se hiciera cargo del cuidado y crianza del niño concebido con sus gametos. Esta sentencia deja claro que, a pesar de la ausencia de legislación, el consentimiento es el elemento fundamental en las TRHA con semen de donante para atribuir la filiación. Igualmente, señala que la identidad del donante no puede ser revelada porque debe protegerse el anonimato y que entre él y los niños que sean concebidos con sus gametos no hay vínculo filial.

En la sentencia del 10 de mayo de 2017, la Corte Suprema mantuvo la filiación de una niña concebida con gametos de donante en virtud del consentimiento dado por su padre para el procedimiento. En esta sentencia, la Corte nuevamente reconoció el consentimiento como elemento constitutivo de la voluntad procreativa, ya que el lazo filial está fundado en la voluntad de asumir la paternidad con pleno conocimiento de la ausencia del lazo de sangre⁵⁸. La Corte también señaló que la inseminación heteróloga consentida da origen a un estado civil, ya que la presunción *pater ist est* se aplica no solo a los hijos biológicos sino también a los hijos concebidos mediante reproducción asistida

⁵⁶ NOVOA, 1987, p. 291.

⁵⁷ NOVOA, 1985, p. 80.

⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2017.

durante el matrimonio o la unión marital de hecho de sus padres en virtud del principio de unidad de la filiación. Así, la filiación no se ve solamente como un hecho biológico, sino también como “una construcción jurídica [...] en la que el consentimiento prevalece sobre el aspecto genético”⁵⁹.

En 2022, la Corte Constitucional tuvo dos ocasiones de pronunciarse respecto de situaciones relacionadas con las TRHA. En la Sentencia T-275, un padre soltero por elección, que acudió a la gestación subrogada para tener un hijo, solicita que se le conceda una licencia de paternidad equivalente a 18 semanas, que es el número de semanas que le es otorgado a las madres. Si bien el caso no se relaciona con la filiación, se trata de un ejemplo de la obsolescencia del derecho colombiano frente a la realidad social. En la sentencia, la Corte señaló que “lleva más de doce años advirtiendo la imperiosa necesidad de que el Congreso de la República cumpla con su obligación de legislar no solamente sobre la maternidad subrogada, sino sobre los aspectos que están directamente relacionados con [las TRHA]”⁶⁰. Además, la Corte también dejó claro que “el vacío legislativo que existe sobre la materia ha generado una situación jurídica que [...] ha obligado al juez de tutela a resolver asuntos concretos sin que las reglas puedan hacerse extensivas a otros casos, al no existir una regulación de por medio”⁶¹.

En la Sentencia T-357, la Corte se pronunció referente a la transferencia de un embrión después de la separación de la pareja cuyos gametos fueron empleados para concebirlo. En la sentencia, la Corte se pronuncia respecto de la filiación, las responsabilidades y los derechos que surgirían entre el señor, que se opone a la transferencia, y el niño/a concebido/a con sus gametos gracias al consentimiento que otorgó ante el CRHA. Para ello, la Corte tuvo en cuenta que “es constitucionalmente **incorrecto** afirmar (i) que la fuente única de la filiación sea el vínculo genético y (ii) que este constituya condición suficiente para establecer la relación filial. Tales ideas describen de manera incompleta el modo como se regulan y desarrollan las relaciones de familia”⁶².

La Corte determinó en el caso concreto que, si bien el vínculo genético no se podía eliminar, los efectos del mismo podían ser modificados porque el señor manifestó claramente su deseo de no convertirse en padre antes de la transferencia del embrión. En otras palabras, el señor, cuyas razones no podían ser atendidas para negar la transferencia del embrión podía “contener los efectos de la filiación”⁶³ y carecer de vínculo filial al ser asimilado a un donante anónimo. La Corte llega a esta conclusión teniendo en cuenta que, en las TRHA, en muchas ocasiones, los gametos que permiten la concepción de una persona provienen de donantes que no asumen responsabilidades parentales y ellas permiten la disociación entre sexualidad y procreación. La decisión de la Corte buscó atender la movilidad que caracteriza la vida social y, en cierta medida, mediante la

⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2017, sección 3.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, 2022a, párrafo 59.

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL, 2022a, párrafo 59.

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL, 2022b, párrafo 141.

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL, 2022b, párrafo 157.

interpretación de la ley y la jurisprudencia dotar de un poco de elasticidad al ordenamiento jurídico colombiano.

En la sentencia, la Corte insiste de nuevo en la ausencia de una legislación que pueda ser aplicada a los diversos casos que surgirían de las TRHA. La Corte retoma el llamado de la Corte Suprema de Justicia que con antelación había identificado este vacío legal señalando que “no hay una normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las [TRHA] y, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos”⁶⁴. Por ello, en el numeral 5° del *decisum* de la Sentencia T-357, la Corte exhorta “al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que en el curso de la próxima legislatura se adelanten todas las gestiones para presentar y tramitar un proyecto que regule integralmente la materia relativa a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)”⁶⁵.

Además de la jurisprudencia, en las entrevistas realizadas se conoció un caso donde un notario registró como madres de una niña a las integrantes de una pareja de lesbianas que habían declarado su unión marital antes de su nacimiento y lograron la concepción mediante donación de gametos⁶⁶. El notario interpretó que conforme con el artículo 2° de la Ley 1.060 de 2006, el hijo que nace dentro de la unión marital de hecho de sus madres tiene como madres a aquella mujer que dio a luz y a su compañera permanente⁶⁷. El registro de esta niña fue igualmente posible gracias a la modificación que se introdujo en el registro civil de nacimiento en virtud de la circular 024 del 8 de febrero de 2016, la que se expidió en cumplimiento de la Sentencia SU 696 de 2015 de la Corte Constitucional.

Esta segunda tensión deja en evidencia (i) la reiterada dificultad del derecho colombiano de mostrarse responsivo frente a las distintas formas de conformar familia; (ii) la falta de voluntad legislativa para regular las TRHA a pesar de los proyectos de ley presentados y (iii) la sobrecarga del sistema jurídico con tareas que son competencia del sistema político. Regular los cambios suscitados por las TRHA plantea un reto nada despreciable: reconciliar la antinomia estabilidad y transformación. Para ello, deben cumplirse tres requisitos: que el orden jurídico pueda encontrar un equilibrio entre flexibilidad y estabilidad; que exista una adaptación o conciliación de la regla estricta con el arbitrio discrecional y que se logre armonizar la seguridad general con los intereses de la vida individual⁶⁸.

Las tensiones en el modelo biogenético dejan en entredicho su capacidad para seguir determinando los símbolos que permiten reconocer quién es padre/madre/hijo. En la actualidad, otros criterios son necesarios para poder hacerlo, porque las decisiones que se toman en materia reproductiva “no [son] un capricho”⁶⁹. Los criterios que finalmente

⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2013, sección 10.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, 2022b.

⁶⁶ ENTREVISTA 3.

⁶⁷ ENTREVISTA 3.

⁶⁸ HIERREZUELO, 2005, p. 583.

⁶⁹ ENTREVISTA 4.

sean adoptados también deben tener en cuenta las tensiones que se generan en materia de bilateralidad parental frente a las dimensiones de la filiación y la socioafectividad.

III. TENSIONES SOCIALES EN LA BILATERALIDAD PARENTAL

La bilateralidad parental comprende el proceso de vinculación paterno y materna de carácter bilateral –padre y madre– y bidireccional entre dos sujetos –padre/madre e hijo–⁷⁰. El principio de bilateralidad parental puede abordarse desde las perspectivas biológica, jurídica y social. Desde la perspectiva biológica, la filiación se establece a partir del vínculo genético que existe entre padres e hijos. Desde la perspectiva jurídica, para el Derecho colombiano, madre es quien da a luz y padre quien engendra. Finalmente, desde la perspectiva social, la maternidad y la paternidad se construyen partiendo del deseo o la voluntad que tienen las personas que han decidido ser padre y/o madre.

Las TRHA con gametos de donante y la gestación subrogada cuestionan la bilateralidad parental en los casos de monoparentalidad –madres o padres solteros por elección– y de pluriparentalidad –más de dos padres/madres–⁷¹. La tensión que se produce entre la ley, la jurisprudencia y las concepciones cotidianas se manifiesta mediante dos posiciones: la primera, el deseo de mantener la bilateralidad desconociendo o ignorando la construcción social de la filiación y, la segunda, el deseo de reconocimiento de la electividad al momento de constituir familia. Así, actualmente es necesario pensar acerca de otras maneras de enunciar las configuraciones parentales: proveedores genéticos, madre biológica, padre y/o madre legal, paternidad, maternidad, paternar, maternar. Respecto de estos enunciados, cobra sentido el análisis legal referente al parentesco y la construcción vinculante, más allá de la esencialización biológica⁷².

Las TRHA y los cambios que ellas han producido en materia de filiación y de familia permiten identificar dos tensiones en la bilateralidad parental. La primera, se relaciona con las dimensiones de la filiación por la primacía de la dimensión estática a pesar de la diversidad de dinámicas familiares donde se crean los vínculos filiales y, la segunda, el reconocimiento de la socioafectividad como fuente de atribución de la filiación.

3.1. Dimensiones de la filiación

La filiación ha sido reconocida como un derecho humano fundamental que es parte de la identificación de la persona⁷³ y como un atributo de la personalidad donde se ligan estrechamente el estado civil, el nombre y la personalidad jurídica⁷⁴. Cuando se trata de niños, niñas y adolescentes la filiación busca asegurar no solo una identidad

⁷⁰ ROMERO, 2007, p. 121.

⁷¹ GRAU y FERNÁNDEZ, 2015, p. 3.

⁷² PALACIO y CÁRDENAS, 2017, p. 57.

⁷³ GETE-ALONSO y SOLÉ, 2013, p. 308.

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, 2017, párrafo 5.1.

que sea consistente con sus vivencias familiares, sino también que las personas a cargo de su cuidado y crianza les ofrezcan las condiciones afectivas, emocionales y físicas que les permitan tener una infancia feliz y gozar de los derechos y libertades que requieren para alcanzar un desarrollo integral⁷⁵.

La filiación tiene dos dimensiones: una estática y otra dinámica. La dimensión estática hace referencia a aquello que es invariable o inmodificable a pesar del transcurso del tiempo, como el origen, la imagen, la información genética, entre otros. Esta dimensión se establece por medio de la prueba de ADN, ya que ella permite identificar los genes que una persona ha transmitido a otra.

La dimensión estática está relacionada con el derecho a conocer los orígenes biológicos. En materia de TRHA, este derecho implica conocer la forma cómo una persona ha sido concebida y la titularidad de los gametos empleados para hacerlo (de la pareja con voluntad procreativa o de donante). La protección de este derecho genera grandes cuestionamientos en los ordenamientos jurídicos donde la donación de gametos es anónima, además de cuestionamientos frente al derecho a la intimidad de los padres⁷⁶. Sin embargo, el anonimato se fundamenta en la protección de la familia que se conforma y la importancia de los afectos para dar prevalencia a la paternidad social o de crianza. Además, si bien la identidad permanece anónima es posible obtener cierta información en materia de salud para garantizar la seguridad de los niños/as.

Asimismo, es posible que, bajo ciertas circunstancias excepcionales, la identidad del donante sea revelada para evitar, por ejemplo:

Un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales [...] siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes⁷⁷.

La dimensión estática al establecer una relación genética desde el determinismo biológico, no determina, por sí misma, la relación de familia. Para ello es necesario analizar la dimensión dinámica de la filiación, que involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural⁷⁸. Esta dimensión se traduce básicamente en “las tareas de cuidado y el afecto, (...) la disposición de recursos económicos, emocionales y afectivos para que una vida se desarrolle, además de la cercanía que produce una cotidianidad compartida”⁷⁹. Ella también se relaciona con el derecho a la filiación que se materializa, principalmente mediante la posesión del estado de hijo, ya que prima el

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, 2015, sección 2.6.

⁷⁶ IGAREDA, 2014, p. 236 a 246.

⁷⁷ LEY 14 de 2006, art. 6.

⁷⁸ DELGADO, 2016, p. 15.

⁷⁹ GRUPO FOCAL 1.

vínculo socioafectivo que surge de la convivencia y cuidado que se consolida en el transcurso del tiempo. En otras palabras, la dimensión dinámica se relaciona con la filiación vivida.

La atribución de la filiación a partir de los lazos biológicos hace parte de la dimensión estática, mientras que la reproducción asistida con gametos de donante o gestante subrogada, la adopción y la socioafectividad están relacionadas con la dimensión dinámica. Distinguir entre parentesco y parentalidad puede contribuir a comprender el contenido de cada una de estas dimensiones, porque mientras el primero se limita a reconocer los vínculos biogenéticos o legales, la parentalidad se construye a partir de “acciones o prácticas vinculadas con la crianza, el cuidado, la protección, la educación, la socialización que han ido asociadas siempre al padre y a la madre”⁸⁰.

En general, las dimensiones estática y dinámica coinciden gracias al principio biogenético de la filiación. No obstante, cuando esto no ocurre, es posible mantener ambas dimensiones al mismo tiempo; es decir, que se tenga un padre biológico y un padre socioafectivo. Esto es posible porque cada dimensión tiene su origen en derechos distintos. Ahora bien, si una decisión se debe tomar a favor de alguna de ellas, la balanza se debe inclinar a favor de la dimensión dinámica. Esta decisión se justifica porque “la filiación [es] una construcción cultural y afectiva permanente que [se origina] de la convivencia y la responsabilidad”⁸¹.

El que las dimensiones estática y dinámica no coincidan en ciertos casos permite comprender que la filiación no es un elemento puramente formal, sino que debe “tener un sustento en la realidad fáctica de las relaciones humanas con el fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad”⁸². Así,

No puede olvidarse que los conceptos de padre, madre e hijo, hunden sus raíces en definiciones eminentemente culturales, antes que biológicas. [S]i se quisieran mirar las cosas desde una perspectiva rigurosamente natural, habría que hablar de progenitor y de procreado, pero, en los términos de la ley, el criterio relevante es el de padre o madre, relaciones estas que el ordenamiento jurídico construye a su medida, sin adoptar, necesariamente, la causalidad física o biológica propia de la naturaleza⁸³.

La falta de reconocimiento a la identidad dinámica en materia de filiación constituye un “daño al proyecto de vida” que atenta contra lo que libremente una persona ha decidido “ser y hacer de su vida”⁸⁴. Además, la carencia de una identificación formal como hijo, impide a las personas ser reconocidas como titulares de ciertos derechos civiles, económicos o sociales como el acceso a servicios de salud o a suceder. De la misma

⁸⁰ ENTREVISTA 4.

⁸¹ VARSÍ-ROSPIGLIOSI y CHAVES, 2010, p. 59.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL, 1995, sección 9.

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2006, párrafo 2.2.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998, párrafo 150.

forma, el impedimento para ser reconocido como padre o madre niega la posibilidad de poder decidir respecto de las condiciones de vida de la persona que se está criando. En concordancia con el aspecto dinámico de la filiación, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2021 reconoció a un hombre como padre social de una menor de edad y avaló su participación en un proceso judicial de regulación de visitas donde, en principio, solo tendrían legitimidad el padre legalmente reconocido y la madre de la niña⁸⁵.

Debido a la velocidad con la que se producen los hechos sociales nunca es similar a la adopción de la legislación, la jurisprudencia colombiana desde hace varios años viene reconociendo la dimensión dinámica de la filiación. Así, si bien se ha reconocido que toda persona, en virtud del derecho a conocer su filiación biológica, puede “acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real”⁸⁶, no es menos cierto que junto con la filiación fundada en los hechos biológicos se reconocen otros factores como la voluntad, el consentimiento y la responsabilidad⁸⁷. La Corte Constitucional también ha indicado que:

[...] la jurisprudencia ha sido clara en dar prevalencia al interés superior del menor, precisamente, por el carácter voluntario, de aceptación de la relación filial, de apoyo, de solidaridad que con el paso del tiempo se afianza en el niño, teniendo en cuenta que al no ejercer las acciones dentro del término señalado en la ley, se convalida la existencia de la relación padre e hijo que se afianza más allá del vínculo genético⁸⁸.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “en la actualidad, el consentimiento se robustece con el auxilio de un nuevo principio que cada vez tiende a ser más relevante, en la medida en que evolucionan y se popularizan los avances de la reproducción asistida. Se trata del principio de la responsabilidad en la procreación”⁸⁹. Este mismo criterio se sostuvo en la sentencia del 21 de mayo de 2010 donde el mismo tribunal estableció que:

El deseo de asumir la responsabilidad derivada de ese hecho son cuestiones que, sin lugar a dudas, merecen tutela jurídica, para cuyo caso el criterio biológico resulta insuficiente o, incluso inútil”. Así ocurrirá, por ejemplo, respecto del hijo nacido, con autorización del cónyuge de la mujer casada, por inseminación heteróloga, o mediante la fecundación *in vitro* del óvulo de la mujer con semen de un donante, en cuyo caso, la paternidad matrimonial habrá de apoyarse en la voluntad del marido de asumir el rol paterno, exteriorizado por medio de su conformidad para el empleo de esos procedimientos⁹⁰.

⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2021.

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, 1995,

⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2006.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, 2017, párrafo 8.4.

⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2006.

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2010, sección 1.

Esta tercera tensión deja en evidencia que: (i) las dimensiones estática y dinámica de la filiación pueden coincidir cuando la persona progenitora también asume el cuidado y crianza del hijo/a; (ii) la dimensión estática establece la genealogía e identidad genética de una persona, pero ello no equivale a decir que entre quien aporta y quien recibe la información genética exista una verdadera relación familiar; (iii) la dimensión dinámica, construida socialmente a partir de las vivencias de una persona, debe prevalecer frente a la filiación biológica y (iv) el no reconocimiento de la dimensión dinámica puede causar daño a la persona por desconocer lo que la persona ha decidido ser y hacer con su vida. Ahora bien, la dimensión dinámica tiene su fundamento en la socioafectividad, lo que plantea otra tensión importante, porque la filiación es regulada por normas de orden público y, en el caso colombiano, su reconocimiento proviene desde la jurisprudencia a partir del análisis de las circunstancias de cada caso concreto.

3.2. *Socioafectividad*

La socioafectividad comprende las “relaciones entre personas que guardan entre sí una vinculación estrecha y semejante a otra específicamente regulada y cuyos efectos jurídicos se desean”⁹¹. Así, ella se fundamenta en “el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo”⁹². Por ello se la considera el símbolo máximo de la relación social paterno/materna-filial.

La socioafectividad guarda cierta relación con la posesión notoria. Esta figura reconocida desde hace tiempo por el derecho de familia hace referencia a que “una persona disfruta el estatus de hijo en relación con otra independientemente de que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica”⁹³. Sin embargo, su reconocimiento se hace en cada caso concreto porque ella no ha sido reconocida como una fuente de atribución de la filiación.

La persona a quien se identifica como padre/madre dentro de la socioafectividad puede ser el cónyuge o compañero de la madre o el padre biológico, un familiar cercano, quien se hace cargo del cuidado y crianza de la persona menor de edad, quien la reconoce voluntariamente, o cualquier persona con quien se haya desarrollado un vínculo voluntario y estable de afecto. Por ello, no se debe perder de vista que su determinación debe darse a partir de:

La experiencia de los actores, del niño, si el niño tiene su padre biológico y le quiere mucho, pero también hay un padrastro que no tiene reconocimiento legal, pero también le quiere mucho y es el que se hace cargo, deleguemos en él algún tipo de autoridad si quiere⁹⁴.

⁹¹ PARRA, 2021, p. 11

⁹² VARSÍ-ROSPIGLIOSI y CHAVES, 2010, p. 59.

⁹³ VARSÍ-ROSPIGLIOSI y CHAVES, 2010, p. 58.

⁹⁴ ENTREVISTA 4.

La socioafectividad guarda relación con la diversidad familiar. En efecto, ella evidencia las diferentes formas en que se conforma la familia⁹⁵. En las TRHA, el vínculo filial puede surgir a partir de dos elementos diferentes: el consentimiento libre e informado como ya se mencionó previamente o de la socioafectividad. Este último caso se presenta cuando entre quienes se crea un vínculo afectivo no existe un vínculo jurídico o legal. Se trata, por ejemplo, del donante de gametos, de la gestante subrogada o de cualquier persona que, sin haber tenido voluntad procreativa, tiene responsabilidad procreacional y, en consecuencia, decide asumir el papel de padre/madre. Estas personas se diferencian de quienes han sido designados padres por voluntad procreacional, porque ellas no tomaron decisiones respecto de la concepción ni participaron en la gestación ni el nacimiento del hijo/a.

En el caso de las familias monoparentales, las madres solteras por elección forman entre ellas comunidades de cuidado y consolidan relaciones similares a las de parentesco. En ellas:

Las mamás de los niños son consideradas por los otros niños como tías y los hijos de las amigas de las mamás se consideran como primos, porque realizan actividades conjuntas [...] de ocio, lúdicas, incluso [comparten las] vacaciones. El trato entre ellas también es de cuidado, las madres entre sí se cuidan [y cuidan de] sus hijos, de manera que adquieren relaciones entre ellas como de parentesco⁹⁶.

En estos casos, las madres solteras por elección comparten un cuidado y una crianza considerados colectivos. Sus comunidades podrían ser descritas como comunidades de afecto y de cuidado diferentes a la típica familia extensa⁹⁷.

En el caso de la pluriparentalidad, las TRHA con gametos o embriones de donante y la gestación subrogada rompe la bilateralidad exclusiva en el parentesco y permite que diversos padres y madres puedan coincidir concomitantemente⁹⁸. En Argentina, por ejemplo, a pesar de que el artículo 558 del Código Civil y Comercial impide tener más de dos vínculos filiales, en febrero de 2023 el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Junín de los Andes reconoció como padres de una niña a sus padres biológicos y a su padre adoptivo, quien la reconoció a pesar de no ser su hija biológica y cuidó de ella desde antes de nacer.

Otros factores que alimentan esta tensión son la protección del interés superior del niño y la solidaridad familiar. Esta tensión se evidencia principalmente en las disputas que puede presentarse entre la familia biológica y la familia de crianza de un niño/a en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos. Cuando ello ocurre debe darse prioridad a la familia que el niño reconoce, es decir, a la familia con la que el niño ha desarrollado vínculos afectivos. Uno de los participantes del grupo focal 2 señalaba

⁹⁵ GIDDENS, 2000, p. 192 y 213.

⁹⁶ ENTREVISTA 4.

⁹⁷ ENTREVISTA 4.

⁹⁸ SÁNCHEZ, 2011, 769 a 775.

que en un proceso de restablecimiento de derechos, las decisiones que se tomaron para proteger el interés superior del niño involucraban a su familia de crianza y no a su familia biológica porque él la desconocía completamente, “todos los vínculos estaban con su familia de crianza”⁹⁹.

El interés superior del niño y la solidaridad familiar han sido, en muchos casos, los argumentos que la Corte Constitucional ha empleado para proteger los vínculos de esos niños con sus familias de crianza, como mecanismo para garantizar el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella¹⁰⁰.

Esta cuarta tensión deja en evidencia que: (i) la socioafectividad evidencia la diversidad que caracteriza el mundo familiar; (ii) ella implica reconocer los vínculos que una persona crea con quien la ama, la cuida y la protege; (iii) la socioafectividad se relaciona más con la responsabilidad procreacional (deseo de asumir la crianza y el cuidado) que con la dimensión procreativa (deseo de ser padre/madre), y (iv) ella permite reconocer y proteger el interés superior del niño y la solidaridad familiar como principios fundamentales de las relaciones familiares.

IV. CONCLUSIONES

Las tensiones que se presentan entre la ley, la jurisprudencia y las concepciones cotidianas respecto de la diversidad de formas de organización familiar y a los elementos que determinan la filiación exigen una toma de posición respecto de lo que se debe entender por parentesco y el reconocimiento de elementos diferentes a la sangre para determinar a quiénes se reconoce como parientes. Esta toma de posición se manifestaría mediante la modificación de las legislaciones acerca del tema. Esta opción es apoyada por Kemelmajer *et al.*, quienes señalan que “[n]o deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia”¹⁰¹.

Para estas autoras, se tiene que dejar de ver cualquier cambio en la concepción o estructuración de la familia con pánico¹⁰², para pensar más bien que la protección de cualquier forma de organización familiar y de sus miembros debe ser primordial. Solo de esta manera se da sentido y significado al reconocimiento, respeto, protección, defensa y disfrute de la diversidad y la diferencia como centro vital de la responsabilidad social.

En consecuencia, los actores sociales debemos soportar nuestras relaciones en los principios y valores que rigen el ordenamiento jurídico, pues ni la ley, ni la jurisprudencia pueden regular una cotidianidad con tensiones importantes y dinámicas. El reto está entonces en construir “un marco jurídico donde puedan entrar aquellos que quieran entrar en una relación reconocida no necesariamente como parentesco”¹⁰³.

⁹⁹ GRUPO FOCAL 2.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, 2020.

¹⁰¹ KEMELMAJER *et al.*, 2012, p. 5.

¹⁰² KEMELMAJER *et al.*, 2012.

¹⁰³ ENTREVISTA 4.

La solución a las tensiones que experimentan los elementos de la filiación no puede fundarse en lo que se conoce como seguro, sino que debe considerar las características identitarias de las relaciones entre padres e hijos para contrarrestar la falta de reconocimiento o el reconocimiento fallido de las mismas que hoy se constituye como un daño a la electividad que las caracteriza.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Consuelo, 2014: "La diversidad familiar y la divulgación de los orígenes genéticos a los niños nacidos a partir de donantes y/o gestación subrogada", *IM-Pertinente*, volumen 2, Nº 1, pp. 17-43. Disponible en <https://ciencia.lasalle.edu.co/im/vol2/iss1/2/> DOI 10.13871/pceic.18846
- ATIENZA, Manuel, 2001: *El sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- BAPTISTA, João, 1979: "Desbiologização da paternidade", *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais*, volumen 21, pp. 400-418. Disponible en https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/rvufmg21§ion=22
- BAYO, Regina, 2022: "En busca del parentesco desconocido. Reproducción humana asistida, bioética y psicoanálisis", *Revista Digital de Psicoterapia Psicoanalítica*, Nº 9. Disponible en http://www.gradivabarcelona.org/sites/default/files/en_busca_del_parentesco_desconocido._acpp-_2022.pdf
- BESTARD, Joan, 1998: *Parentesco y Modernidad*. Barcelona: Paidós.
- BESTARD, J., OROBITG, G., RIBOT, J. y SALAZAR, C., 2003: *Parentesco y reproducción asistida: cuerpo, persona y relaciones*, Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.
- BESTARD, Joan, 2004: *Tras la biología: La moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción*. Edicions de la Universitat de Barcelona.
- BISIOLI, Claudio, 2018: "¿Cuál es la razón para hacer todo inyección intracitoplasmática de espermatozoides ICSI?", *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, volumen 64, Nº 2, pp. 231-237. DOI: 10.31403/rpgo.v64i2083
- BRENA, Ingrid, 2012: "La fecundación asistida ¿historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen 12, pp. 25-45. Disponible en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46542012000100002&script=sci_arttext DOI 10.22201/ij.24487872e.2012.12.393
- CARRASCO, Edison, 2017: "Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la elasticidad de la ley", *Revista Ius et Praxis*, volumen 23, Nº 1, pp. 555-578. DOI: 10.4067/S0718-00122017000100015
- DELGADO, María, 2016: *El derecho a la identidad: una visión dinámica*. Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en <https://corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf>
- DURKHEIM, Émile, 1998: *El Suicidio*, Buenos Aires: Grupo Editorial Tomo.
- GÉNY, François, 1925: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid: Reus.
- GETE-ALONSO, María y SOLÉ, Judith, 2013: "La filiación", en María Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, Madrid: Thompson Reuters, pp. 307-369.
- GIDDENS, Anthony, 2000: *Sociología* (3ª edición), Madrid: Alianza Editorial
- GÓMEZ, María Mercedes, 2009: "De las heterosexualidades obligatorias a los parentescos alternativos: reflexiones sobre el caso colombiano", *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, volumen 1, pp. 82-103.

- GRAU, Claudia y FERNÁNDEZ, María, 2015: "Relaciones de Parentesco en las nuevas familias. Disociación entre maternidad/paternidad biológica, genética y social", *Gazeta de Antropología*, volumen 31, Nº 1. Disponible en http://www.gazeta-antropologia.es/wp-content/uploads/GA-31-1-02-ClaudiaGrau_MariaFernandez1.pdf DOI 10.30827/Digibug.34248
- GUZMÁN, Aníbal, 2007: "La subrogación de la maternidad", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nº 20, pp. 114-125. DOI 10.35487/rius.v1i20.2007.271
- HERTZ, Rosanna, 2018: "Donantes de espermatozoides en los Estados Unidos de América y las relaciones con su descendencia", *Revista de Antropología Social*, volumen 27, Nº 2, pp. 307-324. DOI 10.5209/RASO.61854
- HIERREZUELO, Guillermo, 2005: "Pound, Roscoe, Las grandes tendencias del pensamiento jurídico: Traducción y Estudio Preliminar por José Puig Brutau", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, volumen 27, pp. 582-586.
- IGARDA, Noelia, 2014: "El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos", *Derechos y libertades*, Nº 31, pp. 227-249. DOI 10.1400/222457
- JOCILES, María (ed.), 2016: *Revelaciones, filiaciones y biotecnología. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva*, Barcelona: Edicions Bellaterra.
- JOCILES, María y RIVAS, Ana, 2014: "Monoparentalidad por elección y revelación de los orígenes a los hijos nacidos por donación de gametos. El caso de España", *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, volumen 21, Nº 65, pp. 65-92.
- KEMELMAJER, A., HERRERA, M., y LAMM, E., 2012: Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico. *La Ley*. Disponible en http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AKC_MH_EL.-Filiaci%C3%B3n-derivada-de-la-reproducci%C3%B3n-humana-asistida.1.pdf
- KRASNOW, Adriana, 2019: "La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 32, Nº 1, pp. 71-94. DOI 10.4067/S0718-09502019000100071
- MEDINA, R., 1973: Notas sobre François Gény. *Anuario de Filosofía del Derecho*, volumen 17, 1973-1974, pp. 5225-232.
- MERTON, Robert, 1949: *Social Theory and Social Structure*, New York: The Free Press.
- MOONEY, Christopher, 2001, *The Public Clash of Private Values*, New York: Chatham House Publishers of Seven Bridges Press.
- MUÑOZ, Fernando, 2011: "Autonomía y Responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad", *Anuario de Derecho Público UDP*, volumen 1, pp. 502-524.
- NOVOA, Eduardo, 1985: *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Buenos Aires: Ediar.
- NOVOA, Eduardo, 1987: *Cuestiones del derecho penal y criminología*, Santiago: Jurídica Ediar-Conosur.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 4 de abril de 2023: *Estimaciones mundiales de la prevalencia de la infertilidad*, Disponible en <https://www.who.int/es/multi-media/details/report-launch-global-infertility-prevalence-estimates#>
- ORMART, Elizabeth, 2020: "Las representaciones sociales presentes en novelas televisivas sobre la gestación por sustitución en Argentina. El caso de Pequeña Victoria", *Revista de Investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales*, Nº 18, pp. 29-47. Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=581964790002> DOI 10.54789/rihumso.20.9.18
- PALACIO, María y CÁRDENAS, Olga, 2017: "La crisis de la familia: Tensión entre lo convencional y lo emergente", *Revista Maguaré*, volumen 31, Nº 2, pp. 43-64. DOI 10.15446/mag.v31n1.69021
- PARRA, Matías, 2021: "Hacia la ruptura del binarismo filial: ¿La «Socioafectividad» como nuevo principio del Derecho de las Familias?", *Acta Académica*. Disponible en <https://www.aacademica.org/matiasparra/2.pdf>

- RIVAS, Ana, 2009: "Pluriparentalidades y parentescos electivos", *Revista de Antropología Social*, volumen 18, pp. 7-19. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/838/83817222001.pdf> DOI 10.5209/rev_RASO.2009.v18.9647
- RIVAS, Ana y ÁLVAREZ, Consuelo, 2020: *Etnografía de los mercados reproductivos: Actores, instituciones y legislaciones*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROMERO, Fermín, 2007: "La construcción social de la parentalidad y los procesos de vinculación y desvinculación padre-hijo. El papel del mediador familiar", *Ciencias Psicológicas*, N° 1, pp. 119-133. DOI 10.36576/summa.29318
- SÁNCHEZ, Hilde, 2011: "Impactos de la reproductiva en las tendencias demográficas y en las estructuras familiares". *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, volumen 187, N° 750, pp. 765-781. DOI 10.3989/arbor.2011.750n4011
- SCHNEIDER, David, 1984: *A Critique of the Study of Kinship*, Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- SIBAJA, Irina, 2017: "Tensión social y psicología cultural socioconstructivista: Propuesta analítica para la cuestión criminal", *Revista Reflexiones*, volumen 96, N° 2, pp. 39-54. DOI 10.15517/rr.v96i2.32079
- SMIETNIANSKY, Silvina, 2019: "Tiempo, naturaleza y cultura en las técnicas de reproducción humana asistida", *Avá*, N° 35, pp. 213-235. Disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-16942019000200213&lng=es&tlng=es
- VARSÍ-ROSPIGLIOSI, Enrique y CHÁVEZ, Mariana, 2010: "Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto", *Actualidad jurídica*, N° 200, pp. 57-64. Disponible en <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/3289>

Normas Jurídicas

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional n° 127 del 10 de octubre de 1991. Colombia
- LEY 57 de 1887, sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, Diario Oficial n° 7019 de 20 de abril de 1887. Colombia.
- LEY 14 de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Boletín Oficial del Estado n° 126 de 27 de mayo de 2006. España.
- LEY 1060, 2006, por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad, Diario Oficial n° 46341 de julio 26 de 2006, publicada el 26 de julio. Colombia.
- LEY 1098 de 2006, por la que se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, Diario Oficial n° 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Colombia.

Jurisprudencia

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. 15 de marzo de 1995. Sentencia C-109/1995. MP Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. 10 de mayo de 2005. Sentencia C-476/2005. MP Alfredo Bernal Sierra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Segunda de Revisión. 18 de diciembre de 2009. Sentencia T-968/2009. MP María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. 6 de mayo de 2015. Sentencia C-258/2015. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Cuarta de Revisión. 4 de abril de 2017. Sentencia T-207/2017. MP Antonio José Lizarazo Ocampo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. 23 de julio de 2018. Sentencia T-281/2018. MP José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. 18 de diciembre de 2020. Sentencia T-281/2018. MP José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Séptima de Revisión. 1º de agosto de 2022a. Sentencia T-275/2022. MP Cristina Pardo Schlesinger.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. 13 de octubre de 2022b. Sentencia T-357/2022. MP José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 30 de noviembre de 2006. Sentencia 0024-01. MP Pedro Octavio Munar Cadena.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 21 de mayo de 2010. Sentencia 52001 3110 001 2004 00072 01. MP Pedro Octavio Munar Cadena.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Sentencia 110013110-002-2006-00537-01. MP Arturo Solarte Rodríguez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 10 de mayo de 2017. Sentencia 54001-31-10-009-2009-00585-01. MP Ariel Salazar Ramírez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 14 de julio de 2021. Sentencia STC8697-2021. MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.