

**ASPECTOS JURIDICOS EN LAS TECNICAS DE
REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA EN COLOMBIA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTA
2001**

**ASPECTOS JURIDICOS EN LAS TECNICAS DE
REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA EN COLOMBIA**

**MARIA INES AWAD CUCALON
MONICA DE NARVAEZ CANO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTA
2001**

**ASPECTOS JURIDICOS EN LAS TECNICAS DE
REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA EN COLOMBIA**

**MARIA INES AWAD CUCALON
MONICA DE NARVAEZ CANO**

**Trabajo de grado para optar al título de
Abogadas**

**Director
Dr. CARLOS ALBERTO GALLON GIRALDO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTA
2001**

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	I
1. MARCO CIENTIFICO	1
1.1 TECNICA DE REPRODUCCION ASISTIDA	1
1.1.1 Introducción	1
1.1.2 Concepto	2
1.1.3 Características	3
1.1.4 Finalidad	5
1.1.5 Clasificación	6
1.1.5.1 Inseminación artificial	7
1.1.5.2 Fecundación In Vitro	13
1.1.5.3 Alquiler de vientres o maternidad sustituta	20
1.1.6 Ventajas y desventajas de la reproducción asistida	25
2. MARCO JURIDICO	28
2.1 LA FAMILIA	28
2.1.1 Concepto e importancia	28
2.1.2 Naturaleza Jurídica	30
2.1.3 Evolución legislativa y constitucional	32
2.2 FILIACION	36
2.2.1 Definición	36
2.2.2 Clases de filiación	38
2.2.2.1 Filiación legítima	38
2.2.2.2 Filiación legitimada	44
2.2.2.3 Filiación extramatrimonial	49
2.2.2.4 Filiación por adopción	62
2.2.2.5 Acciones	65
2.3 PARENTESCO	86
2.3.1 Definición	86
2.3.2 Clases	86
2.3.2.1 Consanguinidad	86
2.3.2.2 Afinidad	91
2.3.2.3 Civil	93
2.3.3 Efectos del parentesco	94
2.4 DERECHOS SUCESORALES	97
2.4.1 Definición	98
2.4.2 Ordenes hereditarios	98
2.5 IGUALDAD DE LOS HIJOS ANTE LA LEY	100
2.6 REFERENCIA CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA	101

3.	PROBLEMÁTICA	116
3.1	EN MATERIA DE CONCEPCION	116
3.1.1	Presunción de concepción	116
3.1.2	Nasciturus	117
3.2	EN MATERIA DE PATERNIDAD	123
3.2.1	Inseminación artificial homóloga	123
3.2.2	Inseminación artificial heteróloga	126
3.2.3	Impugnación de la paternidad	139
3.3	EN MATERIA DE MATERNIDAD	152
3.3.1	Contrato de maternidad sustituta o subrogada	153
3.3.1.1	Definición	158
3.3.1.2	Nuestra opinión	164
3.3.2	Maternidad legítima	167
3.3.3	Impugnación de la maternidad	170
3.4	EN MATERIA DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL (Reproducción asistida en madres solteras)	170
3.4.1	Reconocimiento voluntario	170
3.4.2	Investigación de la paternidad	171
3.4.2.1.	Presunciones de la paternidad natural	171
3.5	EN MATERIA DE EFECTOS DE LA FILIACION	179
3.5.1	Situación del donante	180
3.5.2	Situación del menor de edad huérfano	182
3.6	EN MATERIA DE INSEMINACION POST MORTEM	185
3.6.1	Utilización del semen del marido muerto	185
3.6.2	El consentimiento del marido	188
3.6.3	Nuestra opinión	194
3.7	EN MATERIA DE PARENTESCO	197
3.7.1	Situación jurídica del hijo nacido por métodos de reproducción asistida	197
3.7.1.1	Inseminación artificial o inseminación vitro heteróloga	198
3.7.1.2	Maternidad sustituta o alquiler de vientres	203
3.8	EN MATERIA DE DERECHOS HERENCIALES	211
3.9	EN MATERIA DE REPRODUCCION ASISTIDA Y CAUSALES DE DIVORCIO	220
3.9.1	Relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges	220
4.	CONCLUSIONES	225
	APENDICE	239
	BIBLIOGRAFIA	254

INTRODUCCION

Debido al poco estudio y al vacío legislativo que hay sobre el tema, consideramos de gran interés e importancia realizar un análisis sobre la fecundación asistida y sus incidencias en el derecho de familia, particularmente en materia de filiación, ya que hasta el momento la mayoría de estudios e investigaciones que se han realizado han tendido a explicar y complementar estudios médicos, científicos, biológicos y fisiológicos, dejando de lado el aspecto jurídico, que juega un papel importante en la vida del hombre y su rol dentro de la sociedad.

Si bien es cierto, que hasta el momento no se han presentado en Colombia muchos casos polémicos en relación con la reproducción científica, es una realidad que los índices de infertilidad aumentan cada día y los avances tecnológicos crecen a gran ritmo, por lo cual, el hombre cada vez más está acudiendo a este método de reproducción, que en un futuro cercano generará grandes conflictos jurídicos, que hoy por hoy, no tienen regulación en el sistema legal colombiano.

En consecuencia, consideramos que este tema requiere de un especial análisis y valoración, debido a la importancia social que representa, ya que está estrechamente ligado a uno de los derechos fundamentales más importantes: El derecho a la familia, núcleo fundamental de la sociedad.

1. MARCO CIENTIFICO¹

1.1 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1.1.1 Introducción

La segunda mitad del siglo XX ha estado marcado por vertiginosos adelantos de la ciencia médica que han llevado al hombre a plantearse serias cuestiones morales y jurídicas sobre la aplicación de las nuevas medicinas y procedimientos.

La realidad del aumento en el número de parejas que presentan problemas físicos que impiden la reproducción, ha tratado de ser explicada de varias maneras: se han señalado como factores influyentes la propagación de enfermedades de transmisión sexual, la temprana utilización de métodos anticonceptivos, los cambios de alimentación e inclusive la integridad psíquica y emocional son factores determinantes para la concepción.

¹ El desarrollo de este capítulo se apoyó en las siguientes fuentes: (a) José Miguel Serrano Ruiz-Calderón. "Los Principios de Bioética" <http://www.bioeticaweb.com>. Septiembre 2 de 2000. (b) "Reproducción Humana" <http://www.materbaby.com.br> . Septiembre 2 de 2000 (c) Pedro Erquicia. "Vientres en alquiler" <http://www.rtve.es/tve/program/docuesp/vientres.htm>. Noviembre 25 de 2000. (d) "Inseminación Artificial" <http://www.reproduccion.com.mx/insem.html>. Marzo 2 de 2000. (e) "Milagros Asistidos" http://www.elprofe.cl/Ciencia/Milagros_Asistidos/milagros_asistidos.html. Noviembre de 2000. (f) N. López Moratalla. " Experimentación en fetos humanos". <http://www.unav.es/bioetica/dbcapo18c.html>. Septiembre 2 de 2000. (g) "Técnicas de Reproducción Asistida" <http://www.embrios.com/tecnicas.htm>. Septiembre 2 de 2000. (h)

Buscando dar solución al problema de la infertilidad, científicos alrededor del mundo han venido desarrollando diferentes técnicas y ayudas para la reproducción humana. Es así como en 1978 y después de muchos años de experimentación nació en Inglaterra la primera niña probeta, una niña cuya fecundación no ocurrió dentro del cuerpo de su madre sino en un tubo de laboratorio. Lo que en su momento fue una gran polémica, hoy es un procedimiento bastante generalizado y que ha resultado en más de 16.000² nacimientos exitosos alrededor del mundo.

El nacimiento de éste bebé, que en 1978 dio esperanza a algunos y escandalizó a otros, causó una discusión a nivel no solo moral sino también ético y jurídico. Sin embargo, esto no sería sino el principio del desarrollo de las muchas técnicas de reproducción asistida que hoy existen en el mundo. Estos procesos han hecho posible que un mismo niño pueda tener más de una madre, la biológica que dona el óvulo y la sustituta que lleva a término el embarazo. Así mismo se han presentado casos de nacimientos a partir de embriones congelados, o que al momento del nacimiento el padre lleva años fallecido, incluso hoy en día se esta adelantando en el Japón la creación de úteros artificiales, que eventualmente harán que el papel de la madre en la gestación del niño pueda quedar reducido a la donación de una célula reproductora³.

"Técnicas de reproducción Asistida". Septiembre 2 de 2000.
http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/webmec11/repro_human00.html

² CECOLFES, CENTRO COLOMBIANO DE FERTILIDAD Y ESTERILIDAD. Biomédica Reproductiva, Programa de Fertilización In Vitro y transferencia embrionaria.

1.1.2 Concepto

La fecundación es el proceso mediante el cual se forma un nuevo individuo a partir de la unión de los gametos femenino y masculino. Se realiza por la penetración del espermatozoide en el óvulo maduro y la fusión de sus componentes nucleares y citoplasmáticos. El espermatozoide depositado en la vagina se dirige hacia el cuello uterino donde encuentra un ambiente alcalino favorable para su vitalidad, para en pocas horas alcanzar las trompas de Falopio donde generalmente se realiza la fecundación.

Una vez realizada la fecundación, el huevo es transportado durante un período de tiempo que oscila entre ocho y diez días, a la cavidad uterina. Como el huevo no posee mecanismo locomotor propio, es la trompa la encargada de este transporte, gracias a la actividad peristáltica de la musculatura.

La mucosa del útero sufre una renovación cíclica bajo la acción de las hormonas producida por el folículo en crecimiento y cuerpo amarillo. Es éste último con su hormona progesterona, quien produce la fase de secreción dentro del ciclo uterino; esta fase tiene como finalidad la producción de elementos nutritivos para que el embrión pueda anidar y desarrollarse.

Cuando el proceso anteriormente explicado no puede llevarse a cabo de forma natural, y en una o varias de sus etapas se recurre a la ciencia, se convierte en

³ ANGIER, Natalie. El útero artificial en gestación. Diario El Tiempo, lecturas dominicales. 5 de diciembre de 1999, p. 2-4.

lo que llamamos fecundación asistida; este termino, en su significado amplio, engloba todas las técnicas encaminadas a facilitar la unión de los gametos.

Los procedimientos más utilizados para dicho fin son la fecundación in-vitro, la inseminación artificial homóloga y heteróloga, la transferencia intra- tubaria de cigotos (ZIFT) y transferencia intra- tubaria de gametos (GIFT), sin embargo la ciencia cada vez avanza más en el desarrollo de nuevas técnicas que presentan soluciones a los diferentes problemas de infertilidad.

1.1.3 Características

Contrario a la fecundación natural, la asistida abre campo a un gran número de posibilidades para la creación del nuevo ser. El hecho de que ésta se lleve a cabo en un consultorio médico y sea planeada y manipulada, presta solución a los diferentes problemas de infertilidad que puede presentar una pareja.

De acuerdo con el tipo específico de problema se pueden dar las siguientes opciones para la reproducción:

<u>Tipo de infertilidad</u>	<u>Espermatozoides</u>	<u>Ovulos</u>	<u>Utero</u>	<u>Solución</u>
Madre y padre con capacidad de concebir. Problemas para fecundar naturalmente	Padre	Madre	Madre	Inseminación artificial homóloga
Padre infértil. Madre con capacidad de concebir	Donante	Madre	Madre	Inseminación artificial heteróloga

Padre con baja posibilidad de fertilidad. Madre con capacidad de concebir.	Padre y Donante	Madre	Madre	Inseminación artificial mixta
Madre infértil capaz de portar el feto	Padre	Donante	Madre	Fecundación in- vitro
Pareja infértil y madre capaz de portar el feto	Donante	Donante	Madre	Fecundación in-vitro
Madre infértil e incapaz de portar el feto	Padre	Donante	Alquilado	Maternidad sustituta
Pareja fértil y madre incapaz de portar el feto	Padre	Madre	Alquilado	Maternidad Sustituta
Madre fértil incapaz de portar el feto. Padre infértil	Donante	Madre	Alquilado	Maternidad Sustituta

1.1.4 Finalidad

A pesar de la polémica que ha traído consigo la manipulación de la concepción y la desaprobación de varios movimientos religiosos, entre estos la Iglesia católica, no hay que perder de vista que el fin último de estos procedimientos es darle la posibilidad de procrear a parejas que de otra forma no podrían ser padres.

Sin embargo, no se puede olvidar que aunque la finalidad última, crear un nuevo ser humano, es buena, mal manejados estos métodos pueden representar un peligro para la sociedad. La intervención de los mecanismos de procreación puede degenerarse en una búsqueda de la dominación de los mismos, ya que estas técnicas dan al hombre poder sobre las decisiones de su destino. También pueden llevarlo a violar los límites de un razonable dominio de la naturaleza de la reproducción humana. Por tanto tales técnicas pueden estar al servicio positivo del hombre y al mismo tiempo representar una amenaza. Solo la regulación estricta y oportuna de estos métodos de reproducción asistida, podrán dar a la sociedad la seguridad del buen manejo de los avances científicos.

1.1.5 Clasificación

En la actualidad existen diversas técnicas de reproducción asistida disponibles para los que quieran recurrir a éstas y que aplican a las necesidades individuales de cada pareja. Al mismo tiempo se siguen desarrollando alrededor del mundo nuevos procedimientos que amplían las opciones y métodos año tras año.

Entre las técnicas a las que se puede acudir en los diferentes centros de fertilización están la inseminación artificial homóloga, heteróloga y mixta, fecundación in-vitro , ZIFT Y GIFT y el alquiler de vientres.

1.1.5.1 Inseminación artificial

1.1.5.1.1 Concepto. La inseminación artificial puede definirse como el acto médico consistente en la introducción del espermatozoides al órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de la fecundación.

El procedimiento de Inseminación artificial consta de varias fases:

- a. La estimulación del ovario
- b. La preparación del semen
- c. Y la propia inseminación.

a. La estimulación del ovario con sustancias inductoras de la ovulación es necesaria para conseguir los resultados esperados. Lleva consigo el desarrollo de varios óvulos lo cual implica el riesgo de embarazos múltiples.

b. La preparación del semen consiste en seleccionar y concentrar los espermatozoides móviles. Para ello se procesan las muestras durante una o dos horas mediante técnicas de preparación o capacitación seminal.

c. La inseminación propiamente dicha se realiza en el consultorio médico y consiste en la introducción del semen en el aparato reproductor femenino.

El equipo médico deberá buscar el momento preciso para realizar la inseminación. Para esto se aplican diversas técnicas que detectan el día de la ovulación, las más usadas son: la curva de temperatura, el grado de apertura del cuello del útero, la abundancia de moco cervical, el seguimiento técnico del ciclo menstrual y la presencia de hormonas en el plasma sanguíneo.

1.1.5.1.2 Características. En la inseminación artificial hay ausencia del acto copulatorio o relación sexual; sin embargo en el momento en que los espermatozoides son introducidos en el canal vaginal, el útero o las trompas de Falopio - según el caso- realizarán el resto del proceso de forma natural. Lo artificial en este proceso es solo la forma de introducción del semen al cuerpo de la mujer, más no la fecundación misma.

1.1.5.1.3 Requisitos para su procedencia. Los criterios para seleccionar la aptitud de una candidata para la inseminación artificial incluyen la existencia de factores de esterilidad como problemas en el cuello del útero, alteración del moco cervical, presencia de anticuerpos antiesperma, estrechez o cirugía.

En el hombre las alteraciones que pueden ser tratadas con este tipo de asistencia médica son: disminución del número de espermatozoides (Oligospermia) y/o de su movilidad, disminución del volumen eyaculado, aumento excesivo del número de espermatozoides (Necroespermia), falta de espermatozoides en el semen (Azoospermia), malformaciones genéticas y físicas del aparato reproductor, alteraciones funcionales de la eyaculación y problemas de disfunción erectil.

La pareja puede también presentar una inesterilidad inexplicable, donde todos los estudios demuestran esterilidad pero no se logra la fecundación. Para ser candidatos a este método de reproducción se requiere un estudio de la historia médica que incluya embarazos anteriores, estado general de salud y la capacidad tanto de la mujer como del hombre de producir células reproductoras normales.

1.1.5.1.4 Finalidad. Los objetivos principales de la inseminación artificial son:

1. Asegurar la existencia de óvulos disponibles.
2. Acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino.

3. Mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides, realizando una serie de procedimientos de laboratorio llamados capacitación espermática para seleccionar y concentrar la población de espermatozoides más fértiles, aumentando la posibilidad de que se realice la fecundación.

1.1.5.1.5 Clases. Se distinguen dos tipos de clasificación:

a) Según el sitio donde se deposite el semen.

b) Según la procedencia del semen.

a) Según el sitio donde se deposite el semen la inseminación artificial puede ser:

1. Intravaginal: Se deposita el esperma en el fondo de la vagina, mediante una jeringa.

2. Intracervical: El depósito del esperma se hace en contacto con la secreción cervical, para esto se inyecta una cantidad pequeña en el interior del cuello del útero y el resto del esperma queda en una especie de tapón que la mujer retira posteriormente.

3. Intrauterina: Es la técnica que se realiza cuando existen alteraciones del cuello del útero y de la secreción cervical; el depósito del esperma se hace en la cavidad uterina.

4. Intraperitoneal: Este método consiste en la introducción de espermatozoides directamente en el líquido intraperitoneal a través de la pared posterior de la vagina en el momento de la ovulación.

5. Transferencia intra-tubárica de gametos (GIFT): Los óvulos son extraídos del ovario para posteriormente ser procesados en el laboratorio y ser colocados junto con los espermatozoides al interior de las trompas de Falopio.

Las posibilidades de éxito de esta técnica son de un 5% a 10 % más altas que para la técnica de Fecundación In vitro (FIV) ⁴.

b) Según la procedencia del semen la inseminación podrá ser:

1. Homóloga: Es aquella en la cual se utilizan los gametos del cónyuge o compañero permanente en el proceso de inseminación. Esta técnica es aconsejada a las parejas cuando existan disfunciones sexuales psicológicas u orgánicas que impidan la eyaculación, disfunción eréctil producida por consumo de medicamentos, disfunción vaginal de la esposa, anomalías de moco cervical que no pueden corregirse de ninguna otra manera y baja movilidad del esperma, entre otros.

2. Heteróloga: Es aquella en la cual se utilizan los gametos de un tercero a los cónyuges en el proceso de inseminación; el semen debe ser donado previamente por el tercero en un banco destinado para éste fin. Esta técnica es aconsejada cuando existan problemas de esterilidad en alguno de los cónyuges o cuando pueden ser portadores de alguna enfermedad hereditaria.

3. Mixta: La inseminación artificial mixta es aquella en la cual en el proceso de inseminación se utiliza tanto el semen del marido como el de un tercero. Si bien ésta técnica es de poca aplicación, es aconsejada cuando existen problemas de oligospermia, es decir existe una cantidad muy reducida de espermatozoides en el semen del marido y por tanto se mezclan con los del donante, por lo cual existe cierta posibilidad de que el espermatozoide que fecunde el óvulo sea el del marido.

1.1.5.2 Fecundación in Vitro (FIV)

1.1.5.2.1 Definición. Fertilización "in vitro" se traduce literalmente como "*fertilización en vidrio*"; entendemos como fecundación In vitro la modalidad de reproducción asistida en la cual la unión del gameto femenino y masculino se realiza en condiciones extracorpóreas, es decir la fecundación se lleva a cabo en un laboratorio en un tubo de ensayo o crisol, y el óvulo fecundado es implantado luego en el útero de la mujer para continuar la gestación.

⁴ Web Site: www.elprofe.cl

De la definición anterior, se deduce que para la realización de este procedimiento se deben cumplir varias etapas.

1. La obtención de los gametos que van a hacer utilizados. La obtención de los óvulos se realiza bien por laparoscopia o bien mediante ultrasonido. Generalmente se utiliza una serie de medicamentos para inducir o estimular el desarrollo de varios folículos de los ovarios, con el fin de disponer del mayor número de óvulos posibles.
2. La fecundación in vitro propiamente dicha. Los óvulos extraídos son puestos en un líquido especial donde permanecen unas horas en incubadora, lo mismo ocurre con el semen obtenido. Transcurrido el tiempo necesario se ponen en contacto los gametos y 16 a 19 horas después se observa si se produjo la fecundación.
3. La transferencia embrionaria. En caso de que se haya dado la fecundación en la etapa anterior y los embriones se hayan desarrollado normalmente, se hará la transferencia del embrión o embriones al útero de la madre para que se realice el proceso de anidación y continúe el proceso embrionario de forma natural.

1.1.5.2.2 Clases. Al igual que la inseminación artificial, esta técnica de reproducción admite la clasificación de homóloga, heteróloga y mixta.

1. Homóloga: Ocurre en los casos en que los gametos utilizados en el proceso de fecundación provienen de cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes, es decir tanto los óvulos como los espermatozoides han sido extraídos de la pareja que acudió a esta técnica de reproducción, y el embrión es transferido al útero de la madre.

Existe una variante a este caso y se da cuando la mujer es estéril por falta de útero funcional, pero tiene ovarios, de tal manera que en el proceso de fecundación se utilizan sus óvulos y el semen de su marido, pero dicho embrión debe ser transferido al útero de otra mujer, con el pacto previo de que tras el nacimiento el hijo será entregado a sus padres genéticos. Esta modalidad es conocida como maternidad subrogada o sustituta y de ella nos ocuparemos más adelante.

2. Heteróloga: Puede ocurrir que alguno de los gametos utilizados no provenga de uno de los cónyuges o compañeros permanentes, de tal manera que los óvulos o espermatozoides obtenidos pertenecen a un tercero que los ha donado previamente.

Así mismo, se puede dar la posibilidad que ninguno de los gametos proceda de los cónyuges o compañeros permanentes, caso en el cual estaríamos frente a una donación de embriones, ya que una vez obtenido éste, será transferido al útero de la mujer recurrente.

3. Mixta: Se da en el caso en que los espermatozoides utilizados provienen tanto del marido o compañero permanente de la mujer que se ha sometido a esta técnica, como de un tercero.

1.1.5.2.3 Características. La principal característica de esta técnica de reproducción asistida es que la fecundación se realiza fuera del cuerpo de la mujer, de tal manera que es en el laboratorio donde se ven los resultados del proceso.

Este tipo de fecundación se aplica en numerosas clínicas existentes actualmente, y es utilizada por parejas que tienen problemas de esterilidad femenina ya sea por obstrucción de trompas o por ausencia de óvulos, por problemas de anomalía del útero, esterilidad de pareja por incompatibilidad genética o inmunología o por esterilidad masculina.

La fecundación "in vitro" presenta soluciones a los problemas que no pueden ser tratados por la medicina o por medio de inseminación artificial común.

1.1.5.2.4 Congelamiento de embriones

1.1.5.2.4.1 Concepto. Como explicamos anteriormente, en la fecundación "in vitro" se extraen varios óvulos para ser fecundados en el laboratorio. Los embriones fecundados son transferidos al aparato genital materno para que continúen su crecimiento en el útero.

Los embriones concebidos In Vitro en número que excede la posibilidad de una transferencia simultánea al cuerpo materno (embriones supernumerarios) se congelan con el propósito de una repetición de la transferencia embrionaria en el caso de fracaso del primer intento.

Los embriones sobrantes son crioconservados. Esta técnica consiste en utilizar el frío extremo para disminuir las funciones vitales de una célula o de un organismo y poderla mantener en condiciones de "vida suspendida" durante mucho tiempo.

El almacenamiento de los embriones se hace en nitrógeno líquido a una temperatura de 196 grados centígrados bajo cero.

Las técnicas de crio-conservación fueron elaboradas en los primeros años 70 con animales, y solo en la siguiente década se aplicaron al hombre: Hasta entonces, los embriones no transferidos se destruían o se empleaban en investigaciones.

1.1.5.2.4.2 Finalidad. Los embriones que no son transferidos al cuerpo de la mujer son crioconservados ya sea para transferirlos en caso de fracasar el primer intento o para utilizarlos en embarazos posteriores.

Otras veces son congelados en espera de poder transferirlos a una madre sustituta quien llevará a término el embarazo; o bien para dar tiempo de realizar exámenes genéticos sobre algunas células embrionales y poder así transferir solamente embriones de alta calidad eliminando los defectuosos; o finalmente para tener un material viviente que pueda ser usado en experimentos científicos.

El embrión congelado puede durar así por años, sin embargo países que han legislado el tema como España, han puesto un límite de crio-conservación. La ley 35 de 22 de Noviembre de 1988 establece un límite de 5 años para la Crioconservación.

Por su parte, en Costa Rica, en el artículo 10° del Decreto Ejecutivo N° 24029- S del 3 de febrero de 1995 que regula las técnicas de reproducción asistida, se dispone que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar embriones o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras personas. Esto significa que en adelante, cada año serán destruidos un gran número de embriones que no se han utilizado.

Otras veces el destino de los mismos se limita a experimentos científicos que pueden salirse de la esfera de lo ético.

El destino que se le da a los embriones congelados ha sido un tema muy controvertido tanto a nivel ético y moral como jurídico. El análisis jurídico lo haremos más adelante; el ético y moral trasciende del objeto de nuestro estudio.

1.1.5.2.5 Diferencias con la inseminación artificial. Si bien es cierto que tanto la fecundación "in vitro" como la inseminación artificial son modalidades de reproducción asistida, la diferencia entre una y otra es notoria.

La fecundación en la inseminación artificial se hace de forma natural, es decir una vez puestos los espermatozoides en el cuerpo de la mujer el proceso sigue su curso normal, dejando a un lado la mano del hombre.

No ocurre lo propio en la fecundación "in vitro", pues tal como lo mencionamos anteriormente, el proceso de unión del óvulo con el espermatozoide se hace en el laboratorio, de manera que la parte artificial se hace más notoria y se requiere de una vigilancia más estricta por parte del equipo médico.

La FIV se puede utilizar en los mismos casos en que se utiliza la inseminación artificial, y además en aquellos en que se sale de las posibilidades de esta última. Es una técnica que requiere de un proceso más largo y complicado, a esto se le suma que es más costosa, pero los resultados generalmente son muy efectivos y se ven bastante rápido.

1.1.5.3 Alquiler de vientres o maternidad sustituta

1.1.5.3.1 Concepto. Las definiciones que se han dado sobre maternidad sustituta o subrogada coinciden en afirmar que se trata del caso en el cual una mujer lleva en su vientre un ser humano, con el compromiso de entregárselo a otra mujer inmediatamente después de ocurrido el nacimiento; es decir existe un acuerdo previo de hacer una delegación o sustitución de la maternidad en otra mujer, para compensar una deficiencia reproductora en la mujer que se le entregará el hijo.

Suele compararse la maternidad sustituta con la adopción, pero en algunos casos existen diferencias, tal como lo veremos más adelante.

1.1.5.3.2 Clases. Existen 2 clases de maternidad delegada o sustituta, la diferencia entre las dos radica en la procedencia del óvulo; a saber:

1. Maternidad sustituta genética: Se presenta cuando una mujer es inseminada artificialmente con el semen de un donante, para que una vez producido el parto, la mujer entregue el niño a una pareja que lo va a criar.

Generalmente el semen utilizado en el proceso es el del marido o del compañero permanente de la pareja a la cual va a ser entregado el niño. Sin embargo, puede ocurrir que una vez nacido el hijo, sea entregado a una pareja distinta, previo acuerdo de las partes.

En la mayoría de los casos, esta clase de maternidad es utilizada cuando la cónyuge del marido es estéril, de tal manera que una vez entregado el hijo genético al esposo, está lo adopta.

2. Maternidad sustituta gestacional: Este caso se presenta cuando una mujer gesta un embrión con el que no tiene vínculo genético, es decir su óvulo no fue utilizado en el proceso de fecundación.

La existencia de un embrión concebido fuera del cuerpo de la mujer, es lo que da la posibilidad a este tipo de maternidad, de tal manera que una madre sustituta gestacional proporciona la parte que tiene relación con el proceso de gestación, pero no con la parte genética del proceso de reproducción.

Esta clase de maternidad generalmente es utilizada por parejas que tienen problemas de fertilidad pero que tienen la posibilidad de tener sus propios hijos genéticos.

Al igual que en el caso anterior, el semen utilizado para este tipo de maternidad puede provenir del marido de la pareja a la cual se le va entregar el hijo; o de un tercero.

1.1.5.3.3 Características. La principal característica de esta modalidad de reproducción artificial es que la madre que va criar al hijo no es la misma que lo lleva en su vientre, de tal manera que en el momento que se produce el

nacimiento del bebe, éste es entregado al padre o a la madre genéticos, o a una pareja diferente, según el caso.

La causa más común por la cual las parejas acuden a este tipo de reproducción, es la imposibilidad física de procrear por parte de la mujer.

1.1.5.3.4 Finalidad. La maternidad sustituta promete ser una buena solución a los problemas de infertilidad de una pareja.

Es así como cada vez ha ido aumentando más el número de parejas que no han perdido la esperanza de tener sus propios hijos genéticos y acuden a este tipo de reproducción artificial.

Este método les da la posibilidad de criar a sus propios hijos, aunque la madre que los gesta sea una mujer extraña a ellos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que este procedimiento puede traer una serie de consecuencias psicológicas que se generarán en el núcleo familiar. Igualmente, pueden surgir problemas jurídicos que serán tratados en el capítulo tercero de este escrito.

1.1.5.3.5 Relación con la fecundación in vitro y con la inseminación artificial. La maternidad sustituta o subrogada no sería posible si no existieran métodos como la fecundación in vitro y la inseminación artificial.

El procedimiento que se debe utilizar varía según si estamos frente al caso de maternidad sustituta genética o maternidad gestacional.

En la maternidad genética, se toma el semen del marido o del tercero donante, según el caso, y se procede a realizar la técnica de inseminación artificial, estudiada anteriormente. La razón por la cual se aplica esta técnica es debida a que el óvulo utilizado es el de la mujer que va a llevar a término el embarazo, de tal manera que no es necesario que la fecundación se realice extracorpóreamente.

En cuanto a la Maternidad gestacional, debemos distinguir si se trata del semen del marido o compañero permanente de la pareja que va criar al niño, o de un tercero.

En el primer caso se pueden dar dos posibilidades:

1. La fecundación de la mujer se da por medio de una relación sexual, pero posteriormente se presenta la imposibilidad de continuar con el embarazo, de tal manera que se acude a un lavado uterino y el embrión es transferido al útero de otra mujer, es decir a la madre sustituta, quien después del nacimiento del bebé lo entregará a sus padres genéticos.
2. La fecundación se hace por medio del procedimiento de fecundación in vitro utilizando los óvulos de la madre sustituida y el semen del marido o

compañero permanente. Una vez formado el embrión se transfiere a la madre sustituta.

En el segundo caso, es decir aquel en el cual el semen es de un tercero, el procedimiento es el mismo del de la fecundación in vitro, teniendo en cuenta que el óvulo que se utiliza es el de la madre sustituida; una vez constituido el embrión se transfiere a la madre sustituta.

1.1.6 Ventajas y desventajas de las técnicas de reproducción asistida

Sin lugar a dudas, los métodos de fecundación asistida estudiados en este capítulo presentan gran cantidad de soluciones a los problemas de infertilidad y esterilidad que obstaculizan la facultad de reproducción.

Miles de parejas están acudiendo actualmente a estos métodos ante la imposibilidad de tener sus propios hijos de modo natural, obteniendo una esperanza, que de otro modo no sería posible.

Sin embargo, han sido muchas las críticas que han surgido contra estos métodos, no solo a nivel moral, ético, psicológico y jurídico, sino también a nivel médico, debido a las desventajas e inconvenientes que estas técnicas pueden tener.

A continuación expondremos las principales ventajas y desventajas que se presentan en estas técnicas:

1. Ventajas:

- a. Personas que tienen algún tipo de infertilidad pueden llegar a procrear.
- b. Mujeres que tengan problemas a nivel del aparato reproductor pueden llegar a tener hijos.
- c. Estos métodos presentan beneficios psicológicos a las parejas ya que les da una esperanza de poder llegar a ser padres.
- d. El procedimiento por lo general no es doloroso
- e. Es una práctica que está empezando a ser considerada como común, por lo tanto los centros de reproducción asistida están aumentando cada vez más.

2. Desventajas

- a. El precio de estas técnicas es bastante alto, lo cual restringe la posibilidad de acceder a ellas solo a personas que tengan suficiente capacidad económica.
- b. Los medicamentos que se inyectan en la fecundación in vitro, pueden crear algún tipo de anafilaxia, y el uso de medicamentos inductores pueden provocar el síndrome de hiperestimulación ovárica (OHSS)⁵
- c. Diversos autores han relacionado el uso de los medicamentos utilizados con cáncer de ovario.

⁵ ESTRADA, Adriana y FERRO, Alejandro. "Actualidad de la fecundación in vitro en Costa Rica. Aspectos éticos y legales", 1998

- d. El procedimiento de extracción puede provocar daño a órganos vecinos tales como vejiga o venas y arterias.
- e. En varios casos se dan embarazos múltiples no deseados.
- f. Existen grandes inquietudes en el ámbito ético y moral sobre el límite de manipulación genética que se da en estos procedimientos.
- g. Eventuales efectos psicológicos y adversos en el núcleo familiar.

2. MARCO JURIDICO

2.1 LA FAMILIA

2.1.1 Concepto e importancia

El concepto de familia ha sido utilizado en gran variedad de acepciones; algunas se refieren a él en sentido amplio considerando como familia a todas las personas que tienen algún vínculo jurídico de orden familiar.

Por el contrario, otros consideran que la familia es un término más restringido que hace relación sólo a la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos.

En el Derecho Romano se entendía en su sentido propio por familia o "*domus*": la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único ⁶.

Distintos tratadistas han intentado dar una definición exacta de la Familia. Los Hermanos Mazeaud por ejemplo, definen la familia como "*la agrupación de personas que unidas por vínculos de sangre o que siendo esposos viven bajo un mismo techo y obedecen a una misma autoridad; quien es el padre de familia*".⁷

El Diccionario de la Real Academia la define como "*un conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje*".

⁶ PETIT, Eugene: Tratado Elemental de Derecho Romano. Abogados Asociados Editores. Novena Edición, p: 96.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU (1948) en su artículo 16 consagra que *"la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"*.

De igual manera, el autor colombiano Arturo Valencia Zea afirma que la familia es *"el grupo de personas formado por el padre, la madre y los hijos que viven en comunidad doméstica"*.⁸

Es así como nos encontramos frente a un sinnúmero de definiciones sobre un concepto totalmente relevante, que actualmente y pese a la opinión de algunos, consideramos un tema vigente y de suma importancia frente a todos los campos de la sociedad. La familia, sin importar la definición que se quiera tomar, es el núcleo esencial de la sociedad, tal como lo contempla el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, ya que en ella surgen todos los principios y valores que van a influir en el desarrollo de cada una de las relaciones a nivel social, y frente a ella, debemos tomar una conciencia de igualdad y respeto para con todos sus miembros, ya sea que estos convivan bajo el vínculo del matrimonio o sin él.

⁷ MAZEAUD, Henry, Léon y Jean: Lecciones de Derecho Civil. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas. Europa- América. 1965.

⁸ VALENTIA ZEA Arturo: Derecho Civil- Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Temis. Tomo Quinto. Sexta Edición. Pag 9.

No hay que olvidar que la familia es un ente dinámico, que se ha ido transformando y que seguirá evolucionando según el paso del tiempo, los avances de la técnica, la mentalidad de los pueblos, el desarrollo económico y social de los países, la conciencia y las necesidades de quienes la conforman y constituyen.

2.1.2 Naturaleza Jurídica

Como en la mayoría de conceptos que tienen que ver con el ámbito jurídico, la naturaleza jurídica de la familia se puede estudiar desde varios puntos de vista y según las diversas tesis expuestas por algunos doctrinantes de la materia:

Para algunos como el expositor francés R. Savatier la familia considerada como un organismo es una persona jurídica. Fundamenta su doctrina afirmando que la familia como persona jurídica es titular de derechos subjetivos, independientemente de los miembros que la integran; igualmente tiene órganos especiales de actuación.⁹

Para los tratadistas DIAZ DE GUIJARRO¹⁰ y ANTONIO CICU¹¹ la naturaleza jurídica de la familia hace que ésta pueda considerarse como una institución. Y lo consideran así pues para estos autores, la familia se encuentra dentro de la

⁹ VALENCIA, Arturo: Derecho Civil- Derecho De Familia. Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición. 1988, p: 12

¹⁰ DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. "La familia en las constituciones modernas". 1952 Tomo III. Pag 3.

sociedad como un órgano u organismo capaz de cumplir con determinados fines y funciones especiales, como son la transmisión de la vida y la cultura; por lo cual tiene todos los elementos necesarios para ser considerada como una verdadera y real institución.

De igual forma, la naturaleza jurídica de la familia puede analizarse según el tipo de vínculo o unión que relacione a los miembros que la conforman. La familia puede nacer bajo el vínculo del matrimonio; y por ello sus miembros estarán bajo las reglas de la legitimidad, por lo cual la causa jurídica que dio origen a la familia, es el matrimonio, definido en nuestro Código Civil en el Artículo 113 como *"el contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente"*.

Sin embargo, una familia puede nacer a través de la Unión Marital de Hecho, en la cual un hombre y una mujer deciden convivir, sin que exista entre ellos el vínculo religioso o civil del matrimonio. De esta manera, la familia se conforma pues existe una comunidad doméstica en la cual hay un hombre y una mujer, y probablemente unos hijos nacidos bajo esta unión, y amparados por la Constitución y la ley.

2.1.3 Evolución legislativa y constitucional

¹¹ CICU Antonio. El derecho de familia. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa. América. Pag22.

A diferencia de la Constitución Política de Colombia de 1886 la Constitución de 1991 le dio gran importancia a la familia. El capítulo II del Título Tercero consagra las normas relativas a este tema.

El artículo 42 CP establece una serie de aspectos sobre la familia tales como:

- El estado y la sociedad deben garantizar su protección integral.
- La honra la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.
- Se constituye por vínculos naturales o Jurídicos, mediante la decisión libre de la pareja.
- Rechaza y sanciona cualquier tipo de violencia contra ella.
- Da tratamiento igualitario para los hijos sin importar la forma de procreación.
- Incluye en forma expresa los hijos concebidos a través de las técnicas de Reproducción Asistida.
- Considera a la familia como Núcleo Fundamental de la sociedad.
- Otorga a los matrimonios religiosos efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Las normas del Código Civil relativas a la familia se han ido modificando con la expedición de nuevas leyes; desde las primeras disposiciones que fueron regulando el tema hasta nuestros días ha habido un gran desarrollo legislativo.

Inicialmente las mujeres no tenían los mismos derechos de los hombres y una vez que se casaban perdían su capacidad para ejercer ciertos actos. Hoy en día,

por el hecho del matrimonio, la mujer conserva su capacidad y se encuentra en igualdad de derechos sin que exista discriminación legal alguna por el sexo.

Igualmente en materia de filiación la ley ha avanzado mucho. La distinción que hizo el Código Civil de la Unión entre los "*hijos naturales, ilegítimos y de dañado y punible ayuntamiento*", la cual se mantuvo con la ley 57 de 1887 y la ley 153 de 1887, fue abolida por la ley 45 de 1936, sin embargo ésta mantuvo la diferenciación entre hijo natural o extramatrimonial e hijo legítimo.

Actualmente, si bien la distinción continúa, los derechos de los hijos no se ven disminuidos por ella, es decir todos los hijos tienen igualdad derechos y obligaciones ante la ley.

En materia sucesoral ocurre lo propio; la ley 45 de 1936 diferenciaba la cuota hereditaria que correspondía a cada hijo según si fuera legítimo o extramatrimonial. La ley 29 de 1982, reformó este régimen, estableciendo que los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos están en igualdad de condiciones ante la ley y por tanto pueden gozar, por partes iguales, de todos los beneficios que trae el régimen sucesoral.

Es así como la evolución de las leyes referentes al derecho de familia se ha ido dando de acuerdo al correr de los tiempos, mostrando cómo el legislador tiende cada vez más a que reine un ambiente de igualdad en todos los aspectos que se

traten y procurando que la regulación se ajuste a las necesidades de la sociedad y de la época.

Por otra parte, la ley 54 de 1990 entra a regular las relaciones entre un hombre y una mujer que no han contraído matrimonio pero que hacen una comunidad de vida permanente. A esta situación la ley la ha denominado Unión Marital de Hecho. Igualmente, esta ley establece el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

De esta forma se puede ver como la ley ha evolucionado y abre el camino para crear efectos jurídicos de importancia entre personas que no estén bajo el régimen matrimonial.

Adicionalmente, las normas más recientes como la ley 294 de 1996, que busca prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; o la ley 82 de 1993 la cual protege a la mujer cabeza de familia, hacen ver cómo el legislador se está esforzando en regular y proteger el ámbito interno de la familia de manera integral, pues es a nivel interno-familiar donde surgen los primeros y principales conflictos, que de no ser manejados y solucionados a tiempo, se convertirán en un problema social en donde la comunidad entera tendrá que sufrir las consecuencias.

Es por tanto, deber del Estado, darle a la familia la seguridad y protección que se merece, no en vano es considerada "*núcleo fundamental de la sociedad*"¹². Es así como protegiendo a la familia, y creando normas que no sean solo de tipo curativo sino también preventivo, en últimas se está protegiendo la sociedad entera.

2.2 FILIACIÓN

2.2.1 Definición

Proviene de la raíz latina *filii*. No hay una definición legal, por lo cual debemos acudir a las definiciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Jorge Angarita Gómez afirma que la filiación es "*la dependencia de unas personas respecto de otras por haber sido engendradas por ellas*".¹³

La Corte Suprema de Justicia afirma que "*el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado, encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal*".¹⁴

¹² Constitución Política, art. 42.

¹³ ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Editorial Temis. Cuarta Edición. Bogotá. 1994. Pag 34.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá. Marzo 28 de 1984. Mg. Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén. GJ. 2415, p: 108.

A su vez la misma Corte ha sostenido que la filiación es *"un estado civil, y como tal, corresponde a la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y en la sociedad, estado que tiene en la maternidad y paternidad su doble fuente"*.¹⁵

Otro criterio jurisprudencial en punto de filiación, ha sido el emitido por la Corte Constitucional, cuando en su sentencia C - 109/1995 concluye que *"el derecho a la filiación, es decir, a establecer la relación de una persona con su familia; como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica"*.

En síntesis, la filiación se puede definir como el vínculo jurídico que une al hijo con sus padres. Se predica entonces una relación jurídica productora de consecuencias en el campo del derecho; y esta relación que se establece entre padres e hijos varía de acuerdo a ciertas circunstancias y aspectos que pasaremos a estudiar en el siguiente punto, y que pueden introducirse con este concepto de la Corte Suprema de Justicia: *"la vinculación de sangre entre el hijo y su padre o su madre puede tener origen en relaciones sexuales lícitas o ilícitas, esto es, en el matrimonio o en relaciones extramatrimoniales: si lo primero, la filiación es legítima; si lo segundo, ésta es ilegítima, sin que la categoría dependa de la voluntad del hijo o la de sus padres, puesto que les a ley la que*

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá. Febrero 3 de 1998. Mg. Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta. Ref: Expediente No. 5000.

impone esta o aquella filiación independientemente del querer del uno o de los otros".¹⁶

2.2.2 Clases de Filiación

2.2.2.1 Filiación Legítima

2.2.2.1.1 Concepto. La filiación legítima, hoy llamada matrimonial, por haberse declarado inexecutable la discriminación que se deriva de los apelativos "*legítimo*" e "*ilegítimo*" referidos a la filiación mediante Sentencia C-595 de 1996, es el conjunto de vínculos o lazos jurídicos que une al hijo con sus padres casados. La fuente de la legitimidad es el matrimonio; por lo tanto el artículo 213 del Código Civil Colombiano consagra que "*el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo*". El artículo 6 de la ley 57 de 1887 complementa lo anterior estableciendo que "*se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produzcan efectos civiles*". Y según el párrafo primero del artículo 214, "*el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido*".

Este principio tiene su fundamento en la presunción legal de la fidelidad de la mujer y de la cohabitación conyugal. Por consiguiente, sólo se exige que los padres estuvieran casados en el momento de la concepción, lo cual indica que

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá. Diciembre 1 de 1982. Mg. Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén. G.J. 2406, p. 330.

no afecta la legitimidad el hecho de que el matrimonio se destruya más tarde por el divorcio o por una causal de nulidad. De ésta manera, el artículo 149 de nuestro Código Civil expresa claramente que *"los hijos procreados en un matrimonio que se declara nulo son legítimos"*.

Igualmente son legítimos los hijos póstumos, pues fueron concebidos durante el matrimonio de sus padres.

2.2.2.1.2 Elementos. Para que se configure como tal la filiación legítima propiamente dicha, deben presentarse simultáneamente unos elementos esenciales. Estos elementos son:

a) Maternidad:

El artículo 335 del Código Civil Colombiano estatuye que la maternidad es *"el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo"*.

De igual manera la Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema y ha explicado este concepto de la siguiente manera: *"la maternidad consiste en el hecho de que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto"*.¹⁷ De éste aparte podemos entonces delimitar los dos componentes específicos y esenciales que integran la maternidad:

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, febrero 3 de 1998. Mg. Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta. Ref: Expediente No. 5000.

- El parto: Es el hecho físico de dar a luz a un nuevo ser. Por ser un hecho es perceptible por los sentidos, o en otras palabras, el parto es apreciable y tangible, por lo cual los mecanismos probatorios comunes, como por ejemplo la prueba testimonial, son totalmente idóneos para demostrar la ocurrencia del parto, y por lo tanto la dictaminación de la filiación materna.
- La identidad: Este elemento lo que describe es que la persona que se presenta como hijo fue la que realmente nació, o que la madre que se presenta como tal es la que dio a luz. La identidad se puede predicar tanto de la madre como del hijo.

Con estos dos elementos se constituye la maternidad; y con ésta tenemos uno de los componentes esenciales para que se produzca la legitimación propiamente dicha. A continuación analizaremos los otros dos elementos que configuran la filiación legítima.

b) Paternidad:

La paternidad consiste en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre. Lo podemos definir como el hecho biológico en el cual, el padre es el hombre quien con su acción viril embarazó a la madre.

A diferencia de la maternidad es un hecho no perceptible por los sentidos, pues esta filiación paterna es fruto de un acto privado de la pareja, donde la prueba directa es de muy difícil consecución, por lo cual está basada en presunciones, como son las del artículo 214 del Código Civil Colombiano, que a la vez puede soportarse con otras normas del mismo Código, como por ejemplo, el artículo

176 en donde se presume que los cónyuges deben guardarse fidelidad y ayuda mutua en todas las circunstancias de la vida.

Sin embargo, con los avances de la ciencia actualmente se ha facilitado la prueba de la paternidad mediante la utilización de pruebas genéticas que mediante el análisis y procedimientos técnicos avalados mundialmente, permiten declarar la paternidad o desestimarla.

Igualmente el canon 1138 del Código de Derecho Canónico estatuye que *"el matrimonio muestra quién es el padre..."*.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *"el parto dice que la mujer es madre, pero no dice jamás con la misma evidencia quién es el padre. Débese ello a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, o sea la concepción. Esta implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de tal cohabitación"*.¹⁸

c) Concepción dentro del Matrimonio:

Es el tercer elemento esencial para que se configure la filiación legítima. La concepción es el momento en que se crea un nuevo ser.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, diciembre 1 de 1982. Mg. Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén. G.J. 2406, p. 330.

El legislador ha acudido a una presunción para determinar la época de la concepción, que está consagrada en el artículo 92 del Código Civil Colombiano y establece: *"De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento"*.

Del anterior artículo, podemos entender que lo primero que es necesario determinar es el tiempo en el que puede ocurrir la concepción, partiendo de la fecha del nacimiento. Y ese tiempo es de 120 días, o sea el lapso que hay entre el tiempo máximo (300) y el mínimo (180) que normalmente dura la gestación del ser humano en el vientre de la madre. Por consiguiente, esta presunción se aplica en primer lugar, al hijo que nace expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio de sus padres; y también al hijo nacido dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio por muerte del marido, o por la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, o por el divorcio.

Sin embargo, puede ocurrir que el nacimiento se produzca como resultado de una gestación inferior a 180 días, o superior a 300 días; por lo cual la Corte Constitucional decidió declarar inexecutable la expresión *"de derecho"* del artículo 92, por considerar que dicha presunción *"impide demostrar ante la justicia su condición de hijo de una determinada persona, o se permite que se desconozca"*

su condición de hijo legítimo si ha nacido durante el matrimonio".¹⁹ Y como bien lo ha dicho esta Corte las consecuencias de declarar la inexecutable de la mencionada expresión son *"sencillamente, el permitir la prueba de la filiación en los casos excepcionales de nacimientos acaecidos como fruto de gestaciones de menos de 180 días de duración o de más de 300 días. A la altura de estos tiempos, existen, en Colombia, métodos científicos que permiten probar, casi con el 100% de posibilidades de acierto, la filiación"*.²⁰

2.2.2.2 Filiación Legitimada

2.2.2.2.1 Concepto. El artículo 236 del Código Civil Colombiano establece que *"son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse"*.

Según lo anterior, la legitimación es otra vía que la ley establece para otorgarle a una persona la calidad de hijo legítimo; es decir es un beneficio legal concedido al hijo concebido y/o nacido antes del matrimonio, pero la condición general es el matrimonio de los padres para que haya legitimación en cualquiera de sus tres especies. Se podría decir que el matrimonio es la causa eficiente de esta clase de filiación.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-04/98. Ref Expediente D-1722.Mg. Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

2.2.2.2.2 Clases de Legitimación

a) **Ipsa Jure.** Esta clase de legitimación también es conocida como legal o automática. Es aquella que opera por mandato de la ley, es decir, se produce por la voluntad de la ley sin que medie manifestación de voluntad alguna. Basta con que se den los aspectos de hecho que prevé la ley para que se de esta figura.

Opera bajo dos hipótesis:

a) Hijos concebidos antes del matrimonio pero nacidos dentro de él: Este caso es el consagrado en el artículo 237 del Código Civil, modificado por la ley 1 de 1976 (artículo 22); en el cual el matrimonio posterior legitima ipso jure a los hijos concebidos antes y nacidos en él.

Bajo este supuesto se entiende que la mujer llega embarazada al matrimonio, pero el nacimiento del hijo se produce dentro del matrimonio que ya ha sido celebrado, por lo cual se dice que la legitimación ocurre "*ope legis*", o sea por obra de la ley; y por tanto no se requiere que los padres digan que van a legitimar al hijo.

El doctor Arturo Valencia Zea ha escrito al respecto que "*esta legitimación significa que se les tiene por hijos legítimos sin necesidad de reconocimiento especial de sus padres, ni de sentencia judicial, ni de notificación y aceptación del hijo, pues la ley presume que esos hijos tienen por padre al marido y que si*

²⁰ Ibidem.

*bien es verdad que fueron concebidos antes del matrimonio, el autor de la concepción fue el marido de la mujer casada”.*²¹

*“Este beneficio especial otorgado a los hijos concebidos antes del matrimonio de sus padres, pero nacidos dentro de él, se explica por motivos de equidad, pues generalmente el hombre que contrae matrimonio con una mujer en estado de preñez, lo hace porque es el autor de dicho estado”.*²²

b) Hijos Concebidos y nacidos fuera del matrimonio: Esta segunda hipótesis es la establecida en el artículo 238 de nuestro Código Civil, en la cual el matrimonio de los padres legitima también ipso jure a los hijos que hayan sido reconocidos como extramatrimoniales y cumpliendo con los requisitos legales. Lo anterior significa que cuando el hijo tiene claramente establecida su filiación extramatrimonial respecto del padre y de la madre, el posterior matrimonio de éstos produce la legitimación ipso jure.

El padre debe haber reconocido al hijo antes del matrimonio por alguno de los mecanismos indicados en el artículo 1 de la ley 75 de 1968 (firmando el acta de nacimiento, por escritura pública, por testamento o por declaración expresa hecha ante un juez). Con respecto a la madre, todo hijo se tiene como reconocido por ella a través de lo que dispone el artículo 1 de la ley 45 de 1936.

²¹ VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho Civil- Derecho De Familia. Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición. 1988, p. 363.

“Todos los hijos extramatrimoniales quedan legitimados ipso jure sin hacer distinciones al respecto. En primer término, todos los hijos habidos por solteros o viudos, cuyo matrimonio hubiera podido celebrarse en cualquier tiempo. En segundo lugar, los habidos por hombre casado con mujer diferente de su cónyuge, en el caso de que más tarde se disuelva su matrimonio y se case en segundas nupcias con la mujer de quien tuvo el hijo o hijos que se legitiman. A partir de la Ley 45 de 1936 no existe en Colombia la antigua variedad de los hijos adulterinos, los que no podían ser legitimados en razón de no tener la condición de hijos extramatrimoniales.”²³

b) Voluntaria. En este caso no se produce de forma inmediata la legitimación con el matrimonio posterior; sino que se requiere de la manifestación de voluntad mediante la cual los padres aceptan legitimar al hijo, y éste consiente en ello. Es decir, hay un negocio jurídico porque va implícito un acuerdo de voluntades.

Los requisitos para que se de la legitimación voluntaria son:

1. Que el hijo haya sido concebido y nacido antes del matrimonio.
2. Que no esté reconocido como extramatrimonial, porque en ese caso operaría la norma del artículo 238 del Código Civil Colombiano.
3. Que los padres se casen.
4. Que se le notifique al hijo el beneficio de la legitimación (manifestación de voluntad solemne). Una vez notificado, la persona que acepta o repudia la

²² *Ibidem.*

legitimación tiene 90 días para declarar su voluntad. Si no dice nada la ley presume que acepta.

Los hijos incapaces por edad no deben ser notificados si los representantes legales son los mismos padres, ya que son éstos los que hacen la legitimación al momento de sentar el acta de matrimonio o por medio de escritura pública. Es decir, por ser los representantes legales sustituyen al hijo para efectos de la notificación y aceptación.

Por el contrario, cuando el hijo incapaz se encuentre bajo tutoría o curaduría para la administración de sus bienes, tendrá que haber notificación con el objeto de que el tutor o curador especial de su consentimiento para la aceptación o repudio de la legitimación, previo decreto judicial, con conocimiento de causa. (art. 242 C.C)

5. Que el hijo acepte dicho beneficio. Sí ha fallecido la notificación se hace a sus herederos (Art. 240-244 C.C.C).

c) Judicial. *"Si la legitimación no se produjo ipso jure, o si los contrayentes, generalmente por olvido, no le otorgaron el beneficio de legitimación en el acta de matrimonio o por escritura pública, corresponderá entonces al hijo pedir judicialmente que se declare que es hijo legitimado de quienes se casaron sin legitimarlo".²⁴*

²³ VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho Civil- Derecho De Familia. Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición, 1988, p. 365-366

²⁴ VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho De Familia. Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición, 1988, p. 366.

De lo anterior podemos deducir que la legitimación judicial opera a través de la decisión de un juez, por medio de un proceso que se inicia cuando el hijo se ve obligado a investigar judicialmente sobre su paternidad o maternidad extramatrimonial. Si el hijo obtiene el reconocimiento a través de una sentencia judicial en la que se indica cuáles son sus padres, y si se demuestra que estos se casaron, entonces se produce la legitimación.

Hay que tener en cuenta que el elemento que produce la legitimación es el matrimonio, por lo cual los efectos de la legitimación se retrotraen a la fecha del matrimonio (Art. 244-246 C.C.C).

2.2.2.3 Filiación Extramatrimonial

2.2.2.3.1 Concepto. Es el vínculo que une al hijo con sus padres no casados entre sí. Se origina en las relaciones sexuales que tienen operancia por fuera del matrimonio, es decir que los procreantes no son casados entre sí, y por ello el hijo concebido será llamado extramatrimonial.

El término extramatrimonial, es de gran importancia puesto que es el resultado de un largo proceso dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, para lograr el principio de igualdad de los hijos nacidos por fuera del matrimonio. Este camino parte de las normas que estaban vigentes en el Código Civil y en la Ley 153 de 1887, en las cuales se consagraba que sólo los hijos voluntariamente reconocidos por el padre y la madre tenían derecho a exigirles alimentos. Tenían la calidad de naturales o extramatrimoniales los hijos concebidos por hombre y

mujer que libremente hubieran podido casarse entre sí. Los adulterinos o incestuosos recibían la denominación de hijos de dañado y punible ayuntamiento y carecían de cualquier derecho frente a su padre.

Luego viene la Ley 45 de 1936 que derogó el anterior sistema y concedió importantes derechos a los hijos nacidos por fuera del matrimonio. En primer lugar, permite que todos los hijos sin importar de qué padre provengan puedan ser reconocidos como hijos naturales o extramatrimoniales. Además, se permitió que el hijo extramatrimonial pudiera investigar judicialmente su paternidad. Sin embargo, aún subsistían ciertas desigualdades, principalmente en materia de derechos herenciales; por lo cual surge la Ley 29 de 1982 que buscaba eliminar aquel desequilibrio que seguía existiendo entre los hijos concebidos dentro del matrimonio de sus padres y aquellos que habían sido concebidos y nacidos por fuera de él. Es así como, se estableció que el hijo extramatrimonial hereda la misma cuota que el hijo legítimo, y se suprimen las demás desigualdades que aún existían.

Por último hay que anotar, que la expresión hijo "*natural*" fue muy criticada y tuvo muchos contradictores, por lo cual el Decreto- Ley 2820 de 1974 introdujo la expresión "*extramatrimoniales*". Por su parte la ley 29 de 1982 abolió definitivamente el término "*hijos naturales*" y lo reemplazó por el de "*hijos extramatrimoniales*".

2.2.2.3.2 Formas de Establecerla

a) Reconocimiento Voluntario. El reconocimiento es aquella manifestación de voluntad de ser el padre o la madre de otra persona. Este reconocimiento tiene ciertas características que le son propias y son las siguientes:

1. Es una confesión: De esto se deduce que es una manifestación personal y unilateral que debe estar exenta de vicios (error, dolo, fuerza).
2. Debe provenir de una persona capaz: Esto significa que debe surgir de una persona capaz de reconocer hijos extramatrimoniales; o sea una persona capaz de procrear o engendrar un ser humano.
3. Es un acto declarativo: Tiene este carácter pues su fin no es crear un nuevo estado de las cosas, sino probar una filiación ya existente desde la concepción.
4. Es una manifestación de voluntad irrevocable: Esto indica que el padre no puede arrepentirse de haber reconocido a su hijo. En este caso, el arrepentimiento carece de virtualidad y no se puede revocar el reconocimiento ni siquiera por ingratitud. Por lo anterior, podemos decir que la revocación del testamento no implica la del reconocimiento del hijo natural. Así mismo, si el reconocimiento se hace por medio de un acto jurídico que posteriormente se anula o resuelve, el reconocimiento sigue siendo válido. Sin embargo se debe tener en cuenta que el hecho de que el reconocimiento sea irrevocable no implica que la declaración de voluntad no pueda ser anulada por error, fuerza o dolo.

5. La manifestación es solemne: El reconocimiento de los hijos extramatrimoniales es solemne y por lo tanto debe revestir alguna de las siguientes formas: Acta de nacimiento, escritura pública, testamento, manifestación expresa y directa ante un juez, o por manifestación tácita cuando el supuesto padre es convocado dos veces para el reconocimiento del hijo, y éste no asiste.

Hecho el reconocimiento por alguna de las anteriores formalidades, se requiere luego de la notificación y aceptación del hijo para que se produzcan los plenos efectos del reconocimiento.

El artículo 4 de la Ley 75 de 1968 establece al respecto que *"el reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el título 11 del libro 1 del Código Civil, para la legitimación"*. (Artículos 240-244 C.C.).

b) Investigación Judicial. Este es otro mecanismo que la ley prevé para el reconocimiento del hijo extramatrimonial. En él la ley obliga al reconocimiento por medio de una sentencia judicial.

La investigación judicial varía según se busque establecer la maternidad o la paternidad. En el primer caso, se puede decir que casi todos los hijos prueban la maternidad a través del acta de nacimiento, y si esta falta, puede hacerse la inscripción con fundamento en declaración de testigos, en instrumentos públicos o copias de las partidas eclesiásticas. Si ocurre que estas últimas tampoco

existen, entonces se deberá acudir a la acción judicial de investigación de la maternidad, la que se hará con base en declaraciones de testigos presenciales del nacimiento y en la notoria posesión del estado de hijo. Teóricamente, también se puede pedir la declaración judicial con fundamento en la prueba testimonial, pero en la práctica esto no ocurre nunca, por cuanto actualmente se puede inscribir al niño como hijo de su padre con declaraciones extraprocerales. También habrá lugar a esta acción, cuando existiendo acta de nacimiento el hijo haya sido inscrito como nacido de mujer diferente de la que verdaderamente lo dio a luz, si ha habido suposición de parto o suplantación en el parto (Artículos 335 y ss del C.C)

En cuanto a la paternidad extramatrimonial, la Ley 45 de 1936 en el artículo 4 y la Ley 75 de 1968 estatuyen seis circunstancias en las cuales se presume la paternidad. Estas circunstancias son presunciones legales y simples deducciones que hace la ley, partiendo de hechos conocidos para llegar a uno desconocido, que será la paternidad extramatrimonial.

Estas presunciones son:

Rapto o Violación: El rapto consiste en sustraer a una mujer de forma violenta, para accederla sexualmente.

Para que se constituya la presunción de paternidad y se pueda declarar judicialmente se requiere que el raptor haya accedido carnalmente a la mujer y que exista un nexo de causalidad entre el rapto y el nacimiento del ser humano;

es decir que el nacimiento sea fruto de las relaciones sexuales habidas entre el raptor y la mujer sometida a la violencia, durante la época en que el artículo 92 presume la concepción.

2. Seducción: El legislador explica que la seducción puede ser lograda a través de tres formas:

- Abuso de Autoridad: Cuando el hombre somete a la mujer a sus requerimientos amparado por su posición y sus condiciones tales como mando, edad, cultura, posición económica o experiencia.
- Hechos Dolosos: Son artimañas o engaños a que es sometida la mujer por parte del hombre para lograr tener relaciones sexuales con ella.
- Promesa de Matrimonio: El hombre valiéndose de la promesa de contraer matrimonio con la mujer, consigue tener relaciones sexuales antes del matrimonio.

En estos tres casos se deberán probar no sólo los hechos constitutivos de la seducción, sino el resultado obtenido a través de estos, es decir el acceso carnal.

Una vez demostrada la seducción y que ese hecho produjo el acceso carnal del hombre a la mujer, el juez podrá inferir que el seductor es el padre de la criatura.

3. Declaración inequívoca de paternidad mediante carta u otro escrito: En esta presunción lo importante es que exista un documento, ya sea privado o público, que emane del padre y que contenga una confesión inequívoca de su

paternidad, es decir, que no se preste a diversas interpretaciones o a confusiones acerca de la declaración. Este escrito puede complementarse con otras pruebas, por ejemplo con otros escritos, o con declaraciones de testigos, a fin de deducir la presunción de paternidad.

4. Relaciones Sexuales: Las relaciones entre un hombre y una mujer deben haber existido durante el tiempo en que, según el artículo 92 del Código Civil Colombiano, se presume la concepción. Estas relaciones deben ser probadas y la ley permite deducirlas del trato personal y social entre la madre y el presunto padre.

5. Trato dado por el hombre a la mujer durante el embarazo: Según el artículo 4 numeral 5 de la Ley 45 de 1936 habrá lugar a declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial *"si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior"*.

6. Posesión notoria del estado de hijo: Este estado se acredita o está constituido por tres elementos, a saber:

- Trato: Es la forma como se establece la relación entre las personas, en este caso la relación padre-hijo.

- Fama: Es la creencia u opinión que se forman las personas que han observado la relación padre-hijo.
- Tiempo: Consiste en cuánto debe durar ese trato. La ley ha señalado que debe durar por lo menos 5 años para así establecer la posesión notoria de hijo extramatrimonial.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria en sentencia de Marzo 10 del 2.000, Magistrado Ponente Dr. Jorge Santos Ballesteros, Expediente Número 6188, se refirió a las anteriores presunciones. A continuación transcribimos apartes con relación a este tema:

"...En el desarrollo de la filiación como institución jurídica y del derecho fundamental de toda persona a saber quiénes son sus padres, la ciencia ha prestado, quizá como en ningún otro campo, un innegable apoyo al Derecho Familiar y probatorio, al punto de escucharse hoy apresuradas voces que claman porque se defiera al experto y no al juez la declaración acerca de la paternidad o maternidad, cuando aquella o ésta es impugnada o investigada, no sólo porque, al decir de algunos, ya no es menester contra con un nuevo acervo probatorio que permita "inferir" la paternidad o maternidad, sino porque la pregunta sobre la paternidad es, antes que jurídica, biológica, esto es, científica.

Desde la Ley 45 de 1936, la investigación judicial de la paternidad está impregnada de lo que algunos doctrinantes llamaron la "fijación formal de los hechos", comoquiera que la regulación jurídica del proceso de búsqueda de la

verdad de los hechos controvertidos- regulación que le juez debe acatar- lo frena, lo encauza, altera el proceso de búsqueda de la realidad de esos hechos controvertidos, y en su lugar se entroniza una verdad formal, que tiene su fundamento en la experiencia recogida en presunciones ya legales ya de hombre, pero en todo caso, meramente formales (aun cuando, la verdad sea dicha, las más de las veces coincidentes con la verdad material, pues, se repite, han sido fruto de la observación y la experiencia). Es lo que ocurre con las presunciones que tanto la ley 45 de 1936 como la ley 75 de 1968 contemplan para, acreditadas ellas, declarar la paternidad natural.

Por la referencia expresa de la ley 45 de 1936 y, más concretamente, por las seis presunciones de paternidad que hoy rigen en virtud de la ley 75 de 1968, se ha afirmado que el ordenamiento legislativo nacional en esta materia adoptó el denominado sistema de investigación restringida (al efecto se aduce el artículo 29 de la ley 45 de 1936: "no es admisible la comprobación de la paternidad natural por otros medios que los señalados en esta ley"). En efecto, se expresó así la Corte: "Dentro de la reforma que la ley 75 de 1968 introdujo a la preceptiva legal anterior a su vigencia emergen con perfiles de singular relevancia las referentes a la acción de investigación de la paternidad natural, puesto que si bien es cierto que dicho estatuto aún conserva el sistema de la investigación restringida consagrado por la ley 45 de 1936, también lo es que aumenta las causales al efecto y da mayor amplitud en el suministro de la prueba de los hechos que la estructuran" (Sentencia de 19 de Julio de 1973).

La doctrina jurisprudencial antes citada sintetiza el lente con el cual se ha venido interpretando la ley 75 de 1968 en materia de investigación de la paternidad, es decir, con un criterio restrictivo de claro fundamento legal y explicable en la medida en que abrirle paso a la libre aducción de causales, como se las denominaba en 1936, es apenas el reflejo de la casi imposibilidad de probar las relaciones sexuales, que en 1968 eran necesario antecedente de la procreación, pero que hoy, como se sabe, es dable omitirlas o remplazarlas por métodos como el de la fertilización in vitro. Y de allí que sólo se acepten determinadas presunciones dentro de las cuales debe enmarcarse la labor de abogados y jueces con miras a establecer esa "fijación formal de los hechos".

"...Se tiene entonces que en primer término es inocultable que las normas jurídicas escritas pueden quedar día a día cortas frente al avance de la ciencia, a la que el juez debe remitirse junto con las reglas de la experiencia para proferir sus fallos. De allí se desprende, en segundo término, que a pesar de poder estar consagrada en Colombia la investigación de la paternidad mediante un sistema restringido de presunciones que rinde culto a las reglas de la experiencia plasmadas positivamente en la ley, esa otra fuente de conocimiento sistemático que es la ciencia, no puede dejarse de lado por el juez, cuando la verdad que ella predica ha llegado a su conocimiento (y también al de las partes) mediante prueba judicial legalmente obtenida y rituada. De ambas fuentes de conocimiento, la de la experiencia y la científica, debe hacer acopio el juez para subsumir o excluir la situación de hecho en la norma que hace actuar. Y en tal proceso deductivo, naturalmente debe expresar el mérito que le asigna a cada

prueba y exponer su conclusión mediante una apreciación en conjunto de todo el acervo probatorio (artículo 187 Código de Procedimiento Civil)..."

"...Por tanto, independientemente de si las presunciones legales de paternidad han sido o no legalmente estructuradas como taxativas, cualquier otra forma fehaciente de demostrar legalmente la paternidad o su exclusión debe ser atendida por el juez, a efectos de buscar claridad acerca de la "investigación de la paternidad" que es el objeto del litigio que dirige y adelanta, y que envuelve el ejercicio del derecho constitucional a la personalidad, del que la filiación forma parte. En otras palabras: si llegado el caso, obra en el expediente prueba pericial o de informes, regular y oportunamente allegada al proceso en la que se demuestra -con grado próximo a la certeza- la improbable paternidad del demandado o mejor de la paternidad de un tercero, y dicha prueba se enfrenta a otras que recogen los hechos indicativos que el legislador ha consagrado como constitutivos de presunción de un hecho indicado, tamaña duda debe ser esclarecida por el juez antes de proferir el fallo con que termina el proceso..."

"...Es imperioso que los jueces que a su cargo tienen la delicada función de declarar la paternidad o negarla, adviertan y tomen plena conciencia de que más que las meras presunciones de paternidad que la ley recogió como medio facilitador para la demostración de las relaciones sexuales, hoy la ciencia ofrece un camino expedito que salta sobre esas otrora necesarias relaciones sexuales. Y sin sorpresa se registran en la actualidad procedimientos científicos que, por ejemplo, substituyen la relación sexual y consiguen la fertilización del óvulo

femenino, por lo que juez, atento como debe estar a los cambios de su tiempo, debe darle apenas una discreta importancia a las probanzas indirectas que tienden con la imperfección que les son propias, a demostrar la relación sexual y por este camino la paternidad biológica inferida. En cambio, debe el juez, en la medida en que sea posible obtenerla, aquilatar la prueba científica teniendo presentes, como antes se dijo, la pertinencia, erudición de los peritos, comprensión del tema, precisión en las respuestas, apoyo científico que utiliza, etc.

"Se reitera, hoy es posible destacar que estas probanzas indirectas (testimonios, cartas, seducción dolosa) no tienen el peso probatorio de las pruebas biológicas. Porque la paternidad biológica, esto es, la posibilidad de que un gameto femenino haya sido fecundado por uno de determinado hombre (y al margen de consideraciones éticas o de procedimientos en que no cuenta la voluntad de ese padre biológico), es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta, mediante procedimientos que el medio científico colombiano ofrece y que distan hoy mucho de los que el legislador de 1968 pudo tener en mente...".

2.2.2.4 Filiación por Adopción

2.2.2.4.1 Concepto. Actualmente la adopción está regulada por el Código del Menor. El artículo 88 establece que "*la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema*

vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

Podemos afirmar que la adopción es el acto por medio del cual se le otorga la calidad de hijo legítimo a quien por naturaleza no lo es, y se establece un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptivo el cual se denomina parentesco civil.

Algunos autores explican que la adopción es una ficción, pues trata de imitar los vínculos de sangre al tener como hijo a quien biológicamente no lo es; es así como autores franceses, como Planiol, Colin y Capitant definen la adopción como el *”vínculo ficticio que crea entre personas extrañas las relaciones inherentes a la paternidad y la filiación”*²⁵.

Pero sin detenernos en más definiciones, consideramos que la esencia de la adopción es el denominado parentesco civil, que el artículo 50 de nuestro Código Civil define como *”el que resulta de la adopción, mediante el cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo”.*

2.2.2.4.2 Efectos. Los efectos de la adopción derivan varias consecuencias que pasaremos a explicar:

²⁵ VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho De Familia. Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición, 1988 Pag. 470.

- Toda adopción da al adoptivo y al adoptante los mismos derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos legítimos: Es decir que los derechos y obligaciones que se reglamentan en el título XII del libro 1 del Código Civil se aplican en su integridad a padres e hijos adoptivos. Estas son las obligaciones de crianza, educación y establecimiento; el derecho de los padres de dirigir la educación de los hijos menores de edad y formarlos moralmente; y la obligación del hijo de socorrer a sus padres en todas las circunstancias de la vida.
- En los casos de adopción conjunta si el hijo es menor de 18 años quedará sometido a la Patria Potestad de ambos padres. Por consiguiente, ambos adoptantes tendrán la representación de los hijos, el usufructo legal y la administración de los bienes del hijo adoptivo, en la misma forma que tienen ese derecho los padres legítimos de sangre.

El hijo adoptivo se emancipa de la misma manera que los hijos legítimos (Artículos 312-315 C.C.C.).

- El hijo adoptivo es legitimario de los padres adoptantes y por tanto tiene derecho a su legítima rigurosa. No podrá ser obviado en una sucesión testada, y si ello llegara a ocurrir la ley le da la Acción de Reforma del Testamento. Si la sucesión es intestada el hijo adoptivo ocupa el primer grado de vocación sucesoral y concurrirá con los hijos de sangre en igualdad de condiciones.

Sí el causante es el hijo, los padres adoptantes heredarán al hijo en segundo grado concurriendo con el cónyuge superstite sí lo hay.

- Surgen los impedimentos para contraer matrimonio, tal como lo impone el artículo 140 numeral 11 del Código Civil Colombiano.
- Frente a los padres de sangre se rompen todos los vínculos, relaciones y derechos, salvo el impedimento matrimonial; luego el hijo adoptivo no se podrá casar con su padre, madre o hermana de sangre.

Igualmente pierde las acciones relativas al Estado Civil. Según el artículo 99 del Código del Menor *"Nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación de sangre del adoptivo, ni reconocerle como hijo extramatrimonial. El adoptivo podrá, sin embargo, promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil que le correspondan respecto de sus padres de sangre, únicamente para demostrar que quienes pasaban por tales, al momento de la adopción, no lo eran en realidad.*

En el caso previsto en este artículo, la prosperidad de las pretensiones del adoptivo hará que se extingan los efectos de la adopción, aunque el adoptante no hubiere sido citado al proceso".

2.2.2.5 Acciones

2.2.2.5.1 Reclamación o Reconocimiento

a) Concepto. La Acción de Reclamación o de Reconocimiento es aquella que la ley le otorga al hijo o a sus causahabientes a fin de que se le otorgue el estado civil que en punto de filiación a él le corresponde.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que *"la acción de reclamación se contrae a obtener judicialmente el reconocimiento de hijo legítimo o natural, cuando el demandante se halla privado de una de estas calidades que es la que en derecho le corresponde. Y como la filiación, ora sea la legítima o ya la natural, vincula al hijo con una mujer y un hombre determinados que son sus progenitores, esta acción de reclamación puede tener como objetivo inmediato y propio la investigación de la maternidad o de la paternidad"*.²⁶

b) Características. La acción de reclamación o de reconocimiento se concreta al encontrarse en ella las siguientes características:

1. Es una acción Positiva: Esto significa que con esta acción se busca que se le reconozca el verdadero estado civil a una persona, ya sea, porque no lo tiene o porque tiene uno que no es el suyo, en cuyo caso sería una acción mixta.
2. Es una acción cuya titularidad es restringida: Únicamente están legitimados para proponerla el hijo y en algunos casos sus causahabientes.
3. Es una acción imprescriptible: La razón de ser de esta característica es que nunca se podrá instaurar la excepción de prescripción referente al estado civil de las personas. Aquí es importante mostrar la diferencia entre el estado civil

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, diciembre 1 de 1982. Mg. Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén. G.J. 2406, p. 330.

y sus efectos patrimoniales, pues mientras el primero es imprescriptible, los segundos si pueden prescribir y afectarse por éste fenómeno jurídico.

4. Al respecto la Corte Suprema de Justicia hizo el siguiente pronunciamiento:

"el derecho a reclamar el estado civil que realmente se tiene se puede ejercitar en cualquier tiempo, y de ahí la imprescriptibilidad que para las acciones de esta índole consagra el artículo 406 del Código Civil".²⁷

2.2.2.5.2 Impugnación o Desconocimiento

a) Concepto. Esta acción ha sido definida jurisprudencialmente como *"una acción esencialmente negativa, pues se encamina a obtener la declaración de que una persona carece del estado civil que ostenta, por no corresponder a la realidad, como acontece con las de impugnación de la paternidad o de la maternidad".²⁸*

Como estudiaremos más adelante la acción de impugnación se ejercita impugnando la sola legitimidad, la maternidad, la paternidad o la legitimación.

b) Características. Podemos diferenciar la acción de impugnación de la acción de reclamación en cuanto la primera presenta las siguientes características:

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, junio 9 de 1970. Mg. Ponente Dr. Ernesto Cediél Angel. G.J. 2326, 2327, 2328, p. 174.

1. Es una acción negativa: Puesto que busca destruir o desconocer el estado civil que ostenta una persona, porque este es aparente.
2. Es una acción de titularidad amplia: Esto significa que la pueden interponer los herederos y un número de personas que tengan un interés patrimonial.
3. Es una acción prescriptible: Es decir que es una acción que esta sujeta a cierto término establecido por la ley, y sino se interpone en ese término, el juez podrá de oficio declarar la prescripción de la acción.

La finalidad de esta característica puede entenderse mejor al encontrar su soporte en el siguiente aparte de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia: *"Por la especial gravedad que para el ejercicio de los derechos emanados de las relaciones de familia y para la estabilidad y seguridad del grupo familiar entraña el desconocimiento del estado civil que una persona viene poseyendo, el legislador ha señalado plazos cortos para el ejercicio de las acciones de impugnación"*.²⁹

c) Impugnación de la Maternidad

- **Legitimados para impugnarla.** En cuanto a la acción de impugnación de la maternidad, hay que tener en cuenta que se dirige a demostrar que al hijo que se tiene como legítimo de determinada mujer no le corresponde ese

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

estado, debido a una suposición del parto, o una suplantación de la identidad de la madre o del hijo.

El artículo 335 del Código Civil Colombiano indica quiénes son las personas que pueden impugnar la maternidad:

1. El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo.
2. Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya.
3. La verdadera madre para exigir alimentos al hijo.

Y el artículo 337 señala otros titulares de la acción: *"Se concederá también esta acción a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre"*.

- **Aspecto Probatorio.** Hemos encontrado una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que explica de manera completa y clara el aspecto probatorio en materia de impugnación, por lo cual a continuación transcribiremos los apartes más importantes:

"Si bien es verdad que el modo normal de probar la maternidad es presentando la respectiva acta de registro de nacimiento, no lo es menos que dicha prueba no es sin embargo la única, desde luego que tal hecho puede acreditarse también

por la posesión notoria de ese estado civil. Empero la posesión de estado no significa necesariamente que corresponde siempre y en todo caso a la situación de derecho; en eventos excepcionales ésta y aquella se hallan en pugna, como sucede, por ejemplo, en las hipótesis de suplantación de parto, o de sustitución del fruto de ésta, en los cuales se tiene el estado de hijo de determinada mujer por posesión notoria, situación que no corresponde a la filiación real. Por eso es por lo que la posesión notoria, lo mismo que el acta de nacimiento, como pruebas ordinarias que son en materia de filiación, sólo hacen fe provisionalmente: hasta tanto la persona que discute su autoridad las destruya o infirme con la aportación de pruebas que demuestren lo contrario. De ahí que combatir el acta de nacimiento o la posesión notoria del estado de hijo de determinada mujer, constituye, precisamente, el objetivo de la pretensión impugnativa de la maternidad...”

“... Si los elementos esenciales de la maternidad son el parto y la identidad del producto de éste, es lógico pensar que ella pueda impugnarse probando uno de estos dos extremos, o los dos a la vez: a) que hubo suposición de parto, es decir, que muy a pesar de la declaración hecha ante el respectivo funcionario del registro del estado civil, no existió el parto que se le atribuye a determinada mujer; b) que el ser humano nacido en determinado parto es diferente del que actualmente protege esa maternidad aparente. Basta pues con que se destruya uno cualquiera de tales dos presupuestos constitutivos de la maternidad para que el acta de registro del nacimiento, que por ser en tal supuesto el resultado

*de una falacia y que por tanto contiene una declaración mendaz, deje de servir de medio de prueba a quien pretende prevalecerse de ella”.*³⁰

d) Impugnación de la Paternidad

- **Propiamente Dicha.** Es una de las formas de impugnar la paternidad, en la cual se busca destruir la presunción por medio de la cual se tiene como padre al marido de la mujer que dio a luz (presunción contenida en el artículo 214 inciso 1 C.C.C).

Es una acción negativa en la cual se pueden presentar dos hipótesis que pasaremos a explicar en los siguientes numerales.

➤ **Con Aceptación de la Madre**

En esta hipótesis se desarrolla lo consagrado en el artículo 3 inciso 2 de la ley 75 de 1968, a saber:

“El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo:

2) Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el Título X del libro I del Código civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, marzo 28 de 1984. Mg. Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén. GJ. 2415, p. 108.

intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de menores, si fuere menor".

De lo anterior, se puede concluir que bajo éste supuesto se requieren tres circunstancias especiales para que proceda la acción:

El supuesto padre desconozca al hijo.

La madre acepte dicho desconocimiento

El verdadero padre reconozca la paternidad sobre ese hijo.

De esta forma lo señalado en el artículo 223 del Código Civil Colombiano se aplica al afirmar que *"ninguna reclamación contra la legitimidad del hijo, ora sea hecha por el marido, o por otra persona, tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil ante el juez, el cual nombrará curador al hijo que lo necesitare para que le defienda en él.*

La madre será citada, pero no obligada a parecer en el juicio.

No se admitirá el testimonio de la madre que en el juicio de legitimidad del hijo declare haberlo concebido en adulterio".

En este supuesto, el proceso debe regirse según lo indica el artículo 93 del Código de Procedimiento Civil, por haberse dirigido la demanda contra la madre y contra el verdadero padre y por haberse allanado estos a las pretensiones del marido. (Art. 3 No 2 de la Ley 75/68)

➤ **Sin Aceptación de la Madre**

- **Titulares de la Acción.** El artículo 216 del Código Civil Colombiano se refiere a los titulares de la acción de impugnación y consagra al respecto que *"mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo"*.

Sin embargo, la Ley 75 de 1968 en su artículo 3 trae una excepción a la anterior disposición y establece que *"el hijo podrá reclamar en cualquier tiempo, contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se hay verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente le hogar conyugal"*.

Sobre este artículo la Corte Constitucional en Sentencia C - 109 de 1995 se pronunció, resolviendo:

"Declarar EXEQUIBLE el aparte *"cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente le hogar conyugal"*, contenido en el artículo 3 de la ley 75 de 1968, siempre y cuando se interprete que, además de esta causal, y en virtud del derecho que toda persona tiene de reclamar su verdadera filiación y del principio de igualdad de derechos dentro de las relaciones familiares, consagrados en la Constitución, el hijo de mujer casada cuenta con otras posibilidades para impugnar la presunción de paternidad, así de un lado, si el hijo acumula la impugnación de la paternidad con una acción de reclamación de paternidad, deberá darse aplicación preferente al artículo 406 del C.C.; de otro lado, en todos los casos, el hijo contará con las causales previstas para el

marido en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890". (El subrayado es nuestro).

De igual forma, los artículos 219 y 222 del mismo Código establecen que también pueden ejercer la impugnación los herederos y los ascendientes del marido, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

- Que el marido haya fallecido.
 - Que el marido no haya reconocido como suyo al hijo.
 - Que lo hagan en el tiempo oportuno o hábil para ejercer la acción.
 - Que el marido haya dejado viva la acción que estaba en cabeza de éste.
- **Aspecto Probatorio.** En este punto debemos estudiar las dos clases de pruebas que hay para lograr exitosamente la impugnación.

1) Plena Prueba: Su propósito consiste en llevar al juez a la absoluta convicción de que el marido no es el padre del hijo. El impugnante debe demostrar la absoluta imposibilidad física en la que estuvo durante la época en que se presume la concepción, según el artículo 92 del Código Civil Colombiano.

Esta prueba es la exigida en el artículo 214 numeral 2 cuando señala que *"el marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad de tener acceso a la mujer"*.

En este punto, es importante detenernos un momento y contemplar la circunstancia de la imposibilidad moral para acceder a la mujer.

Como imposibilidad moral se debe entender la absoluta incapacidad de acceder físicamente a la mujer, debido a connotaciones de tipo morales, por ejemplo, una relación en la cual no hay comunicación entre el hombre y la mujer, o una pareja que está separada de cuerpos, o ha contemplado la posibilidad de un divorcio.

Bajo estas circunstancias, la pareja no mantiene relaciones sexuales, pero no por situaciones meramente físicas, sino por las condiciones morales en las que convive. Si se logra demostrar plenamente estas circunstancias morales, el juez tendrá la absoluta convicción de que el marido de la mujer no es el verdadero padre de la criatura.

2) Prueba Semiplena: Esta clase de prueba se da en el caso al que se refiere el artículo 215 del Código Civil: *"El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí sólo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre"*.

Por lo tanto, el adulterio no es plena prueba para demostrar que el hijo no es del marido, pero sí es la llave que legitima la acción del marido para comprobar por cualquier otro medio que él no es el verdadero padre.

- **Por simple desconocimiento.** Es la otra forma de impugnar la paternidad y se ejerce cuando el hijo nace por fuera de los términos establecidos en el artículo 92; es decir, que el nacimiento del hijo es extemporáneo (después de los 300 días de disuelto el matrimonio).

Sin embargo, hay que destacar que la Corte Constitucional en sentencia C - 04 de 1998, Magistrado Ponente Doctor Jorge Arango Mejía, se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 92 del C.C.

Como principales apartes encontramos los siguientes:

"La presunción de derecho del artículo 92 tiene una finalidad clara: permitir que se pruebe o se descarte la filiación, pues la claridad de hijo de una persona en especial, como bien es sabido, es parte del estado civil y determina, por lo mismo, derechos y obligaciones diversos, que no viene al caso enumerar.

"¿Qué ocurre cuando a un ser humano que ha nacido, es decir, que se ha separado completamente de su madre y ha sobrevivido siquiera un instante (artículo 90 del Código Civil), como resultado de una gestación inferior a 180 días, o superior a 300 días, se le aplica la presunción de derecho del artículo 92? Sencillamente, se le impide demostrar ante la justicia su condición de hijo de una determinada persona, o se permite que se desconozca su condición de hijo legítimo si ha nacido durante el matrimonio..."

"...Pero, cabe preguntarse: ¿qué consecuencias traería consigo la declaración de inexequibilidad de la expresión "de derecho", del artículo 92 del Código Civil? Sencillamente, el permitir la prueba de la filiación en los casos excepcionales de nacimientos acaecidos como fruto de gestaciones de menos de 180 días de duración o de más de 300 días. A la altura de estos tiempos, existen, en Colombia, métodos científicos que permiten probar, casi con el 100% de posibilidades de acierto, la filiación...

"...Dicho en otros términos: la duración de la gestación no es ya un factor definitivo en la prueba de filiación. La filiación, fuera de las demás pruebas aceptadas por la ley civil, se demuestra ahora, principalmente, por el experticio sobre las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre, y por la peritación antropo-heredo-biológica, medios de prueba expresamente previstos por el artículo 7 de la Ley 75 de 1968"

"Por todo lo expuesto, se declarará la inexequibilidad de la expresión "de derecho" contenida en el artículo 92 del Código Civil, y, en consecuencia, la presunción establecida en esta norma será simplemente legal, que admite prueba en contrario".

Entendiendo así las cosas el artículo 220 del Código Civil Colombiano recobra importancia en la medida en que afirma que *"a petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio.*

Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que empezó esta imposibilidad.

Lo dicho acerca de la disolución se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio”:

Pasaremos entonces a explicar quienes pueden pedir esta impugnación y qué pruebas son las que se requieren para que esta prospere.

- **Titulares de la Acción.** El artículo 220 de nuestro Código Civil establece que *”a petición de cualquiera persona que tenga interés en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio”.*

Por tanto es posible afirmar que la acción de impugnación por simple desconocimiento la pueden ejercer todas las personas que tengan un interés legítimo, que puede ser moral o patrimonial, en que se declare que ese hijo no es del hombre con quien estaba casada la mujer. Pueden entonces considerarse como legitimados para ejercer la acción los ascendientes del marido, sus herederos, o el mismo hijo.

- **Aspecto Probatorio.** En cuanto a este punto debemos decir que lo que se tiene que probar es que el nacimiento ocurrió por fuera del término

establecido en el artículo 92 del Código Civil. Y si el nacimiento se produjo dentro de ese período lo que se debe probar es la absoluta imposibilidad del marido de acceder físicamente a la mujer. (Artículo 220 C.C.C).

e) Impugnación de la Legitimación

a) Impugnación del concebido antes del matrimonio y nacido dentro de él

- **Impugnación propiamente dicha.** En este supuesto, esto es, en cuanto a los hijos concebidos fuera del matrimonio pero nacidos dentro de él, ya vimos que quedan legitimados ipso jure. Ahora bien, esta legitimación puede ser atacada por la vía de la acción de impugnación; en cuanto el marido logre probar que ese hijo que nació antes de expirar los 180 días subsiguientes al matrimonio no pudo ser concebido por él, puesto que se encontraba en imposibilidad absoluta de acceder a la mujer.
- *Titulares de la acción.* El artículo 247 del Código Civil Colombiano hace referencia a las personas que están facultadas para ejercer la acción de impugnación de la legitimación. De esta norma podemos concluir que esta acción sólo la puede ejercer el marido dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento del parto. (Artículo 216 C.C.C).
- **Impugnación por simple desconocimiento.** Esta acción tiene lugar en los casos en los que el marido no tuvo conocimiento del estado de embarazo de

la mujer antes de celebrarse el matrimonio. Por consiguiente, y como lo afirma el artículo 237 inciso 3 del Código Civil Colombiano *"podrá reclamar contra la legitimidad del hijo si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, y si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo después de nacido"*.

En cuanto a los titulares de la acción nos remitimos a lo estudiado en el numeral inmediatamente anterior, cuando explicamos quiénes tenían la titularidad de la acción de impugnación propiamente dicha dentro del capítulo de la impugnación de la legitimación.

b) Impugnación del concebido y nacido antes del matrimonio

- **Titulares de la acción.** En este caso, en el cual la mujer es soltera; pueden ejercer la acción de impugnación todas las personas que justifiquen tener un interés actual en ello; de donde se infiere que esta acción les corresponde a terceros y no exclusivamente y privativamente al marido. Es importante anotar que el legitimado también tiene derecho a impugnar su propia legitimación.

Si la impugnación la alegan los ascendientes del padre o madre legitimantes, tienen como término para ejercer la acción sesenta días contados a partir de la fecha en que tuvieron conocimiento de la legitimación; pero sí la alegan otras

personas, disponen de trescientos días a partir de la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

- **Aspecto Probatorio.** En este caso no se exige en concreto una prueba determinada, y por ello quienes pretenden atacar la legitimación, pueden hacerlo utilizando las pruebas que los lleven a demostrar que el legitimado no puede ser del hijo legitimante.

El objetivo fundamental en este aspecto probatorio es demostrar que el legitimado no puede ser el hijo del legitimante. El artículo 248 del Código Civil establece dos causales para impugnar la legitimación:

- 1) Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante.
- 2) Que el legitimado no ha tenido por madre a la legitimante; sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título 18, De la Maternidad Disputada.

El mismo artículo consagra que *"no serán oídos contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes; estos en sesenta días, contados desde que tuvieron conocimiento de la legitimación; aquellos en los trescientos días subsiguientes a al fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho"*.

c) Impugnación de la filiación Extramatrimonial

El art. 2 de la ley 75 de 1968, consagra que *"el reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento, por los medios que contemplan los ordinales 2, 3, 4 del artículo 1 de esta ley"*

El art. 4 señala que *"el reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el título 11 del libro 1 del Código Civil, para la legitimación"*. Este artículo exige la notificación y la aceptación. El hijo o su madre lo pueden repudiar dentro de los 90 días siguientes a la notificación.

Los artículos 5 de la Ley 75 de 1968 y 9 de la Ley 45 de 1936, contemplan las causales existentes de impugnación del reconocimiento de hijos extramatrimoniales. El texto del primer artículo mencionado establece que *"el reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del código Civil"*.

"Es decir, que, hecho el reconocimiento de paternidad por cualquiera de los cuatro medios que taxativamente señala el artículo 1 de la ley 75 de 1968, sólo podrán impugnarlo los que prueben un interés actual en ello, siempre que demanden dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvieron ese interés y pudieron hacer valer su derecho, y, además, los ascendientes legítimos del reconocedor, dentro de los sesenta días contados desde que tuvieron noticia del reconocimiento. En todo caso, el impugnante debe

*demostrar que el hijo natural no ha podido tener como padre a quien lo reconoció”.*³¹

Por otra parte, El artículo 9 de la Ley 45 de 1936 contempla un caso de impugnación del reconocimiento que de un hijo hace su padre. Dice el citado artículo: *”la mujer que ha cuidado de la crianza de un niño, que públicamente ha proveído su subsistencia y lo ha presentado como hijo suyo, puede impugnar el reconocimiento que un hombre ha hecho de ese niño, dentro de los sesenta días siguientes en que tuvo conocimiento de ese hecho”.*

De todas formas, para iniciar el proceso de impugnación se debe demandar al legítimo contradictor. Si el padre presunto está vivo necesariamente se deberá demandarlo a él, y la sentencia producirá efectos erga omnes; de lo contrario será a sus herederos a quienes se les deberá vincular dentro del proceso.

2.3 PARENTESCO

2.3.1 Definición

El parentesco lo podemos definir como el conjunto de vínculos jurídicos que unen o atan a los miembros de una misma familia. Es el medio a través del cual

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, septiembre de 1978. Mg. Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga. GJ. 2399, p. 230.

la familia se vincula entre sí, y por ello son parientes los padres y los hijos, los hermanos entre sí, los abuelos y los nietos, etc.

Partiendo de esta definición, entonces encontramos que estos vínculos pueden ser de diferente naturaleza y que no son los mismos lazos jurídicos los que unen a todos los miembros de la misma familia; por ello debemos hacer precisión en la clasificación o en las diferentes especies del parentesco.

2.3.2 Clases

2.3.2.1 Consanguinidad. Según el artículo 35 del Código Civil, el parentesco de consanguinidad *"es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre"*.

En esta especie de parentesco, las personas se encuentran unidas por una relación que comprende a todos aquellos que van descendiendo uno de los otros, como por ejemplo, entre padres e hijos, o entre nietos y abuelos.

El artículo 37 se refiere a los grados de consanguinidad y consagra que entre dos personas éstos se cuentan por el número de generaciones. El grado es la medida del parentesco; es decir, que se mide la distancia que existe entre dos personas unidas por vínculos parentales.

A su vez, el artículo 41 indica que *"en el parentesco de consanguinidad hay líneas y grados. Por línea se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común"*.

La línea se divide en varias clases:

- Recta o directa
- Colateral, transversal u oblicua
- Paterna o Materna

La Línea Recta se establece entre personas que descendiendo de un mismo tronco lo hacen las unas de las otras. Esta línea se subdivide en ascendientes y descendientes, y podemos explicarlo diciendo que cuando en la línea recta se cuenta subiendo de uno de los miembros al tronco, se llamará ascendiente, por ejemplo: hijo - padre - abuelo - bisabuelo, etc. En cambio, cuando en la línea recta se cuenta bajando del tronco a los otros miembros, se denominará descendiente.

La Línea Colateral es la que forman las personas que aunque no procedan las unas de las otras, si descienden de un tronco común. Es el caso de los hermanos, o de la relación sobrino - tío.

La Línea Paterna es la que establece el parentesco por parte del padre, y la línea Materna la que corresponde a los parientes por parte de la madre.

2.3.2.1.1 Clases de parentesco de consanguinidad. El artículo 38 del Código Civil señala que *"Parentesco legítimo de consanguinidad es aquel en que todas las generaciones de que resulta, han sido autorizadas por la ley; como el que existe entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que han sido también hijos legítimos del abuelo común"*.

Por su parte, el artículo 39 menciona que *"la consanguinidad ilegítima es aquella en que una o más de las generaciones de que resulta, no han sido autorizadas por la ley; como entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido hijo ilegítimo del abuelo común"*.

Por último, el artículo 40 se refiere al parentesco por legitimación, y consagra que: *"la legitimidad conferida a los hijos por matrimonio posterior de los padres, produce los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa. Así, dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos que fueron legitimados por el matrimonio de sus padres, se hallan entre sí en el cuarto grado de consanguinidad colateral legítima"*.

En este punto es importante mencionar que la Corte Constitucional en sentencia C- 595 de Noviembre 6 de 1996 declaró exequibles los artículos 38 y 47 del Código Civil Colombiano, e inexecutable los artículos 39 y 48 ibídem.

A continuación transcribimos el aparte de la sentencia en donde se realiza el examen de las normas mencionadas:

“A partir de la vigencia de la ley 29 de 1982, en virtud de lo dispuesto por su artículo 1, desapareció la “consanguinidad ilegítima” y fue reemplazada por la “extramatrimonial”. Esto, porque si los hijos se clasifican en legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, con iguales derechos y obligaciones, no se ve cómo puede subsistir un parentesco “ilegítimo”, concretamente, el de hijo. Obsérvese, además, que al desaparecer, según la norma citada, las diferencias entre las tres clases de hijos, en cuanto a sus derechos y obligaciones, desapareció la razón de ser de la distinción entre el parentesco legítimo y el ilegítimo.

“Habría, pues, razones suficientes para considerar que los artículos 39 y 48 del Código Civil fueron modificados por el 1 de la ley 29 de 1982, que sustituyó la expresión “ilegítimo” por “extramatrimonial”. Esto llevaría a una sentencia inhibitoria, en razón de la derogación parcial de estas dos normas citadas.

Sin embargo, la Corte estima que lo procedente es declarar inexecutable los artículos 39 y 48, por estos motivos:

“En primer lugar, si el inciso primero del artículo 42 de la Constitución reconoce, en un pie de igualdad, la familia constituida por vínculos “naturales o jurídicos”, no se ve cómo la inexistencia del matrimonio origine una “consanguinidad ilegítima”, entendiéndose ésta como ilícita.

De otra parte, la igualdad de derechos de los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, establecida, como se ha dicho, por el artículo 1 de la ley 29 de 1982, fue elevada a norma constitucional por el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución. Siendo esto así, el calificativo de ilegítimo dado a un parentesco, no tiene ninguna finalidad, pues sólo la tendría si implicara una diferencia en los derechos.

Finalmente, la declaración de inexecutable carece de efectos prácticos. Especialmente, en nada afecta los derechos de las personas, pues desde la vigencia de la ley 29 de 1982 desaparecieron las diferencias que existían entre los hijos. La igualdad de derechos entre éstos, además, continúa en sus descendientes, como lo ha establecido la Corte.

En síntesis: a juicio de la Corte, la declaración de inexecutable es razonable porque elimina la posibilidad de cualquier interpretación equivocada de la expresión "ilegítimo", y ratifica toda la jurisprudencia sobre la imposibilidad de trato discriminatorio por el origen familiar.

Expresamente se advierte que la declaración de inexecutable de los artículos 39 y 48 no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo":

2.3.2.2 Afinidad. El Parentesco de Afinidad es la relación que se establece entre una persona y los consanguíneos de otra a quien ha conocido carnalmente. Esto quiere decir, que se crea un vínculo legal entre una persona con los consanguíneos de su cónyuge o compañero, por el simple hecho de haber tenido contacto carnal. Sin embargo, la ley distingue entre afinidad legítima y extramatrimonial³², dependiendo si existe o no matrimonio entre los que se conocieron carnalmente.

El artículo 47 del Código Civil establece que "*Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer*". De esta manera, las líneas o grados entre una persona y los consanguíneos de aquel que conoció carnalmente se califican por la línea o grados de consanguinidad legítima del cónyuge o compañero con el dicho consanguíneo.

³² La sentencia C-595 dictada por la Corte Constitucional en Noviembre 6 de 1996 declaró inexecutable la consanguinidad ilegítima del artículo 39 y la afinidad ilegítima del artículo 48 del

En cuanto a la afinidad extramatrimonial, se entiende por tal *"la originada en la unión a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros"*³³ es decir, a diferencia de la afinidad legítima, en esta clase de afinidad el requisito del matrimonio no existe.

Anteriormente el Código Civil distinguía entre afinidad legítima e ilegítima, sin embargo la Corte Constitucional en la Sentencia C -595 ya citada, declaró que el término ilegítimo debía desaparecer por las siguientes razones: *"En primer lugar, si el inciso primero del art. 42 de la constitución reconoce, en un pie de igualdad, la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos, no se ve como la inexistencia del matrimonio origine una consanguinidad ilegítima, entendiéndose ésta como ilícita"*

Así mismo, la Corte consideró que el calificativo de ilegítimo dado al parentesco, dejó de tener finalidad en el momento en que se dio la igualdad de derechos entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos (ley 29 de 1982) y más aún, cuando dicha disposición fue elevada a norma constitucional por el art. 42 de la constitución.

En relación con las líneas y grados de la afinidad extramatrimonial, éstas se cuentan igual que en la afinidad legítima. (artículo 49 del Código Civil)

Código Civil, sin embargo por expresa disposición de dicha sentencia la inexecutable de tal artículo no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial.

Los efectos legales que surgen del parentesco de afinidad tienen relación con los derechos, obligaciones e impedimentos que surgen por este vínculo; es así que existe impedimento para contraer matrimonio entre personas vinculadas en la línea recta de afinidad. (Ley 57 de 1887, art. 13), entre afines no existe derecho a pedir alimentos, y cuando la ley ordena que se oiga a los parientes, a falta de consanguíneos, se oirá a los afines legítimos.

2.3.2.3 Civil. Se entiende por parentesco Civil aquel que surge por efectos de la adopción. El artículo 100 del Código del Menor se refiere al tema diciendo: *"la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de éste"*.

En este orden de ideas, y según el artículo 98 del Código del Menor *"Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad"*. Igualmente tanto adoptante como adoptivo adquieren por la adopción las obligaciones y derechos de padres o hijo legítimo. (art.97 Código del Menor)

2.3.3 Efectos del Parentesco

La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de éste. (Artículo 100 Código del Menor).

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, C-595 Bogotá, Noviembre 6 de 1996.

1. Por razón del parentesco se otorga vocación sucesoral a los parientes, de acuerdo con la ley 45 / 36 o la ley 29/82, según el caso.
2. El parentesco constituye un impedimento matrimonial. Cuando se trata de parentesco de consanguinidad, la prohibición es absoluta en la línea recta, de acuerdo con el numeral 9 del art. 140 del Código Civil. En línea colateral la prohibición va hasta el segundo grado de consanguinidad.

En el parentesco de afinidad legítima, la prohibición se da para las personas que están entre si en el primer grado de la línea recta, es decir entre el suegro y la nuera o entre la suegra y el yerno. (Ley 5/87, art. 13 No 2)

Con respecto al parentesco Civil, el artículo 140 numeral 11 establece la prohibición entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante.

En este punto, es importante anotar que si estas personas llegasen a contraer matrimonio este estaría afectado de nulidad y no produciría efectos. Ahora bien, es evidente que este numeral no contempla el caso en que la hija adoptiva contraiga matrimonio con el que fue el esposo de su madre, por lo cual se llegó a pensar que la ley estaba colocando en una posición desigual a los involucrados en esta hipótesis. Sin embargo, con la expedición del Decreto 2737 de 1989 conocido como el Código del Menor está discusión no tuvo mayor asidero, por cuanto el artículo 100 de este articulado consagró que *"la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de éste"*.

3. Los parientes están obligados a pagarse alimentos. El artículo 411 del código Civil determina las personas a las que se le debe alimentos:

1. Al cónyuge
2. A los descendientes
3. A los ascendientes
4. A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa.
5. Padres adoptantes e hijos adoptivos.
6. A los hermanos legítimos
7. Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.

Se debe tener en cuenta que la obligación de los numerales 1, 4 y 7 no se genera por relación del parentesco, debido que entre cónyuges no existe dicha relación, lo mismo ocurre con el donante que no tiene vínculos familiares con la persona a la que le hizo la donación.

Según el tratadista chileno Luis Claro Solar³⁴ *“La fuente de la obligación legal reside así en la solidaridad de la familia, en las estrechas relaciones que deben unir a los miembros del mismo grupo familiar. La comunidad de*

³⁴ CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. Tomo II, Santiago de Chile, p. 387 y ss.

afecciones y de intereses de toda especie que existe entre los miembros de la misma familia impone a éstos la obligación estricta de suministrar su subsistencia a aquellos que no alcanzan a asegurarla por su trabajo personal.”

5. Prohibición del acceso carnal u otro acto sexual con un descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo o con un hermano o hermana de acuerdo con el artículo 237 del Nuevo Código Penal.

2.4 DERECHOS SUCESORALES

2.4.1 Definición

Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra Sucesión proviene del vocablo latino *Succedio, successionis* que tiene como significado la entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra.

El autor Colombiano Roberto Suárez Franco dice que la sucesión *”es un modo de adquirir el dominio mediante el cual el patrimonio íntegro de una persona, denominada ”causante”, se transmite a otra (u otras) llamada ”causahabiente”, con causa o con ocasión de la muerte de aquella”*.³⁵

³⁵ SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Sucesiones. Bogotá: Editorial Temis, p. 5

Para la Corte Suprema de Justicia, la palabra sucesión quiere decir *"tanto la transmisión de los bienes, derechos y cargas de un difunto en sus herederos, como la universalidad o conjunto de dichos bienes que deja el difunto"*³⁶

De las anteriores definiciones podemos ver que la sucesión está relacionada con el concepto de patrimonio, entendido éste por el conjunto de activos y pasivos que recaen en cabeza de una persona, y que puede pasar a cabeza de otra por el modo de la sucesión por causa de muerte, que en últimas no es sino el traslado de la persona del difunto a la persona de los herederos.

2.4.2 Ordenes hereditarios

La actual legislación de ordenes hereditarios se rige por la Ley 29 de 1982, la cual modificó la ley 45 de 1936. El nuevo sistema cambió varios aspectos del anterior. En primer lugar, los hijos naturales pasaron a llamarse hijos *"extramatrimoniales"* y al igual que los adoptivos, heredan con igual derecho a los hijos legítimos; como segunda medida, los ascendientes, hermanos y sobrinos ilegítimos no ven restringidos sus derechos herenciales por llevar tal calidad; y por último, los hijos extramatrimoniales tienen derecho a la representación.

Como vemos, la ley 29 de 1982 dio un gran paso a la evolución de los derechos de los de las personas que eran consideradas *"ilegítimas"*, creándose un nuevo

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, mayo 1925."GJ", T LXXX, p. 361-364

concepto social de los hijos extramatrimoniales, ya que a nivel jurídico desapareció la discriminación a la que estaban sometidos. Esta ley fue un gran avance hacia lo que hoy llamamos derecho a la igualdad.

Según el art. 2 de la ley 29 de 1982 *"Son llamados a sucesión intestada: Los descendientes; los hijos adoptivos; los ascendientes; los padres adoptantes; los hermanos; los hijos de estos; el cónyuge supérstite; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar"*

En este orden de ideas, los órdenes hereditarios según la legislación vigente son:

1. Descendientes. El art. 4 de la citada ley dice *"Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal"*
2. Ascendientes. Según el art. 5 *"si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas".*

En éste segundo orden hereditario, el cónyuge sobreviviente entra a ser llamado a la sucesión con el carácter de heredero.

3. Hermanos y cónyuge. Según el art. 6 *"si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes, le sucederá sus hermanos y cónyuge. La herencia se divide, la mitad para éste y la otra mitad para aquellos por partes iguales."*

4. Hermanos o cónyuge. En caso que sólo exista el cónyuge o los hermanos la herencia se repartirá a la persona que esté presente.
5. Sobrinos. El art. 8 de la ley en mención, establece "*a falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, hermanos y cónyuge, suceden al difunto los hijos de sus hermanos*"
6. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Según el art. 8 en su inciso final, a falta de todos los anteriores, sucede el ICBF.

2.5 IGUALDAD DE LOS HIJOS ANTE LA LEY

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, vemos que fue con la ley 29 de 1982 cuando se otorgó igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos

La constitución Política de Colombia consagra en el art. 13, el derecho fundamental a la igualdad "*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*"

Por su parte, el art. 42 de la carta política, en su inciso 4 establece "*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.*"

Es así como lo que empezó a ser una realidad en 1982, cuando se igualaron los derechos de los hijos, sin importar si estos hubieran nacido dentro o fuera del matrimonio, o si fueren adoptados, hoy en día es norma constitucional y goza de la protección jurídica que tienen los derechos fundamentales.

2.6 REFERENCIA CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

A partir de la constitución de 1991, la reproducción asistida cuenta con protección a nivel constitucional; sin embargo dicha protección no recae sobre el tratamiento mismo de las técnicas de reproducción humana, sino que versa sobre los derechos de los hijos procreados con tratamientos científicos. El artículo 42 de nuestra carta política, establece *"Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente, o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes"*

Es así como la Constitución Política reconoce expresamente la existencia de métodos de reproducción con asistencia científica y consagra igualdad de derechos y deberes entre los hijos nacidos por dicho medio y los hijos procreados de forma natural.

No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que la licitud de la inseminación artificial se manifiesta aún antes de la expedición de la constitución

del 91, ya que desde 1980 nuestro Código Penal describió como conducta punible la inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer. Dispone el artículo 280: *"El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años. La pena anterior se aumentara hasta la mitad si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga o de soltera menor de 16 años."*

Así mismo, la norma penal establece como circunstancia de atenuación punitiva, conductas realizadas contra el hijo que está por nacer o que ya nació, cuando éste ha sido fruto de una inseminación artificial no consentida. (artículos 328, 345 y 347 del Código Penal).

Sin dejar de lado lo anterior, debemos decir que actualmente se ha dado un gran avance a nivel legislativo sobre el tema, ya que la ley 599 del 2000, la cual crea el nuevo Código Penal, modificó parcialmente los anteriores artículos, en la medida en que las conductas consideradas como punibles no se limitan a aquellas realizadas por medio de inseminación artificial, sino también en las que interviene el proceso de fecundación in vitro. De igual manera, serán circunstancias de atenuación punitiva, aquellas realizadas en contra de los hijos nacidos por medio no solo de inseminación artificial sino de fecundación in vitro no consentida.

Los artículos 108, 124, 128 y 187 de la mencionada ley, son una muestra clara de como el legislador ha avanzado en el desarrollo de la materia al reconocer la

existencia de los diferentes métodos de reproducción asistida, e incluirlos en la tipificación del delito.

“Artículo 108. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. *La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años.*”

“Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. *La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.*”

“Artículo 128. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. *La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.*”

“Artículo 187. Inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. *Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.*

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión hasta por el mismo término.

La pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se realizare en menor de catorce (14) años”

El nuevo Código Penal, ley 599 2000, entrará a regir el 24 de julio del 2001 (un año después de su promulgación). Sin lugar a dudas, la expedición de éste código, constituye un gran avance en el tema de las técnicas de reproducción científica ya que consagra como conductas punibles, no solo las mencionadas anteriormente, sino todas aquellas que se realicen por fuera de los fines mismos de la reproducción asistida. En el capítulo octavo se tipifican los delitos cometidos por manipulación genética:

“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 (1) a cinco (5) 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 taras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población.”

Por su parte, el artículo 134 establece: *”El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.*

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.”

En este orden de ideas, vemos como en materia penal la ley ha ido evolucionando, y le ha dado protección a bienes jurídicos que antes se encontraban totalmente desamparados de respaldo legal, tal es el caso del uso que se le da a los embriones concebidos por medio de la técnica de fecundación in vitro.

Por el contrario, en materia civil no ocurre lo mismo, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico tiene un gran vacío legal que exige regulación inmediata, no debemos desconocer que han sido varios los intentos realizados para legislar

sobre técnicas de reproducción asistida; se han presentado varios proyectos al Congreso, pero ninguno ha sido aprobado.³⁷

En materia administrativa, existe regulación en cuanto al funcionamiento de los bancos de componentes anatómicos, de las unidades de reproducción y centros similares. El ministerio de Salud Nacional establece los requisitos para que puedan operar los centros que se dedican a las técnicas de reproducción asistida y define el objeto y los principios que los deben gobernar. Así mismo, dicta las normas que regulan a los donantes y receptores de estas técnicas como lo son la edad, documentos que deben presentar, formalidad del consentimiento y los procedimientos a los que deben someterse para poder ser seleccionados como partes del proceso.

El Decreto 1546 de 1998 en su artículo 2 establece las siguientes definiciones sobre la materia:

³⁷El primer proyecto de ley presentado en nuestro país fue el elaborado por el Doctor Elkin Lucena Quevedo, director de CECOLFES, en 1979.

En 1989, el representante Javier García Bejarano, presentó un proyecto de ley para conferir al presidente de la república facultades extraordinarias "para modificar, derogar y adicionar el código civil, el de procedimiento civil, el penal, el de comercio y el sustantivo del trabajo, en todos los aspectos relacionados con la inseminación artificial y la fecundación en probeta como mecanismos de reproducción humana". Proyecto de ley No 80 de 1989.

En 1990, el mismo representante presentó el proyecto de ley No 67, sobre técnicas de reproducción asistida.

El mismo año, el senador Manuel Enrique Rosero presentó un proyecto de ley sobre el tema en mención. Proyecto de ley No 03 de 1990.

Actualmente existe en el congreso un proyecto de ley presentado por el Senador Miguel Pinedo Vidal. Proyecto de ley No 45 de 2000. (Ver apéndice No 1)

- *“Donante de Gametos o preembriones: Es la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados para fines terapéuticos o investigativos.”*

- *“Donante Homólogo: Es la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción”*

- *“Donante Heterólogo: Es la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción”*

- *“Receptora de gametos o embriones: Es la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el óvulo no fecundado, fecundado, o un preembrión con fines reproductivos.”*

- *“Unidades de Biomedicina reproductiva: Son todas aquellas que prestan servicios de estudio, asistencia, tratamiento e investigación en salud reproductiva con especial énfasis en la infertilidad de la pareja, incluyendo actos quirúrgicos de diagnóstico y tratamiento con técnicas de reproducción asistida que contemplan la abstención de preembriones, que vayan en beneficio de la recuperación de la fertilidad tanto de la mujer como del varón, la obtención del material biológico con el mismo fin y la posibilidad del logro de un embarazo.”*

El Título V del citado decreto regula las unidades de biomedicina reproductiva y centros similares, en donde se tratan temas como el objeto de estos centros, se establece que deben regirse por los principios de calidad, oportunidad y racionalidad lógico –científica; se dictan las normas sobre selección de donantes los cuales no pueden ser menores de edad, no pueden tener vinculo con el centro o con el medico y tienen que someterse a exámenes médicos tanto físicos como psicológicos. Serán descartados o rechazados del procedimiento cuando se logren 10 embarazos con el semen del mismo donante, los resultados de las pruebas sean insatisfactorias o se compruebe que haya donado a dos o más instituciones.

Por su parte, la resolución 3199/ 98 del Ministerio de Salud establece las normas técnicas, científicas y administrativas para el funcionamiento de las unidades de biomedicina reproductiva. Los artículos 14 y 15 exigen a dichas instituciones llevar un registro confidencial de donantes y de receptoras. Así mismo, el artículo 17 establece que para la inseminación, transferencia de óvulos, preembriones y crioconservación deberá constar el consentimiento libre, voluntario y consciente de las partes que intervienen en el proceso científico.

A nivel jurisprudencial la materia no ha tenido gran desarrollo, hasta el momento en nuestro país solo se ha presentado un caso sobre el tema el cual hace referencia a una inseminación post mortem, es decir aquella realizada después del fallecimiento del marido. Los hechos fueron los siguientes:

- El día 11 de Junio de 1988 el señor TEODULO VACA NOVOA congeló su semen en una institución de fertilidad con el fin de que fuera utilizado por su compañera la señora Rosa Reina Acosta.
- El 15 de Noviembre del mismo año, falleció el señor TEODULO VACA.
- El día 2 de febrero de 1989 la señora Rosa Acosta acudió a la Institución de fertilidad donde su marido había donado el semen, para ingresar al programa "bebé probeta".
- El 17 de febrero de 1989 se le hizo la transferencia de tres embriones a la señora Rosa Acosta de los cuales dos se desarrollaron exitosamente.
- El día 9 de octubre nacieron Juan Sebastián y Diego Felipe Acosta, dos niños gemelos fruto del proceso científico.

Como vemos el nacimiento se produjo 10 meses y 15 días después del fallecimiento de su padre, circunstancia que se encuentra fuera de los términos establecidos para que se de la presunción de paternidad.

En 1990 la madre, como representante legal de los gemelos, instauró demanda de filiación extramatrimonial contra los herederos indeterminados de TEODULO VACA NOVOA, para obtener la declaración de la paternidad frente a los hijos nacidos mediante el proceso de reproducción científica.

El juzgado 3 de Familia de Bogotá, reconoció como padre al marido muerto y declaró la filiación extramatrimonial. La sentencia subió en consulta a la sala de familia del Tribunal Superior de Bogotá, la cual confirmó la sentencia del Juzgado, en agosto de 1994.

La sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa fe de Bogotá,- Sala de Familia- del dos de agosto de 1994, resolvió confirmar la decisión del Juzgado 3 de Familia el cual declaró la paternidad extramatrimonial del señor TEODULO VACA sobre los gemelos Juan Sebastián y Diego Felipe Acosta; el Tribunal se basó en las siguientes consideraciones:

“Para el evento que nos ocupa es clara la presunción de paternidad, con fundamento en la expresa voluntad del presunto padre, en el consentimiento anterior del mismo y compañero permanente de la madre de los menores, y de la circunstancia de que fue éste el depositante del semen para el procedimiento de inseminación artificial, lo cual tampoco es excluyente de la buena fe contractual, en ultimas, las dos tesis universalmente imperantes en esta materia.

“En efecto, esta suficientemente probado al proceso que era manifiesta la voluntad de TEODULO VACA NOVOA y su compañera de tener descendencia y justamente con tal fin y por los problemas de infertilidad de esta última se procuraran con el tratamiento que comenzara con la laparoscopia, prosiguiera con el tratamiento de fertilización in vitro con transferencia embrionaria y

concluyera finalmente con el nacimiento de quienes hoy pretenden su paternidad; igualmente probado se encuentra, con el deposito y conservación científica de su semen, para su utilización con destino exclusivo a la fecundación de su compañera, a través del centro Colombiano de fertilidad y esterilidad CECOLFES, el consentimiento expreso de su paternidad; e igualmente probado y sobre lo cual no existe ni duda ni cuestionamiento alguno sino por el contrario certeza total, que el semen utilizado provenía de quien lo consignara y para los fines precitados. Así se desprende con absoluta claridad de la historia clínica misma, cuya síntesis, fuera allegada al proceso y de la inspección judicial practicada por el fallador de instancia, como por la amplia e inequívoca declaración del científico responsable del procedimiento, doctor Elkin Emilio Lucena Quevedo.”

“La tendencia actual en varios países del mundo, en tratándose de la reproducción asistida, para la definición de paternidad, es partir de la presunción consciente en que cuando una mujer se ha sometido a un procedimiento de fertilización ha contado con el consentimiento de su cónyuge o compañera estable y sobre la base de ese consentimiento se presume también que es este y no otro el padre de la criatura nacida como consecuencia del procedimiento de inseminación artificial. Y en otros países, los conflictos no resueltos mediante la aplicación doctrinal y jurisprudencial de principios generales del derecho en relación con la teoría de los actos jurídicos combinada con interpretación de reglamentos de ética médica, y por tanto, el deposito de espermatozoos pertenece incontestablemente a la categoría de los actos jurídicos, de los cuales el medico

sirve de garante a la pareja que busca solucionar sus problemas de esterilidad, para que el hijo nacido en virtud de ese procedimiento tenga el status legal buscado por la pareja, es decir, de hijo de la misma.

“En síntesis, pues, los sistemas reseñados, y por ello se dice que no son excluyentes, privilegian el consentimiento para la práctica de una determinada operación destinada a la génesis de un ser humano, a efecto de determinar las relaciones propias de la filiación, a diferencia de la procreación natural en la cual la gestación es anexa a la relación sexual, de modo que las relaciones parentales creadas en virtud de ese procedimiento de génesis artificial son exactamente las buscadas. A esta conclusión ya había llegado la doctrina latinoamericana, entre ellos el maestro Valencia Zea, poniendo de presente la necesidad de reconocer el consentimiento como la base de filiación y la legitimidad del hijo nacido como consecuencia de un procedimiento de inseminación o gestación extrauterina, todo sobre la base de la buena fe, denominada “voluntad procreacional””

El principal argumento en que se basó el tribunal para declarar la filiación extramatrimonial está sustentado en el consentimiento que dio el señor TEODULO VACA para la utilización de su semen, hasta el punto que el tribunal le otorga a dicho consentimiento calidad de presunción de paternidad. Sin embargo, nosotras consideramos que el tribunal no tuvo en cuenta que la autorización fue dada para tener un hijo en vida, es decir, nunca se mencionó la posibilidad de que el señor se muriera y el semen igualmente fuera utilizado por

la compañera, de tal manera, que si bien el consentimiento existió cuando el señor estaba vivo, nunca hubo autorización expresa para que el semen congelado fuera utilizado en el proceso científico meses después de su muerte. No creemos que el consentimiento que se otorga por el deseo de tener un hijo en vida tenga implícita la aprobación de tener un hijo post mortem.

Si bien este caso no está contemplado en la ley colombiana y por tanto existe un gran vacío legislativo para solucionarlo, consideramos que la decisión del tribunal no contempla el análisis jurídico de fondo que exige la materia. Así mismo, creemos que los jueces deben tener en cuenta los derechos de terceros, y sus decisiones no deben atentar contra derechos adquiridos. En este caso particular, los herederos del señor Vaca, si los hubo, se vieron afectados en sus intereses sucesorales por la decisión del tribunal. El hecho de que la viuda se inseminara después del fallecimiento de su marido, vulnera abiertamente los derechos herenciales de todas aquellas personas que existían al momento del fallecimiento, y que por ley estarían llamados a suceder al difunto.

Si la ley permitiera que la viuda se sometiera a este procedimiento, el nacimiento del hijo traería como consecuencia un cambio en los órdenes sucesorales, y una alteración en el número de personas que entrarían a heredar, afectándose evidentemente los derechos de los demás descendientes, ascendientes, hermanos y sobrinos del difunto.

Consideramos que si antes de fallecer el señor Vaca hubiera otorgado un testamento en el cual daba su autorización para que su mujer después de su muerte se sometiera a un procedimiento de reproducción asistida, esta manifestación de voluntad sería totalmente válida, por cuanto se establecería que los hijos nacidos entrarían a heredar la cuota de libre disposición, o un legado en específico, y no la cuota de los demás legitimarios o la de mejoras; por cuanto así no se vulnerarían los derechos de quienes existían en el momento del fallecimiento, y a la vez se conciliarían los intereses y prerrogativas de cada una de las personas involucradas en el proceso sucesoral.

Por lo expuesto anteriormente, consideramos que la decisión del tribunal no fue acertada puesto que los derechos de las personas que estarían llamadas a suceder al señor Vaca, si las hubo, se vieron afectados y disminuidos sustancialmente, por una sentencia que no tuvo en cuenta en sus consideraciones los mencionados argumentos.

3. PROBLEMATICA

3.1 EN MATERIA DE CONCEPCIÓN

3.1.1 Presunción de concepción

Según lo explicado en el capítulo anterior, la presunción de la época de la concepción no es una presunción de derecho sino de hecho. Este avance

jurisprudencial tiene gran importancia en el tema de la reproducción asistida por cuanto es en esta materia donde se presentan la mayoría de los casos en que el nacimiento se da por fuera de los términos establecidos en el art.92 del Código Civil, lo que evita una contradicción entre el ordenamiento jurídico y la realidad biológica.

La presunción de derecho que anteriormente determinaba el momento de la concepción, era una presunción irreal, puesto que impedía que una persona demostrara su condición de hijo legítimo, aunque lo fuera, si el nacimiento se producía en un término inferior a ciento ochenta días o superior a trescientos días.

Con la declaración de inexecutable de la expresión "*de derecho*" del art. 92 se ha abierto espacio a considerar como legítimo al hijo nacido en los casos excepcionales de gestaciones extemporáneas, como suele suceder en los nacimientos con técnicas científicas.

En el aspecto probatorio la duración de la gestación ya no es un factor decisivo en la prueba de la filiación. Permanentemente se desarrollan métodos científicos que permiten probar casi con el 100% de acierto la filiación.

3.1.2 Nasciturus

El nasciturus es el simplemente concebido, la ley le da total protección a pesar de no ser todavía sujeto de derechos y obligaciones.

El art. 93 del Código Civil consagra los derechos del que está por nacer estableciendo que *"Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron."*

Cabe preguntarnos ¿El anterior artículo es aplicable a los embriones concebidos en la técnica de fecundación in vitro que todavía no han sido transferidos al vientre materno?

Consideramos que dicho artículo únicamente es aplicable a la concepción natural y a las técnicas de reproducción en las cuales la fecundación se produce en el útero de la madre, ya que el texto legal se refiere a los derechos de la criatura que está en el vientre materno, dejando de lado al embrión concebido fuera de él. Sin embargo se debe analizar si el embrión puede ser considerado como persona y por ello contar con la protección jurídica que el nasciturus ostenta a la luz de las normas legales colombianas o si por el contrario por el hecho de estar fuera del vientre de la madre no tiene dicha calidad.

Existen varias posiciones doctrinales al respecto:

Miguel Angel Soto Lamadrid considera que la vida *"surge con la fecundación misma donde quiera que ocurra y aun en circunstancias anormales como la fecundación in vitro, y merece algún tipo de protección jurídica, aunque no exista hasta el momento una ley que defina el status del cigoto o embrión de laboratorio, es decir, disposiciones que definan claramente su naturaleza jurídica, sus derechos o prerrogativas y los límites de sus disponibilidad"*³⁸:

Por el contrario, la tratadista Española María Jesús Moro Almaraz señala que *"El problema es que ni siquiera se puede decir de él (el concebido), y menos del embrión de pocos días, que sea un ser humano. Pero además, la cualidad de persona es la que determina la aptitud genérica para ser titular de derechos"*.³⁹

Emmilsen González de Cancino basándose en nuestra legislación afirma que no se puede considerar al embrión in vitro como una persona jurídicamente protegida por el ordenamiento, ya que científicamente es casi imposible que este tenga un desarrollo normal por fuera del útero de la madre por más de 14 días, y en caso de tenerlo, es igualmente indispensable el nacimiento para ser considerado persona jurídica como lo consagra el art. 90 de nuestro Código Civil.

³⁸ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. *Biógenética, Filiación y Delito*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p. 159.

³⁹ MORO ALMARAZ, María Jesús. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial*. Barcelona: Bosch, 1988, p. 135.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-013 de 1997 se refiere en algunos de sus apartes al tema de la protección del nasciturus:

"... La Constitución protege el de la vida como valor y derecho primordial e insustituible, del cual es titular todo ser humano, desde el principio y hasta el final de su existencia física.

" ... En criterio de esta Corte, la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital..."

"... Desde la formación del cigoto hay vida. Una vida que, obviamente, necesita de un proceso biológico natural que culmina con la plena formación del mismo, pero vida, al fin y al cabo, que no es inferior ni menos importante que la posterior al parto. Su naturaleza humana no se adquiere de un momento a otro mediante la ruptura del cordón umbilical sino que acompaña al fruto de la concepción desde el principio. Resultaría artificial y carente de todo respaldo científico la teoría que sostuviera que, con antelación al nacimiento, aquella que se desarrollaba en el interior de la matriz no era vida o que no correspondía a un

ser humano. De lo cual se desprende que siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de respeto y tutela jurídica..."⁴⁰

A su vez , el inciso 1 del artículo 3 del código del menor establece que " *Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, estos derechos se reconocen desde la concepción"(el subrayado es nuestro).*

Consideramos que el embrión que no ha sido implantado dentro del útero de la madre es una simple célula con posibilidad de llegar a ser persona una vez se deposite en el medio idóneo para su crecimiento y desarrollo. Mientras no se implante no debe gozar de ninguna protección por parte del ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, creemos que los miles de embriones que no son transferidos al vientre materno, pueden ser desechados sin ningún tipo de implicaciones jurídicas. Sin embargo, consideramos que debe existir una regulación sobre los fines para los cuales van a ser utilizados aquellos embriones que no fueron desechados, con el objeto de evitar prácticas con propósitos que se desvíen de la moral y de lo ético y tiendan a la manipulación genética como lo son los intentos de fecundación entre gametos humanos y animales o la gestación de embriones humanos en úteros de animales, lo cual puede causar un perjuicio irremediable a la sociedad.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-13 de 1997. Ref: Expedientes D-1336 y D-1359. Magistrdo Ponente: Dr. José Gregorio Hernández.

Por todo lo anterior, consideramos que la calidad de nasciturus está sujeta a la transferencia del embrión al vientre materno y que el proceso de anidación resulte satisfactorio. Por esto no podría tipificarse el delito de aborto, consagrado en el código penal en el art. 122 que establece *"La mujer que causare aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a 3 años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior."*

El acto de deshacerse de los embriones sobrantes, es decir aquellos no utilizados en el proceso de procreación, no está atentando contra el derecho del que está por nacer, puesto que, en primer lugar el embrión congelado todavía no ostenta la calidad de nasciturus; y en segundo lugar, es perfectamente viable la no conservación de los embriones sobrantes en la medida en que es físicamente imposible el implante de todos los cigotos en el útero de la mujer, teniendo que deshacerse de ellos irremediablemente, sin que puedan completar el ciclo natural de formación y crecimiento.

3.2 EN MATERIA DE PATERNIDAD

Como se explicó en el capítulo anterior, la paternidad consiste en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre. Es un hecho biológico en el cual, el padre es el hombre que con su acción viril embarazó a la madre. Igualmente se señaló que el hijo nacido dentro del matrimonio se presume del marido (Artículo 214 C.C).

En relación con las técnicas de reproducción asistida el tema de la paternidad se debe analizar de acuerdo con las siguientes hipótesis:

3.2.1 Inseminación Artificial Homóloga

En éste caso el donante del semen es el marido, por lo cual lo que se debe entrar a analizar es en qué momento se produce el nacimiento; es decir, si se efectúa antes o después del matrimonio de los padres, y así se deberá establecer el tipo de filiación que los une.

Si el nacimiento se realiza dentro del matrimonio, el hijo fruto del procedimiento de la inseminación artificial homóloga se verá cobijado por la presunción de paternidad y será reputado como hijo legítimo; pues como ya quedó establecido a lo largo de todo este escrito, la filiación legítima es el conjunto de vínculos o lazos jurídicos que une al hijo con sus padres casados, entendiéndose que la fuente de la legitimidad es el matrimonio.

Serán también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres; por lo cual sí el procedimiento de inseminación artificial homóloga termina satisfactoriamente en un nacimiento, deberá entonces analizarse la filiación según las clases de legitimación que estudiamos anteriormente.

Si la inseminación artificial homóloga se realiza con anterioridad al matrimonio de la mujer y del donante del semen, pero el nacimiento se produce después de la celebración del matrimonio, el hijo será legitimado ipso jure, de acuerdo con lo establecido en el artículo 237 del Código Civil Colombiano que expresa: " *El matrimonio posterior legitima ipso jure a los hijos concebidos antes y nacidos en él*".

Ahora bien, sí el procedimiento de la inseminación artificial homóloga se lleva a cabo antes del matrimonio y el nacimiento se produce con anterioridad a la celebración de éste, de igual manera la norma del artículo 238 del Código Civil será aplicable en este caso en concreto, en la medida que se den los requisitos que esta norma consagra, y que estudiamos en su momento.

Entendiendo así las cosas, si el matrimonio nunca llega a efectuarse, el hijo ya no tendrá la calidad de legítimo y según las normas legales será considerado como extramatrimonial; aunque no debemos olvidar que actualmente éstos tienen los mismos derechos y prerrogativas que los hijos legítimos, por lo cual no se les debe mirar de otra manera diferente a la de los hijos legítimos, por cuanto y gracias a la evolución legal en temas como los que atañen a la familia y a la sociedad en general, ahora se habla únicamente de la igualdad de los hijos ante la ley.

Estos mismos supuestos se aplican en el procedimiento de la fecundación in vitro, en la que se utiliza el óvulo de la mujer y el espermatozoide de su marido, y la

filiación estará sujeta al tiempo en que se produce el nacimiento y a la existencia o no de un vínculo matrimonial, según lo analizado en los párrafos anteriores.

En conclusión, y desde el punto de vista jurídico, el medio utilizado para lograr la concepción del hijo es irrelevante, y lo que se debe tener en cuenta es que sí en esa concepción intervinieron exclusivamente los componentes genéticos del padre y la madre, y si el nacimiento acaece dentro o por fuera del matrimonio de éstos.

Por consiguiente, en este procedimiento en específico como lo es la inseminación artificial homóloga, las normas existentes en el Código Civil Colombiano en materia de filiación sí son aplicables y tienen una utilidad importante en la medida que se cumplan los requisitos que éstas mismas disposiciones consagran.

3.2.2 Inseminación Artificial Heteróloga

En este procedimiento el donante del semen es un tercero, es decir no es el marido o compañero permanente de la mujer. Existen varias posiciones en relación con la filiación que se genera bajo este supuesto.

Para algunos, con un criterio bastante extremista y alejado de la realidad, la inseminación artificial heteróloga no debería permitirse, por cuanto consideran que es el padre exclusivamente quien debe transmitir su información genética, y

al autorizar que la fecundación se realice con el semen de un tercero, se estaría atentando contra las leyes de la naturaleza, y se permitiría que los rasgos físicos y los factores genéticos de un extraño pasaran al fruto de esa inseminación, estimulándose así la conformación de familias con elementos genéticos dispares y con pautas de comportamiento disímiles, en la medida que un tercero, ya sea conocido o desconocido, intervino en la concepción de ese nuevo ser.

Por el contrario, autores con posiciones más razonables estiman que se deben tener en cuenta todos los elementos que intervienen y participan en el concepto de la filiación y en la determinación de la paternidad, por lo que consideran viable que un tercero sea quien aporte el semen para que se pueda llevar a cabo y de manera satisfactoria la fecundación.

En nuestra opinión personal, estamos de acuerdo con esta segunda posición, pues consideramos que la finalidad de la inseminación artificial heteróloga no es diferente a la de la inseminación artificial homóloga, que es la de facilitar la concepción en parejas con problemas para procrear, sin necesidad de acudir a otros procedimientos, como lo puede ser la adopción.

Estimamos que la intervención de un tercero en el procedimiento de la inseminación artificial heteróloga es un factor importante más no determinante en cuanto al concepto como tal de la paternidad. Este concepto trae consigo una serie de implicaciones, no sólo legales, sino también morales, sociales y económicas, que se determinarán no sólo en el momento de la fecundación, sino

a lo largo de la vida de ese nuevo ser. La paternidad es algo más que la mera aportación del semen, ella implica un determinado comportamiento, un conjunto de obligaciones y derechos y de una constante participación activa en la vida del hijo.

Una vez, establecido lo anterior, la pregunta que debe hacerse es ¿cuál será la filiación entre el marido de la mujer inseminada artificialmente con semen de un tercero y el fruto de ese procedimiento?

Frente al derecho colombiano vigente, se debe analizar si el donante debe o no ser considerado como padre. Sin embargo, a la luz de estas normas es casi imposible encontrar una respuesta, por cuanto no hay ni ha habido un intento verdadero de regulación en relación con esta materia, y lo único que se puede concluir es la existencia de un vacío legal que aún no ha sido llenado.

Por lo anterior, intentaremos acercarnos al tema y lo analizaremos desde las dos posibles hipótesis:

- Si se establece que el donante debe ser considerado como padre, se estaría atentando contra las disposiciones legales existentes en el Código Civil, puesto que el artículo 213 señala que *"El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo"*.

Entonces, si se tuviera como padre al donante del semen, en primer lugar, se le desconocería al hijo su calidad de legítimo, adquiriendo la calidad de hijo

extramatrimonial, por cuanto la madre no está casada con el donante, y en segundo lugar, se violaría abiertamente la anterior disposición, en la medida que la presunción de que el marido es el padre del hijo no podría tener aplicación bajo este supuesto.

- Si se establece que el donante no será tenido como padre, las disposiciones legales sí podrían aplicarse, por cuanto el marido de la mujer será considerado el verdadero padre, y por ello la presunción de paternidad sí se configuraría, evitándose entrar en discusiones inútiles que lo único que generarían sería un vacío legal mucho mayor al que hoy por hoy existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Además, de las anteriores razones por las cuales el marido de la mujer debe ser considerado el padre del hijo fruto de la inseminación artificial heteróloga, es preciso aclarar que actualmente los Bancos de Semen Colombianos están tomando una serie de medidas que indirectamente suplen la falta de regulación en esta materia. Esto se puede entender en la medida en que se conoce el contrato entre las partes que van a intervenir en el procedimiento, y en el que se obliga al donante a renunciar a la paternidad de los futuros bebés, y en el que se le exige a la madre aceptar que nunca podrá conocer la identidad de su donante, ni hacer reclamación alguna por la paternidad.

En este punto es importante analizar la validez que puede tener o no este tipo de acuerdo en el que el donante renuncia a la paternidad de aquellos bebés que nacerán fruto de la inseminación de una mujer con el semen depositado por él.

En primer lugar, se debe anotar que los requisitos de validez en los contratos son: El consentimiento no viciado, capacidad, licitud en el objeto, licitud en la causa, ausencia de lesión enorme y plenitud de la forma impuesta.

En este análisis en particular, nos detendremos en la licitud del objeto, por cuanto es este requisito el que se puede ver directamente comprometido en el Pacto de Renuncia que efectúa el donante en relación con su paternidad. Cabría preguntarse si ¿este acuerdo atenta contra las buenas costumbres?, es decir ya no es sólo una cuestión jurídica, por cuanto se están involucrando aspectos éticos y morales. Pero a la vez, se deben estudiar factores de índole pragmática y de conveniencia social que envuelven la situación en concreto.

Si pensamos en lo que hoy es una sociedad como tal, en los avances de la tecnología, los descubrimientos científicos y los adelantos en temas que antes parecían ser asuntos indescifrables, es indiscutible que los conceptos de la moral y las buenas costumbres también deben ser revaluados y partir de bases más reales y prácticas. Bajo esta posición, se puede afirmar que los pactos o acuerdos de renuncia de la paternidad que celebran el donante del semen y la mujer inseminada frente a las técnicas de reproducción artificial, serán

perfectamente válidos y tendrán una justificación real, puesto que las necesidades de la misma sociedad así lo exigen.

Aunque no desconocemos la importancia de temas morales y del cumplimiento de las buenas costumbres, consideramos que frente a temas en los que se involucran conocimientos científicos y se aplican conceptos técnicos es necesario avanzar y estar abiertos al desarrollo, sin caer obviamente en creencias equivocadas o ideas falsas. Por consiguiente, pensamos que cuando se estudian temas en los que el hombre interviene directamente, afectando la naturaleza de las cosas y creando artificialmente nuevos procedimientos, la sociedad debe comprometerse a apoyarlo y a no obstaculizar su labor, con discusiones en las que se contraponen la moral y lo científico. Ambos son conceptos diferentes, que en vez de enfrentarse deben complementarse y enriquecerse mutuamente.

En el caso en concreto del pacto de renuncia de la paternidad del donante, pensamos que este acuerdo debe ser válido frente al derecho, pero deben expedirse disposiciones legales que así lo determinen. Consideramos que la validez de este pacto se justifica si entendemos que la participación del donante es meramente tangencial, y su función no es la de convertirse en el verdadero padre de ese hijo fruto de la inseminación, sino la de colaborar para que otros semejantes que por naturaleza no han podido procrear puedan satisfacer su vocación de padres.

Hemos encontrado un Proyecto de Ley que busca promulgar la paternidad del marido de la mujer inseminada artificialmente con semen de un donante diferente a él.

Por ejemplo, el Proyecto de Ley presentado en 1990 por el Doctor Javier García Bejarano, en el artículo 21 expresaba que: *"No podrá, por ningún medio, establecerse la filiación entre el donante de gametos y la persona nacida como consecuencia de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida"*:

Consideramos que la función del donante es simplemente tangencial y temporal frente a la labor de vida que implica la paternidad y la maternidad. El donante participa en la fecundación, en la medida que deposita su semen para que éste sea utilizado en la inseminación artificial de una mujer; pero esa es su única intervención, y a partir de que se realice el procedimiento, no tendrá ninguna otra participación, y será el marido de la mujer el que asuma todo el proceso, desde el instante mismo en que conoce del embarazo, durante toda la vida en que ese nuevo ser lo sienta y lo conozca como su único y verdadero padre.

Sin embargo, consideramos no sólo importante sino también indispensable, que este vacío legal se logre sobrepasar de alguna manera, y que el ordenamiento jurídico Colombiano regule el tema de una manera expresa, promulgando en forma absoluta que en virtud de la aplicación de las técnicas de procreación asistida, no existirá en ningún caso vínculo de parentesco, y que en materia de la paternidad ésta se entenderá establecida sin lugar a dudas, con el marido o

compañero permanente de la mujer inseminada, y será legítima, legitimada o extramatrimonial, según el momento del nacimiento y la existencia o ausencia de un vínculo matrimonial entre estos.

Por otro lado, consideramos que el donante no puede ser pariente de la mujer que va ser sometida a los procedimientos de las técnicas de reproducción asistida cuando esta va ser la destinataria de dicha donación, puesto que este hecho podría causar que el hijo fruto de esa práctica nazca con malformaciones físicas o mentales, producto de la combinación de genes entre familiares. Igualmente, se ocasionarán una serie de conflictos jurídicos en materia de parentesco y filiación, por el vínculo existente entre las personas intervinientes en el procedimiento.

Por último, el Código Penal, ley 599 de 2000, en su artículo 237 establece la prohibición del acceso carnal u otro acto sexual con un descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo o con un hermano o hermana, sin embargo en la situación planteada anteriormente, no puede decirse que se tipifique esta conducta, porque como lo hemos afirmado a lo largo de este escrito, en las técnicas de reproducción asistida no requiere de relaciones sexuales para la fecundación, por lo cual en la forma en que está consagrado este artículo no es aplicable a los procedimientos de reproducción asistida, y por ello consideramos que hay un vacío legal que debe ser solucionado lo antes posible por nuestro legislador.

3.2.3 Impugnación de la Paternidad

Como estudiamos en el capítulo anterior, el tema de la impugnación de la paternidad tiene varias normas que lo regulan y que las estudiaremos en forma más detallada, para analizar si son o no aplicables en los procedimientos de la reproducción artificial asistida.

En primer lugar debemos referirnos a las disposiciones consagradas en el Código Civil Colombiano.

El artículo 214 señala que *"El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido.*

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer".

Este artículo hace mención únicamente al marido. Es a este a quien se le considera como el padre si el hijo nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, y será este quien podrá no reconocer al hijo como suyo si cumple con los requisitos consagrados en la norma. Por lo anterior, debemos diferenciar cuando el marido es el mismo donante en las técnicas de reproducción asistida, o si es un tercero el que va a aportar el semen.

Si el marido es el mismo donante, el inciso primero de la norma es aplicable en su integridad, por cuanto si la mujer se somete al procedimiento de inseminación y el hijo nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido, sin importar si fue concebido natural o artificialmente. La forma en que se concibió al hijo es indiferente para la norma, y por ello es aplicable a las técnicas de reproducción asistida.

El inciso segundo se refiere a que el marido podrá no reconocer al hijo, si demuestra que durante todo el tiempo en que puede presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de acceder a la mujer. Este requisito exige una plena prueba para demostrar la absoluta imposibilidad física de acceder a la mujer. Esta es una prueba de compleja consecución, y se puede determinar en dos circunstancias:

- Cuando el marido es estéril
- Cuando no pudo haber acceso carnal durante el tiempo de la concepción

Si el marido logra demostrar una de estas situaciones, en las que efectivamente hubo una imposibilidad física de acceder a la mujer, entonces podrá impugnar la paternidad del hijo que concibió esa mujer. Ahora bien, si analizamos este requisito para las técnicas de reproducción asistida debemos tener en cuenta lo siguiente:

Se entiende que una pareja acude a las técnicas de reproducción asistida, cuando tiene problemas de fertilidad o cuando las posibilidades de procrear son muy escasas, entonces acuden a la ayuda de estos procedimientos para lograr un embarazo deseado. Supongamos, que sea el hombre quien tiene problemas de infertilidad, por lo cual aunque sea capaz de acceder físicamente a la mujer, ese acceso carnal es inepto para cumplir con la función reproductora. Pensemos de igual forma, que la mujer se hace inseminar pero con semen de un tercero y no de su marido, y a la vez lo hace sin contar con el consentimiento de éste. Bajo este supuesto, la plena prueba a la que nos referimos en este punto, para convencer al juez de que el marido no es el padre del hijo, carecería de valor probatorio, por cuanto la incapacidad del marido para engendrar ya se conoce de antemano, y por esa misma razón la pareja acudió a los procedimientos artificiales; entonces, bajo esta hipótesis en particular, la plena prueba que debería aportarse no es la incapacidad del hombre, sino la práctica de la inseminación con semen de un tercero y sin el consentimiento expreso del marido.

Igualmente, el Código Civil Colombiano establece en el artículo 215 que *"el adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre"*.

Esta forma de impugnación únicamente está en cabeza del marido. Hay que hacer claridad que el adulterio por sí mismo no es plena prueba para la impugnación del hijo, pero sí es la llave para buscar otras pruebas que lleven al juez a la absoluta convicción que ese hijo no es del marido.

Esta norma será aplicable a los casos de reproducción asistida, si hacemos una interpretación del artículo 215 en el sentido de equiparar el adulterio al hecho de que la mujer se haga inseminar con semen de un tercero y sin el consentimiento del marido. Aunque somos conscientes que éstas son dos figuras totalmente distintas, especialmente porque el Derecho Colombiano vigente exige las relaciones sexuales extramatrimoniales para que se configure como tal el adulterio, y en las técnicas de reproducción asistida es irrelevante el tema de las relaciones sexuales, las hemos equiparado en este supuesto, para acercarnos al tema e intentar darle un sentido práctico y aplicable a dicha disposición legal.

Habiendo hecho claridad en tal punto, entonces interpretaremos el artículo 215 del Código Civil para afirmar que: La inseminación de la mujer con semen de un tercero, y sin el consentimiento de su marido o compañero, no autoriza por sí sólo a éste para no reconocer al hijo como suyo. Pero probada la inseminación con semen de un donante y sin la autorización del marido, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre. Sería conducente solicitar pruebas que determinen que el hijo fue concebido a través de una técnica de reproducción artificial, en la cual la fecundación se practicó con semen de un donante diferente a él.

Los artículos anteriormente mencionados se complementan con el artículo 216 que señala que *"mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo"*. Y el artículo 217 que establece que *"toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto"*. Estos dos artículos igualmente serían aplicables a las técnicas de reproducción asistida.

De igual forma, el artículo 220 del Código Civil Colombiano establece la posibilidad de la impugnación por parte de terceros. Esta norma expresa:

"A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio."

Si el marido estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha en que empezó esta imposibilidad.

Lo dicho acerca de la disolución se aplica al caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio".

Esta norma consagra otra forma de impugnar la paternidad y se ejerce cuando el hijo nace por fuera de los términos establecidos en el artículo 92 *ibídem*.

Aplicando esta forma de impugnación a los procedimientos de la reproducción asistida, más exactamente a la inseminación artificial homóloga y a la heteróloga, podría llegarse a la conclusión de que es una figura que no se ajusta a la realidad biológica y científica que envuelve a dichas técnicas, por cuanto se ha podido observar a lo largo de todos los años en que estos procedimientos han sido utilizados, que es muy frecuente que el nacimiento fruto de métodos artificiales se produzca como resultado de una gestación inferior a 180 días o superior a 300 días; por lo que si se aplica en forma tan estricta dicho mecanismo de impugnación, podría pensarse que en la mayoría de los casos de reproducción asistida que terminan satisfactoriamente, es decir con el nacimiento de un nuevo ser, pero que no se produjo dentro del término establecido en el artículo 92, daría lugar a que el marido de la mujer impugnara su paternidad, por la simple y única razón de que el nacimiento fue extemporáneo; dejándose de lado la realidad biológica en éste tipo de procedimientos.

Por lo anterior, para las técnicas de reproducción asistida, no debería existir el tiempo de concepción como una causal de impugnación, por cuanto este tiempo es relativo en la mayoría de los casos, y lo que se debe mirar es sí la mujer incurrió en relaciones sexuales extramatrimoniales y luego se sometió a un procedimiento de inseminación artificial, caso en cual si el marido está vivo podrá impugnar la paternidad si demuestra dichas relaciones o si se somete a una de las pruebas genéticas que hoy por hoy, son más avanzadas y con un porcentaje de error casi nulo, para así averiguar la verdadera paternidad del hijo. Si este ha

fallecido quienes estarán llamados a demostrar las relaciones sexuales extramatrimoniales de la mujer y la práctica de la inseminación artificial serían los herederos del marido.

Adicionalmente, el artículo 221 establece el término de impugnación para este caso y señala en el inciso primero que *"los herederos y demás personas actualmente interesadas tendrán, para provocar el juicio de ilegitimidad, sesenta días de plazo, desde aquel en que supieron la muerte del padre, en el caso del artículo 219, o en que supieron el nacimiento del hijo, en el caso del artículo 220"*.

En este punto, es importante destacar que si se trata de impugnar al hijo que nace en los términos del artículo 92 son sesenta días contados a partir del momento en que se conoció la muerte del marido (Artículo 219 C.C.C). Pero al hablar de la muerte del marido únicamente se estaría contemplando el caso en que la mujer quede viuda, por lo cual se dejaría de lado la situación de la mujer soltera o divorciada. Para estos casos, consideramos que se debe tener en cuenta el efecto y el alcance de cada una de las relaciones que establecen un hombre y una mujer, puesto que del matrimonio, la unión marital de hecho y el divorcio surgen diferentes derechos y obligaciones; del matrimonio se puede presumir la paternidad mientras que de las otras figuras no.

Para continuar con el análisis de las normas que regulan la impugnación de la paternidad, es necesario estudiar dos artículos en particular de la Ley 95 de 1890.

El primero de ellos es el artículo 5 el cual señala que "en caso de divorcio declarado por causa de adulterio, el marido podrá en cualquier tiempo reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer dentro del matrimonio, siempre que pruebe la época en que pudo tener lugar la concepción no hacía vida conyugal con su mujer. Este derecho no puede ejercitarse sino por el marido mismo".

En este artículo se pueden observar tres requisitos que se deben dar para que el marido pueda impugnar su paternidad:

- Divorcio declarado
- La causa sea el adulterio
- Se demuestre la ausencia de vida marital durante la época de la concepción.

Aplicando esta disposición a las técnicas de reproducción asistida consideramos que la norma puede ser utilizada, siempre y cuando se interprete el artículo y se equipare el adulterio al hecho de que el marido de la mujer inseminada desconoció dicho procedimiento y no dio su consentimiento para ello. De esta forma, se agregaría una causal de divorcio, la cual podría ser paralela o asimilada al adulterio en los casos de reproducción artificial, y se aplicaría cuando la inseminación no fue consentida por el marido.

Por consiguiente, para que el artículo 5 de la Ley 95 de 1890 pueda ser aplicado para las técnicas de reproducción asistida, y se faculte al marido para reclamar contra la legitimidad del hijo fruto de una inseminación artificial, se tendrá que declarar el divorcio por causa de una inseminación no consentida por él, y de igual forma tendrá este que demostrar que durante la época de la inseminación no hacía vida marital con su mujer.

Igualmente, el artículo 6 de esta misma ley consagra que *"en cualquier tiempo podrá el marido reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal, en tanto que el marido no la haya recibido nuevamente en él. Este derecho no podrá ejercitarse sino por el marido mismo"*.

En este artículo se dan tres supuestos:

- El abandono de la mujer
- Parto Posterior
- Que el marido no la haya recibido nuevamente en el hogar conyugal

Esta disposición es perfectamente aplicable a los casos de reproducción asistida, por cuanto la norma menciona tres elementos que se pueden dar en situaciones en las cuales la concepción se realizó naturalmente, como en aquellas en las que se efectuó artificialmente. El artículo permite al marido

impugnar su paternidad, cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal. Por lo anterior es posible afirmar, que para la norma es indiferente si ese nacimiento es producto de las relaciones sexuales que la mujer sostuvo con un hombre diferente a su marido, o si es el resultado de una inseminación artificial a la cual esta se sometió en el tiempo que señala la disposición bajo estudio.

Para finalizar con el estudio de las normas que regulan el tema de la impugnación de la paternidad debemos ahora analizar las disposiciones consagradas en la ley 75 de 1968.

El artículo 3 establece lo siguiente:

"El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo:

1. Cuando fue concebido durante el divorcio o la separación de los cónyuges, a menos de probarse que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo, o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada de los cónyuges.
2. Cuando el marido desconoce al hijo en la oportunidad señalada para la impugnación de la legitimidad en el Título X del Libro I del Código Civil, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de o incapacidad, y además del defensor de menores, si fuere menor.
3. Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido.

El primer caso es aplicable a las técnicas de reproducción asistida por cuanto aquí no se da importancia al método como fue concebido el hijo, sino al tiempo en que esta concepción ocurrió. Es decir, que si fue concebido durante el divorcio o separación legal de los cónyuges será reconocido como natural, salvo que el marido por actos positivos lo reconozca como suyo, o que durante ese tiempo haya habido reconciliación privada entre los cónyuges.

El inciso segundo del artículo 3 de la Ley 75 de 1968 se refiere al evento en que el marido desconoce al hijo, la mujer acepta el desconocimiento, y además se da el reconocimiento por parte del verdadero padre.

Sí aplicamos la anterior premisa a las técnicas de la reproducción asistida, es evidente que la ley indica una serie de requisitos, que de alguna manera son de difícil aplicación en las técnicas de reproducción asistida, por cuanto no hace un señalamiento expreso a dichos procedimientos.

Para predicar este supuesto bajo las técnicas de reproducción asistida, se debe hacer un esfuerzo interpretativo importante, en la medida que se concluya que el desconocimiento del padre significaría que éste no dio su consentimiento para que se llevara a cabo la inseminación artificial o la fecundación in vitro, que su mujer así lo acepte y declare que se sometió a uno de estos procedimientos científicos sin contar con la voluntad de su marido o compañero, y además que el donante reconozca al hijo como suyo.

Sin embargo puede suceder que **el marido sea el mismo donante**, por lo cual dos de los requisitos de este inciso segundo del artículo tercero de la Ley 75 de 1968 recaerían en cabeza de una misma persona. Por un lado el marido debe desconocer al hijo, si entendemos que tiene la facultad de desconocerlo por ausencia de su consentimiento en la práctica de la técnica; pero por el otro lado, tendría que reconocerlo por ser el verdadero padre. Entonces, ¿cuál es la solución cuando el marido no da su consentimiento, y la mujer lo admite? ¿cuál figura debe operar el desconocimiento o el reconocimiento, estando ambas en cabeza de la misma persona?

Consideramos que, bajo esta hipótesis, la regulación legal existente no es lo suficientemente útil y aplicable, por cuanto en cabeza de la misma persona se están configurando dos acciones diversas y opuestas. Es decir, que el marido de la mujer podría por un lado accionar para desconocer al hijo fruto de un procedimiento científico, en el cual no dio su consentimiento; pero a la vez el hijo tendría que ser reconocido por el verdadero padre, que en este caso sería quien esté desconociéndolo. Para nosotras, la ley no es clara, en ese sentido, y consideramos que no hay una regulación sobre cómo operaría la hipótesis del artículo 3 de la Ley 75 de 1968, en los casos de reproducción asistida en los que el marido es el mismo donante.

La solución para este conflicto no es fácil, pues hemos considerado dos aspectos en este punto: El primero de ellos, tiene relación con el desconocimiento; es decir que el marido tenga la facultad de desconocer al hijo,

cuando éste ha sido producto de un procedimiento artificial en el que la mujer no contó con el consentimiento de su marido. Sin embargo, y en nuestra opinión personal consideramos que sería injusto que el hijo sea desconocido por el simple hecho de haber nacido a través de un proceso no natural, en el cual su madre desconoció la voluntad de su marido. Además, aunque se permitiera que el marido desconozca al hijo, parecería que éste no tendría derecho a una paternidad, por cuanto es su verdadero padre quien lo está desconociendo, y nadie más lo reconocerá por cuanto carece de interés legítimo para ello.

El segundo aspecto, nos lleva a pensar hasta qué punto el marido tiene que reconocer al hijo, sí éste fue fruto de una inseminación no consentida por él. Aquí se deben analizar varias cosas: La primera de ellas es cómo entender que no hubo consentimiento del marido de la mujer, cuando éste previamente había depositado su semen. Para nosotras, el hecho de aportar el semen es un indicio fuerte de que el marido sí quiere la inseminación o la fecundación in vitro. Es decir, consideramos que sí el hombre aporta su semen, se puede tomar como una pieza importante para determinar que en algún momento éste puede dar su consentimiento para que el procedimiento se realice, pero que mientras no haya hecho expreso este consentimiento, su mujer no podrá someterse a una práctica de tal naturaleza, por cuanto estaría tomando una decisión en la cual también debe participar la voluntad de su marido o compañero. Y en caso de que se llegue a inseminar, hipotéticamente el marido podría no estar obligado a reconocer al hijo; aunque nuevamente expresamos que si consideramos la

situación del hijo, éste quedaría totalmente desprotegido ante la ley, por negársele su verdadera paternidad.

Ahora bien, si el procedimiento de reproducción asistida **se realizó con semen de un tercero**, los tres requisitos del inciso segundo del artículo tercero de la Ley 75 de 1968 sí pueden configurarse en cabeza de tres personas distintas, a saber: El marido de la mujer inseminada el cual no dio su consentimiento para tal procedimiento, la mujer inseminada y el donante. Bajo esta hipótesis y mediante un esfuerzo interpretativo de la norma, podemos afirmar que el marido no debe ser obligado a asumir la paternidad del hijo fruto del procedimiento de reproducción artificial, puesto que no dio su consentimiento para ello, y podrá eventualmente iniciar la acción de desconocimiento si demuestra que para la práctica de esta técnica artificial no obró su voluntad. Además, mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo (Artículo 216 C.C.C).

Por consiguiente, la acción de impugnación en este evento la tiene el marido de la mujer cuando esta se sometió a un procedimiento de reproducción asistida en la cual no obró su consentimiento. No es necesario que la mujer acepte que se sometió a este procedimiento, o que el donante reconozca su paternidad, por cuanto la misma ley confiere la facultad al marido de iniciar dicha acción, y adicionalmente porque como lo hemos expresado anteriormente, el tercero que aporta su semen no puede ser considerado como el verdadero padre que entre a reconocer al hijo, pues en la mayoría de los casos su participación en la

fecundación únicamente se relaciona con la donación del semen, pero no como aquel padre que eventualmente tenga interés en reconocer su verdadera paternidad.

En consecuencia, consideramos que el artículo 215 del Código Civil debe ser reformado para incluir en él los casos de inseminación artificial con semen de un tercero y sin el consentimiento del marido, ya que si bien esta práctica no puede entenderse como adulterio, por no existir relaciones sexuales extramatrimoniales, sí debe ser considerada como causal para que el marido impugne la paternidad y debe recibir el mismo tratamiento legal que se le da a la figura del adulterio en la época de la concepción en dicha norma.

Por otra parte, el último inciso del artículo tercero de la ley 75 de 1968 consagra que *"el hijo podrá reclamar en cualquier tiempo, contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal."*

Es importante destacar esta disposición por cuanto se establece que la acción de impugnación ya no estará únicamente en cabeza del marido, sino que el hijo podrá reclamar contra su legitimidad presunta, si se configura el abandono de uno de los padres en un tiempo determinado. La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de este aparte y en sentencia C - 109 de 1995 declaró EXEQUIBLE el fragmento *"cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre*

abandonaron definitivamente el hogar conyugal" contenido en el artículo 3 de la Ley 75 de 1968" siempre y cuando se interprete que, además de esta causal, y en virtud del derecho que toda persona tiene de reclamar su verdadera filiación y del principio de igualdad de derechos dentro de las relaciones familiares, consagrados en la Constitución, el hijo de la mujer casada cuenta con otras posibilidades para impugnar la presunción de paternidad. De un lado, si el hijo acumula la impugnación de paternidad con una acción de reclamación de paternidad, deberá darse aplicación preferente al artículo 406 del código Civil; de otro lado, en todos los casos, el hijo contará con las causales previstas para el marido en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la ley 95 de 1890".

3.3 EN MATERIA DE MATERNIDAD

Los principales problemas que pueden llegar a presentarse en esta materia de maternidad legítima e impugnación de la maternidad tienen relación con el contrato de maternidad sustituta o subrogada, de manera que primero entraremos a analizar la legalidad de dicho contrato y después desarrollaremos los potenciales conflictos concernientes a los dos temas mencionados.

3.3.1 Contrato de Maternidad Sustituta o Subrogada

3.3.1.1 Definición. Tratadistas norteamericanos como Noel P. Keane y Dennis L. Breo, definieron el contrato de maternidad sustituta como el contrato de una

mujer, con una pareja casada, la cual se inseminará artificialmente con el semen del esposo miembro del matrimonio, para dar a luz un niño cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquel cuyo semen fue inestimada.⁴¹

Por su parte, Bernard Dickens afirma que esta clase de contrato se da cuando una mujer, miembro de una pareja, no puede llevar a cabo el embarazo, y conviene con otra mujer arrendar los servicios de incubación de útero ajeno, con la finalidad de que se implante el embrión en el útero de esta última y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que, una vez ocurrido este, en virtud de lo estipulado, lo entregue a la pareja.⁴²

El contrato de maternidad sustituta o subrogada lo podemos definir como un contrato por virtud del cual una mujer se obliga con una pareja, a ser inseminada artificialmente con el semen del hombre que constituye la pareja, o a que se le implante un embrión en su útero, con la finalidad de gestar un niño que va ser entregado al momento del nacimiento a la pareja con quien hizo el acuerdo.

En este orden de ideas cabe preguntarnos si es lícito que una mujer se comprometa a gestar un niño para luego entregarlo a una pareja, previo acuerdo de las partes. Es decir, tiene este acuerdo objeto lícito?

⁴¹ Noel P Keane y Dennis L. Breo. "The Surrogate Mother" New York. 1981, p. 12

⁴² BERNARD, Dickens"Legal aspects of surrogate motherhood"Uk. 1987, p. 2-7

Al analizar las definiciones dadas para el contrato de maternidad sustituta, vemos que el objeto del contrato es la obligación que tiene una de las partes de permitir la inseminación o el implante de un óvulo fecundado en su vientre, gestar el embrión y entregar al bebe después del parto.

Emilssen González de Cancino, al referirse al tema tratado afirma *"En Colombia la ilicitud del objeto parece evidente dentro del sistema normativo actual. De un lado tenemos las normas penales que sancionan la entrega de menores cuando se han violado las disposiciones legales en materia de adopción; de otro, la norma del Código Civil que considera madre a la mujer que ha dado a luz. Tampoco se ha aceptado en la ley o la jurisprudencia, que el estado civil o los vínculos de filiación puedan ser objeto de relaciones negociales."*⁴³

Esta misma posición es adoptada por el tratadista Español Francisco Yedo Yague el cual considera que *"el derecho objetivamente no puede aceptar su licitud y legitimidad, porque repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las relaciones interpersonales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma, y entendiendo que sería una vejatoria afrenta a su dignidad ser tratado como si fuera un objeto, o mercadería, algo de interés patrimonial, y no como alguien que constituye una finalidad per se, y no un medio objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales,*

⁴³ GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. Los retos Jurídicos de la Genética. Universidad Externado de Colombia. 1995, p. 189.

tales como el derecho de ser madre y / o derecho al hijo ad arbitrium (a voluntad de uno).⁴⁴

Por su parte, la legislación Española prohíbe este tipo de reproducción, es así como el art. 10 de la ley 35 de 1988 dispone: *"Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero."*

Sin embargo existen muchas críticas a esta prohibición, Carmen Hernández Ibañez, Vicerectora de Coordinación de la Universidad Complutense de Madrid y profesora de Derecho Civil, mostró su desacuerdo con algunos de los aspectos de la ley de reproducción asistida Española, en el Primer Congreso Nacional sobre Bioética organizado por la Escuela de Ciencias de la Salud del Consejo Nacional de Diplomados de Enfermería, realizado en 1997. Dice la doctora *"la madre de alquiler, es la única fórmula rechazada por la ley, cuando hay otros aspectos en ella más rechazables. Al fin y al cabo, en este caso el hijo va a tener una familia un padre y una madre".⁴⁵*

Por el contrario, el sistema Norteamericano tiene una legislación bastante liberal y abierta, la libertad de procreación que deben tener todos los individuos es el argumento que le da validez a este tipo de contratos, es decir su objeto es considerado como lícito.

⁴⁴ YEDO YAGUE, Francisco. Fecundación artificial y derecho. España: Editorial Tecnos S.A., 1988.

El caso jurisprudencial más celebre en los Estados Unidos es el conocido con el nombre "Baby M", el cual ha constituido uno de los documentos judiciales más relevantes sobre la materia. La Señora Mary Beth Whitehead firmó en febrero de 1985 un contrato de maternidad subrogada, aceptando ser inseminada artificialmente con el esperma de William Ster y entregar el niño a su nacimiento. A cambio de la entrega del niño recibiría la suma de diez mil dólares. En marzo de 1986 la señora Whitehead dio a luz a una niña (Melisa) y la conservó durante los primeros 4 meses, sin intención de entregarla a los Stern, hasta que fue obligada por una decisión judicial.

En Marzo de 1987 un juez declaró extinguidos los derechos maternos de la señora Whitehead. Diez meses después, la Corte Suprema del Estado de New Jersey la restableció en sus derechos y declaró nula la adopción hecha por la Señora Stern. La niña fue declarada legalmente hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern, sin embargo fundándose en el interés de la menor decidió que residiera con el matrimonio Stern, pero que la madre subrogada tenía derecho de visita.

Otro caso importante presentado en el Sistema Norte Americano fue el de "Johnson vrs Calvert " en el cual La Suprema Corte de California, Estados Unidos, por mayoría, resolvió que cuando, a raíz de un acuerdo de maternidad sustitutiva, un cigoto formado por los gametos de un esposo y una esposa es implantado en el útero de otra mujer, aquellos cónyuges son los padres naturales

⁴⁵ Web Site: <http://www.cofunsalud.es/infoenf/notaspre/NP04bioetica2.htm>

del niño, y que tal solución no afecta la Constitución de California ni la federal, ni tampoco el orden público. Con este fundamento confirmó la resolución que consideró padres genéticos, biológicos y naturales del niño a los cónyuges, y no a la mujer que lo había llevado en su seno, y que el contrato de maternidad sustituta era válida y exigible. El voto minoritario sostuvo que tales acuerdos exigen mostrar consideración suprema debe ser el bienestar del niño que el acuerdo ha hecho posible. En razón de ello, se aconsejaba la revocatoria de la decisión y la devolución de los autos a origen para determinar la paternidad en discusión sobre la base de los mejores intereses de la criatura.⁴⁶

3.3.1.2 Nuestra Opinión. El tema de la licitud del objeto en este tipo de contratos es bastante polémico. Se puede afirmar que hay objeto ilícito en aquellos contratos en que las prestaciones que deben cumplirse atentan contra la ley, el orden público o las buenas costumbres.

Como lo hemos dicho a lo largo de este escrito, el avance de la ciencia ha dado un gran salto en los últimos años; sin lugar a dudas el Estado debe desempeñar un papel activo en la regulación de los límites de aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida con el fin de proteger el orden público, las buenas costumbres y por ende a la sociedad.

⁴⁶ REVIST DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO No 9. Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni, Pags. 397 y 398.

En el segundo capítulo de este estudio expusimos la regulación legal de las técnicas de reproducción asistida y vimos que si bien los efectos civiles de los procesos científicos no tienen regulación en nuestro país, estas prácticas son consideradas lícitas en la medida en que cuentan con reconocimiento jurídico a nivel constitucional, legal y administrativo.

En consecuencia, y partiendo de la base de que estas técnicas son lícitas, consideramos que para entrar a analizar si el objeto de la maternidad sustituta o subrogada es lícito, primero debemos mirar los motivos y principios que gobiernan la fecundación asistida y de esta manera establecer si la maternidad sustituta cumple o no con el fin de estas técnicas.

Los métodos de reproducción asistida, están destinados a dar la posibilidad de tener hijos biológicos a aquellas parejas a las que por métodos naturales no les es posible. Existen varias técnicas como solución a los problemas físicos que llevan a la imposibilidad de concebir o llevar a término el embarazo, y cada una de ellas se aplicará de acuerdo al caso concreto.

La maternidad sustituta o subrogada también cumple este fin, ya que busca dar solución a mujeres que por una u otra razón, no pueden llevar a término el embarazo, pero quieren que el hijo que nazca provenga genéticamente de ella o de su marido. Es decir, si la mujer no puede llevar el hijo en su vientre pero sí puede utilizar su óvulo en el proceso de fecundación, la maternidad sustituta se

presenta como la única alternativa para que la mujer pueda tener un hijo de su sangre.

Creemos que estas razones son suficientes para establecer que la maternidad sustituta o subrogada cumple con el objetivo de la reproducción asistida.

Ahora bien, puede decirse que la maternidad sustituta o subrogada vaya en contra del orden público y las buenas costumbres? Es decir, esta figura atenta contra el conjunto de principios religiosos, morales, políticos y económicos que predominan nuestra sociedad?

Para dar respuesta a esta pregunta debemos integrar todos los factores que tienen relación con ella.

La tesis que analiza el caso desde un punto de vista estrictamente moral y ético, llega rápidamente a la conclusión final de la ilicitud del objeto del contrato, en primer lugar porque las personas no deben ser objeto de un contrato ya que podría generar violación a la dignidad humana y en segundo lugar porque en las relaciones jurídico - familiares resulta muy restringida la autonomía negocial. Por tanto, dicho contrato atentaría contra los principios morales y éticos que hasta el momento han regido a la sociedad.

Sin embargo, por el otro lado, se debe tener en cuenta que la sociedad de hoy en día no es la misma que fue al momento de redactarse nuestro Código Civil y muchas de las leyes que nos gobiernan.

No podemos desconocer los avances de la ciencia y por ende los efectos que consigo traen en nuestra sociedad. Los progresos científicos generalmente se encaminan a mejorar la calidad de vida de las personas y por tanto de la comunidad, y no debe ser la ley la que limite los intereses objetivos y subjetivos que integran el desarrollo del ser humano y su realización. Sin lugar a dudas conformar una familia hace parte de dicha realización.

Todo lo anterior lleva a pensar que el concepto de buenas costumbres ha cambiado en las últimas décadas y lo que anteriormente podía ser considerado como inmoral hoy en día es un comportamiento completamente normal que se ajusta al modo de vida de la sociedad.

Bajo esta posición, se puede afirmar que el contrato de maternidad sustituta es válido, en la medida en que ayuda al hombre a realizarse como persona y a cumplir sus expectativas como ser humano al tener la posibilidad de concebir y criar un hijo genéticamente suyo, aunque haya sido gestado por otra mujer.

Nuestra opinión se inclina por ésta la última posición, los avances científicos han contribuido a cambiar la estructura y dinámica de la familia, y han ayudado a mejorar el bienestar y la calidad de vida de las sociedades, y en este caso particular, dan la posibilidad de tener un hijo genético a personas a las que de otra manera les sería imposible. La maternidad sustituta genética, es decir, aquella en que la madre sustituta lleva a término el embarazo pero no ha

aportado el óvulo en el proceso de fecundación, se presenta como la única posibilidad a la que podría recurrir la pareja para tener un hijo genético cuando la mujer no puede llevar el feto en su vientre, es decir, las demás técnicas de reproducción asistida humana como lo son la inseminación artificial y la fecundación in vitro no presentan solución a este problema.

Consideramos que esta nueva realidad exige respuesta por parte del derecho. No creemos que estos avances atenten contra los principios religiosos y morales que gobiernan nuestra sociedad, aunque no desconocemos que hay personas que se apartan de esta práctica por sus principios individuales, pero los de la sociedad no los vemos afectados, la moralidad que constituye las buenas costumbres seguirá siendo parte esencial de la conservación y desarrollo de la vida social.

En relación con la madre sustituta, es decir aquella que lleva a término el embarazo y después entrega al niño a la pareja contratante, no creemos que dicho contrato atente contra su dignidad humana. Al existir voluntad libre y espontánea por parte de ella para celebrar el contrato no involucra indignidad en su ser; la decisión de llevar en su vientre un niño que va ser entregado a una pareja es solo de ella; la ley da la posibilidad a las personas de decidir sobre los actos que se realicen en su cuerpo y esta figura hace parte del desarrollo de ese derecho.

Los motivos que llevan a la madre sustituta a la celebración del contrato son diversos, pueden ser por interés económico o simplemente por altruismo. Existen casos en que una mujer presta su vientre a alguna pareja miembro de su familia; es decir el afecto familiar es el único incentivo. Sea cual sea la motivación, el fin último que lleva el contrato de maternidad sustituta, y que se acomodaría a las buenas costumbre y a las necesidades actuales de la sociedad, es hacer realidad el sueño de una pareja de ser padres; sin embargo no debemos desconocer que si esta figura no está regulada de manera clara y detallada, se pueden presentar grandes problemas jurídicos sobre los cuales nos referiremos posteriormente. Un ejemplo de esta problemática sería el caso en que la madre sustituta decida no entregar al niño una vez lo de a luz. Bajo este supuesto la madre no cumple con su obligación contractual de entregarlo y por lo tanto deberá responder por dicha infracción y por los perjuicios morales que le cause a la pareja por no entregar al bebé.

A su vez esto trae gran cantidad de consecuencias psicológicas que si no se tratan de manera adecuada pueden repercutir de forma negativa tanto en la madre sustituta como en la pareja contratante y en el niño concebido a través de esta modalidad. Ejemplos de estos conflictos pueden ser la falta de identidad y pertenecía del niño a una familia, la mal formación de la comunidad familiar, frustración de las expectativas de la familia contratante, desequilibrio en las relaciones familiares y baja autoestima entre otros.

3.3.2 Maternidad Legítima. En el capítulo anterior explicamos los requisitos para determinar la maternidad legítima, a saber:

1. Existencia de matrimonio.
2. Que la mujer haya dado a luz y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto.

Con respecto al primer requisito, cabe resaltar que según nuestra legislación debe mirarse a la madre sustituta sin importar si es genética o gestacional, ya que la maternidad se establece por el solo hecho del parto. Como ya sabemos, en este tipo de maternidad la mujer que da a luz al niño es diferente a la mujer que lo va a criar y que será considerada como madre del mismo.

En la maternidad genética, la madre sustituta, es decir la que lleva al niño en su vientre, aporta el óvulo para llevar a cabo el proceso de fecundación. En la gestacional, por el contrario, la mujer que lleva el hijo en el vientre, es decir la madre sustituta, gesta el embrión, pero no tiene vínculo genético con él por cuanto su óvulo no fue utilizado en el proceso de fecundación.

La calidad de hijo legítimo o extramatrimonial se tendrá de acuerdo con la situación civil de la madre sustituta. Al respecto Emilssen González de Cancino, afirma: *"la relación de maternidad se predica en los casos de gestación sustitutiva, entre la madre que produce el alumbramiento y el hijo producto de*

*ese parto, tal como se deduce de las disposiciones del Código Civil: artículo 90 y concordantes. Si la mujer que aparece como madre biológica- la del parto - estaba unida en matrimonio legítimo, el niño tiene por padre al marido (art. 213 y concordantes) y la impugnación de la paternidad solo puede adelantarse con los requisitos legales y por iniciativa del marido (art. 214 y 216) mientras el matrimonio subsista”.*⁴⁷

Es decir el hijo engendrado con ocasión de una maternidad subrogada, cuando la madre sustituta está casada, es en apariencia legítimo, hasta que el marido de la madre sustituta, o el propio hijo de acuerdo a la ley, impugne la paternidad legítima.

Contrario sensu, si la madre sustituta es soltera, viuda o divorciada legalmente, no estará amparada por la presunción del art. 213 del C.C. y por tanto el hijo tendrá la calidad de extramatrimonial.

Con respecto al segundo requisito, cabe decir que nuestra legislación vigente establece la maternidad por el solo hecho del parto y no tiene en cuenta la procedencia de los gametos; es decir, la mujer que de a luz el niño, en este caso la madre sustituta, será considerada como madre del niño sin importar si genéticamente es de ella o no. Por ende, la mujer que aportó el óvulo para la fecundación, pero que no llevó a término el embarazo, no es considerada como

⁴⁷GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. O. Cit., p. 195 y 196.

la madre y no tendrá herramientas legales para que el hijo sea considerado como suyo.

En caso de que la ley decidiera aceptar la maternidad sustituta, consideramos que debe ser clara en distinguir entre la maternidad genética y la gestacional con el objeto de darle efectos diferentes. Deberá tener en cuenta la procedencia de los gametos para determinar la maternidad de acuerdo con este hecho y no dejar a la verdadera madre, es decir a la portante del gameto, en una situación de desventaja frente a la madre sustituta, cuando no sea esta la dueña del óvulo.

En este orden de ideas, el acta de nacimiento debe levantarse respecto a la mujer que donó el óvulo fecundado ya que esta será considerada como madre natural o biológica, es decir la verdadera.

Por lo dicho anteriormente, los dos requisitos actuales para determinar la legitimidad de la maternidad se verían modificados, en la medida en que la existencia del matrimonio se miraría según la situación de la mujer que aportó el óvulo y no la que dio a luz. Por su parte, el parto no sería el único elemento que determine la maternidad.

3.3.3 Impugnación de la maternidad

Con relación a la impugnación, se debe tener en cuenta que ésta se dirige a demostrar que al hijo que se tiene como legítimo de determinada mujer no le

corresponde ese estado, debido a una suposición del parto, o de una suplantación de la identidad de la madre o del hijo; supuestos que se presentan en la maternidad sustituta.

El art. 335 de Nuestro Código Civil establece *"la maternidad esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero"*

Tienen derecho de impugnarla:

- 1. El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo.*
- 2. Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo, para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya.*
- 3. La verdadera madre para exigir alimentos al hijo.*

Lo primero que debemos decir respecto a este artículo, es que por medio de él, nuestro ordenamiento jurídico deja claro que la maternidad se establece por el solo hecho del parto, es decir, la procedencia de los gametos no se tienen en cuenta para determinar quién es la madre del niño, de tal manera que la mujer que lo de a luz, aunque no haya aportado el óvulo, será considerada como madre y la mujer que aportó el óvulo no tendrá herramientas legales para reclamar la maternidad sobre el niño que nació.

Lo dicho anteriormente también es aplicable a la maternidad sustituta o subrogada en el evento en que la madre sustituta no entregue al niño y el óvulo haya sido aportado por la madre sustituida. En caso de que esta situación se presente, esta última no podrá ejercer la acción de impugnación para obtener la maternidad del niño, ya que frente a la ley la madre sustituta es la verdadera madre por el solo hecho de haberlo dado a luz.

En caso de que la ley decidiera aceptar la maternidad sustituta, y distinguiera entre la maternidad genética y la gestacional con el objeto de determinar quien es la verdadera madre, dependiendo de la procedencia del gameto, el anterior artículo tendría que ser modificado, en la medida en que la ley no puede otorgar el derecho de impugnación de la manera que está regulado actualmente, ya que la madre sustituta podría alegar la suposición de parto, demostrando que a pesar del registro de nacimiento en el cual aparecería como madre la mujer que donó el óvulo, esta no dio a luz al niño que alega como suyo.

En consecuencia, consideramos que la ley que regule la materia debe establecer parámetros en el aspecto probatorio, de tal manera que el consentimiento dado por la madre sustituta constituya plena prueba para evitar que prospere la acción de impugnación de la maternidad, cuando este sea ejercido por la madre sustituta. Esto con el objeto de dar garantías legales a la madre sustituida de que su hijo no va ser entregado en ningún momento a la mujer que lo dio a luz.

Siendo así las cosas, para que la impugnación de la maternidad prospere se deben demostrar los elementos que conforman la maternidad subrogada.

3.4 EN MATERIA DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL (REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MADRES SOLTERAS)

3.4.1 Reconocimiento Voluntario

Como se ha reiterado en el desarrollo de éste escrito para que al hijo extramatrimonial se le reconozcan sus derechos paterno-filiales requiere de un reconocimiento que puede ser voluntario o judicial.

Indicamos que en el reconocimiento voluntario había ciertos requisitos para que este se perfeccionara. Uno de ellos es que la manifestación de voluntad de ser el padre o la madre de otra persona proviniera de una persona capaz, entendiendo dicha capacidad como la aptitud para procrear. Si aplicamos este requisito a algunas de las técnicas de reproducción asistida, como lo son la inseminación artificial heteróloga, la fecundación in vitro, o la maternidad sustituta podemos encontrar algunas inconsistencias, que evidentemente generan un vacío legal que desafortunadamente aún no ha sido solucionado por nuestros legisladores.

Lo anterior, se puede explicar si consideramos que una pareja de compañeros permanentes decide someterse a uno de los procedimientos ya mencionados, pues tiene dificultades para concebir, por lo cual consienten en que un tercero sea el donante para lograr un embarazo deseado. Sin embargo, en el momento del reconocimiento voluntario de ese hijo extramatrimonial no podrá tener una

aplicación válida el requisito de la capacidad para procrear, por cuanto fue esa misma incapacidad para concebir la que los acercó al procedimiento de la reproducción artificial.

De esta forma, es lógico pensar que hay una necesidad inminente de hacer algunas modificaciones en cuanto a los requisitos del reconocimiento voluntario, pues se está marginando de una manera irracional a los hijos extramatrimoniales fruto de las técnicas de reproducción asistida. Debe tenerse presente que la figura del reconocimiento es fundamental en materia de filiación extramatrimonial, por lo cual se debe procurar una igualdad de los hijos frente a la ley, entendiendo esta igualdad en relación con los hijos extramatrimoniales provenientes de los procedimientos científicos.

3.4.2 Investigación de la Paternidad

3.4.2.1 Presunciones de la Paternidad Natural. La investigación judicial de la paternidad se debe realizar para que el reconocimiento del hijo extramatrimonial sea declarado por el juez a través de una sentencia, debido a que el padre no quiere reconocer voluntariamente a su hijo. Para esto existen seis circunstancias en las cuales se presume la paternidad, y que ya estudiamos en el capítulo anterior.

A continuación entraremos a analizar cada una de estas presunciones desde el punto de vista de las técnicas de reproducción asistida, no sin antes aclarar que

en estos casos la investigación judicial de la paternidad puede proceder cuando la pareja sometida al procedimiento artificial no quiere recibir al niño, siempre y cuando el hombre haya sido quien donó el semen.

a) Rapto o Violación: En esta hipótesis se requiere que el raptor haya accedido carnalmente a la mujer y que exista un nexo de causalidad entre el rapto y el nacimiento del ser humano; es decir que el nacimiento sea fruto de las relaciones sexuales habidas entre el raptor y la mujer sometida a la violencia.

Es innegable que esta presunción no es aplicable a las técnicas de reproducción asistida, por cuanto en la inseminación artificial hay ausencia del acto copulatorio o relación sexual y la fecundación se produce por el acto médico consistente en la introducción del espermatozoides al órgano genital femenino.

De igual manera, en la Maternidad sustituta una mujer es inseminada artificialmente con el semen de un donante, para que una vez producido el parto, la mujer entregue el niño a una pareja que lo va a criar, por lo que se ve claramente que también hay ausencia de relaciones sexuales.

Por consiguiente, esta primera presunción no tiene una utilidad aplicable en materia de técnicas artificiales.

Consideramos que este supuesto únicamente sería viable y tendría un valor práctico en la medida en que se entienda que la mujer fue raptada y que en un acto de violencia fue inseminada artificialmente contra su voluntad, situación que

no es muy frecuente, pero que de alguna manera sí se ajustaría a ésta presunción y que por lo mismo está regulada en el Código Penal Colombiano. Sin embargo, no debe olvidarse que esta presunción es muy clara y que al tenor de lo literal ésta disposición en materia civil no contempla la posibilidad del rapto para que la mujer sea inseminada sin su consentimiento, por lo cual tendremos que limitarnos a lo que expresamente está consagrado y no entrar a hacer distinciones donde el mismo legislador no las hizo; así queda el camino abierto para que en algún momento de nuestra trayectoria legislativa esta primera presunción consagrada en la Ley 45 de 1936 sea modificada y se adicione con lo concerniente al tema de las técnicas de reproducción asistida.

b) Seducción: Como lo explicamos en el capítulo anterior, la seducción consiste en tres formas: Abuso de Autoridad, Hechos Dolosos y Promesa de matrimonio.

Es obvio pensar que estas tres formas de seducción tienen un único y verdadero propósito: lograr que la mujer consienta tener relaciones sexuales con el sujeto activo de la seducción.

Por lo cual, ésta segunda presunción también carece de fundamento para ser aplicada en las técnicas de reproducción asistida, por cuanto hemos establecido que en estos procedimientos las relaciones sexuales son innecesarias para la realización de la fecundación. Nuevamente tendríamos que interpretar el supuesto contenido en ella, y llegar a la conclusión de que la seducción se utilizaría para lograr que la mujer diera su consentimiento para ser inseminada artificialmente, pero es evidente que ésta es una circunstancia bastante extraña,

y que tampoco fue contemplada por el legislador, por lo que nosotros tampoco estamos llamados a hacer interpretaciones en esta clase de presunciones que lo que buscan en definitiva es establecer un aspecto esencial en la vida de cualquier persona, como podría ser la paternidad.

c) Confesión inequívoca de paternidad mediante carta u otro escrito: En esta presunción lo importante es que exista un documento que emane del padre y que contenga una aceptación inequívoca de su paternidad.

Esta presunción es de difícil aplicación en el tema de las técnicas de reproducción asistida, por cuanto el donante puede confesar únicamente que donó, pero no puede confesar un hecho que aún no ha ocurrido como sería su paternidad. Es decir, el donante puede aceptar que participó en el proceso de fecundación porque donó el semen, pero no puede ir más allá de esta afirmación, porque puede suceder que su semen no sea utilizado, o que la mujer tenga relaciones sexuales con otros hombres, por lo cual su paternidad no podrá ser objeto de una confesión inequívoca.

d) Relaciones Sexuales: Bajo esta presunción se exige que la madre y el supuesto padre hayan tenido relaciones sexuales, las cuales deben ser probadas. La ley permite deducirlas del trato personal y social entre la pareja.

Esta hipótesis no puede ser aplicada para las técnicas de reproducción asistida, pues como lo hemos mencionado anteriormente, en estos procedimientos las

relaciones sexuales son un tema irrelevante, porque en la práctica la fecundación se realiza con ayuda de mecanismos artificiales y de métodos científicos, en los cuales las relaciones sexuales no tiene ninguna importancia, y por ello no tendrían que ser probadas, y lo que tendría verdadero valor probatorio es la comprobación de que la práctica de reproducción asistida sí se llevó a cabo en la realidad.

e) Trato dado por el hombre a la mujer durante el embarazo: Esta hipótesis es aplicable a las técnicas de reproducción asistida, por cuanto lo que se mira es el trato personal y social dado por el hombre a la mujer durante el embarazo y el parto, por lo cuál es indiferente cuál fue el procedimiento o la manera en que se realizó la fecundación.

Sin embargo, es importante anotar que esta presunción da un indicio de quién puede ser el verdadero padre, a través del trato especial que el hombre da a la mujer durante el embarazo y el parto, pero no es plena prueba para afirmar que el hombre quién actúa de esa forma es el padre, y se requiere de otras pruebas para confirmar esa paternidad.

Esto quiere decir, que el compañero que da un trato especial a la mujer puede demostrar que no es el verdadero padre, y de igual forma en las técnicas de reproducción asistida, se puede establecer que en la mayoría de los casos el donante del semen no conoce a la mujer que será inseminada, por lo cual mucho menos le dará un trato como el que se describe en este supuesto.

En la maternidad sustituta esta presunción no es viable, por cuanto la mujer embarazada no sería considerada como la verdadera madre, y su participación es transitoria en la medida que alquila su vientre para que el proceso de gestación tenga lugar. Por lo cual, el trato que se le da es un trato diferente al contemplado en esta presunción, y no podrá afirmarse que es a nivel personal o social, sino que lo será por una relación contractual previamente establecida y estipulada entre las partes involucradas.

f) Posesión notoria del estado de hijo: Como lo expusimos en el capítulo anterior este estado se acredita por tres elementos: Trato, Fama y Tiempo.

Es evidente que esta última presunción sí se ajusta a las técnicas de reproducción asistida, por la misma razón que el método de lograr la fecundación es indiferente. El trato, el tiempo y la fama se miden de igual manera y con los mismos criterios y parámetros para la pareja que tuvo un hijo naturalmente, como para aquella que concibió a un nuevo ser a través de uno de los métodos de reproducción artificial.

Por lo anterior, es posible afirmar que el compañero de la mujer puede demostrar a través de los diferentes medios de prueba que consagra la ley que no es el verdadero padre, a pesar de encontrarse en un estado de posesión notoria del hijo. Esto significa, que el compañero de la mujer puede tener un trato especial con el hijo, que ese trato tenga un tiempo de duración de 5 años o más, y que la creencia general se incline a pensar que él es el verdadero padre, y no obstante

lo anterior puede entrar a demostrar por medio de los mecanismos probatorios que están a su alcance que no es el padre del hijo de su compañera.

Para los procedimientos de reproducción artificial, la situación es exactamente la misma, y adicionalmente se puede afirmar que en los casos en que el donante es desconocido la posesión notoria del estado del hijo no podrá ser acreditada en cabeza de él.

Como conclusión, podemos afirmar que las presunciones contempladas en la Ley 45 de 1936 más tarde complementadas por la ley 75 de 1968, para establecer la paternidad extramatrimonial, no son lo suficientemente exactas o definidas para aplicarse a las técnicas de reproducción asistida. Como consecuencia de esto se genera un vacío legislativo complejo que puede perjudicar a aquellas personas que se encuentran en una de las situaciones planteadas. Por lo cual creemos absolutamente indispensable que el legislador adicione a estos seis casos, uno específico que se refiera a los procedimientos artificiales y a los adelantos científicos y tecnológicos que cada día cubren más necesidades; como por ejemplo contemplar la posibilidad de la inseminación artificial o la fecundación in vitro que ha sido realizada con el consentimiento del marido o compañero de la mujer.

3.5 EN MATERIA DE LOS EFECTOS DE LA FILIACIÓN

La Filiación es fuente de unos efectos generales y unos especiales radicados en cabeza del padre, la madre y el hijo.

Los generales podemos entenderlos como los derechos y obligaciones recíprocos entre padres e hijos. Así, los padres están obligados a criar y a educar a sus hijos, mientras que estos deben ayudar, socorrer y obedecer a sus progenitores.

Los efectos especiales son aquellos que tienen que ver con el concepto de la Patria Potestad, que puede definirse como el conjunto de derechos que la ley otorga a los padres sobre los hijos no emancipados a fin de facilitarles el cumplimiento de los deberes que la ley les asigna.

Es importante recordar que si uno de los padres falta la Patria Potestad la ejercerá el que está presente, y si mueren ambos el hijo quedará emancipado automáticamente, por cuanto la figura de la Patria Potestad únicamente está en cabeza de los padres.

Aplicando los anteriores efectos, a los casos de reproducción asistida debemos tener en cuenta varias cosas, a saber:

3.5.1 Situación del Donante

Como hemos afirmado en el contenido de éste escrito, entre el donante del semen y el hijo fruto de éste procedimiento, no debe existir ningún lazo de filiación, a menos que este donante sea el marido o compañero de la mujer.

Reafirmado lo ya expresado, debe establecerse una regulación especial en la medida que se establezca que los donantes del semen y óvulos no tendrán ningún nexo filial con el hijo nacido de esa donación. Siendo así las cosas, los efectos de la filiación no recaerán sobre los donantes, sino sobre la mujer sometida a una de estas prácticas y a su marido o compañero que dio su consentimiento para la realización de la fecundación artificial.

La anterior afirmación se soporta igualmente si consideramos que el donante en la mayoría de los casos de las técnicas de procreación humana asistida se mantiene en secreto o en el anonimato. Esto quiere decir que especialmente en la inseminación artificial heteróloga en la fecundación in vitro hay una necesidad de que el donante permanezca desconocido para los receptores, el hijo y los demás miembros de la sociedad, y que recíprocamente los destinatarios de estos procedimientos también sean desconocidos para él.

Como ya lo hemos expresado anteriormente, la principal razón para el anonimato recíproco es evitar complicaciones futuras y confusiones en materia de filiación, parentesco, derechos y obligaciones que surgen desde el mismo momento de la concepción hasta la muerte de los padres o del hijo. El secreto de la identidad de las partes no permitirá que el donante luego quiera intentar

acciones de reclamación de su paternidad y/o maternidad, que a la vez producirán un cúmulo de consecuencias contempladas en las leyes civiles. A la vez, la figura del anonimato protege los derechos del donante, por cuanto si esta figura no se presentara en las relaciones donante - receptor de la donación, la mujer inseminada podría demandar al donante, por ser este el padre biológico.

Adicionalmente, la pareja receptora de dichos procedimientos será la que entrará a ocupar el lugar de los verdaderos padres y, por ello, serán quienes tendrán a su cargo las obligaciones y derechos que la ley les confiere por el simple hecho de concebir un nuevo ser.

Sin embargo, en este momento hay una pugna sobre las ventajas y desventajas del secreto en la inseminación artificial y en la fecundación in vitro, puesto que está surgiendo una teoría que aboga por los derechos del menor, en razón a que toda persona tiene el mínimo derecho a conocer de dónde provienen su herencia genética, sus rasgos físicos y en general todas las características biológicas y psicológicas que lo determinan.

Lo que podemos decir es que la controversia apenas comienza, y en esta materia como en muchas otras, surgirán nuevas discusiones, diferentes alternativas y puntos de vista, defensores y retractores de cada una de ellas.

Nuestra posición se inclina a mantener el anonimato y en secreto la identidad de las partes involucradas, por cuanto la revelación implica que las personas se

predispongan, y se haga difícil una convivencia normal dentro de una familia. De igual manera, ya hay muchos vacíos en estos temas, como para aumentar la lista con conflictos que pueden mantenerse aislados a través del anonimato, y que sólo traerán más dolores de cabeza al hombre y la mujer que no han podido tener una familia, y que acudieron a los procedimientos artificiales para encontrar una solución, y no un drama emocional y un complicado y dispendioso litigio legal.

3.5.2 Situación del menor de edad huérfano

En este punto es relevante recordar lo que manifestamos en párrafos anteriores, al mencionar que la Patria Potestad está en cabeza de ambos padres, y que en caso de que éstos fallezcan el hijo quedará emancipado, sin que nadie entre a ocupar el lugar de los padres en materia de Patria Potestad.

Pues bien, entendiendo así las cosas debemos entrar a analizar la situación del menor que nació por medio de uno de los procedimientos de reproducción artificial humana, y que ha quedado huérfano antes de haberse emancipado.

No debería causar problemas este punto si nos atenemos a las reglas generales y si partimos de la base de que el hijo fruto de las técnicas de reproducción asistida, en la que el donante es un tercero, será considerado hijo de la pareja que se sometió a dicho procedimiento. Sin embargo, en aras de la conveniencia por la discusión intelectual cabría preguntarse si es justo o apropiado que un

menor que haya quedado huérfano se emancipe por el hecho de que sus padres fallecieron, omitiéndose la circunstancia que en su ámbito exterior hay un potencial padre o madre que podrían adquirir las prerrogativas que otorga la Patria Potestad, por el simple motivo que fueron quienes aportaron el semen o el óvulo que permitió la realización y culminación de la concepción.

Algunas posiciones apoyan la anterior discusión, y consideran que cuando hay posibilidades de conocer quién fue el donante, en casos tales en que el hijo fruto de la inseminación artificial heteróloga, la fecundación in vitro o la maternidad sustituta, haya quedado huérfano de padres, entonces se deberá buscar la manera de que los donantes o participantes en estos procedimientos, conozcan la situación actual del menor y decidan asumir una paternidad o maternidad a la que habían renunciado, y por ello adquieran todas las obligaciones, responsabilidades y derechos que estas relaciones implican. Esta tesis, debe interpretarse en la medida en que sus defensores tengan la convicción de que con las técnicas de reproducción asistida el nexo o vínculo entre los donantes y el hijo fruto de esas técnicas no se rompe, sino que se crea una ficción legal, en la cual éstos renuncian voluntariamente a su paternidad o maternidad, pero que en cualquier momento pueden reasumirla, aceptando a la vez las consecuencias que ello implicaría. Igualmente, los promotores de esta tesis omiten por completo el tema de los derechos de los abuelos, tíos y hermanos de los padres que fallecen, situación que analizaremos más adelante.

En nuestra opinión, la anterior tesis no tiene ninguna validez, puesto que creemos que la paternidad o maternidad sólo debe predicarse de aquellas

personas que se someten a las técnicas de procreación humana asistida, y no de los donantes del semen u óvulos o de la mujer y su compañero que a través de un contrato de maternidad sustituta alquilan el vientre de ésta para facilitar la procreación.

3.6 EN MATERIA DE INSEMINACIÓN POST MORTEM

3.6.1 Utilización del semen del marido muerto

Hoy en día es posible que una mujer de a luz uno o más hijos años después de la muerte de su marido. El semen del esposo debe ser obtenido antes de su fallecimiento y el proceso de inseminación artificial o fecundación in vitro se realiza después de la muerte de éste. Un ejemplo claro de esta situación fue el expuesto en el capítulo anterior al exponer el único caso presentado ante nuestra jurisdicción sobre reproducción asistida humana.

El primer interrogante que surge respecto a esta determinada circunstancia, es si se debe o no considerar al hijo como legítimo.

Según el artículo 213 del Código Civil *"El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo"*.

Por su parte el artículo 236 establece *"Son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padre,..."*

En la doctrina existen dos posiciones al respecto:

Según Hernán Gómez Piedrahita,⁴⁸ al momento de la concepción el matrimonio estaba disuelto por muerte del marido, por ende el hijo debe ser considerado como extramatrimonial.

Así mismo, Campuzano Tomé,⁴⁹ doctrinante Español, considera que el hijo es extramatrimonial ya que los progenitores tienen que estar unidos en matrimonio para ser considerado como legítimo.

Por el contrario, para la tratadista Argentina Cecilia Grosman⁵⁰ el hijo debe ser considerado como matrimonial pues es imposible negar el nexo biológico que existe entre éste y la voluntad de los esposos de concebir.

Por su parte, Eduardo Zannoni⁵¹ sostiene que en estos casos, el hijo es extramatrimonial, por cuanto desde el punto de vista institucional fue engendrado fuera del matrimonio.

⁴⁸ GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos. Bogotá, 1984.

⁴⁹ CAMPUZANO TOME. Aspectos Jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación. España, 1985

⁵⁰ GROSMAN, Cecilia P. Acción de impugnación de la paternidad del marido. Buenos Aires. Abaco 1982.

⁵¹ ZANNONI, Eduardo. La genética Actual y el Derecho de Familia. 1987, p. 51

De acuerdo con la ley Colombiana, y con la evolución que se dio a partir de 1998 cuando la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "de derecho" que gobernaba la presunción de la concepción, permitiendo la prueba de la filiación en los casos excepcionales de nacimientos acaecidos como fruto de gestaciones de menos de 180 días de duración o de más de 300 días, dio paso a que el hijo nacido después de la muerte de su padre, cuya gestación se lleva a cabo fuera de los términos establecidos en el artículo 92, pueda ser considerado como hijo legítimo.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que aunque esta declaratoria fue un gran avance a favor del hijo nacido después de los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio por muerte del marido, solo es aplicable a aquellos casos en que la concepción se dio dentro del matrimonio, es decir, el marido todavía estaba vivo y su muerte se produjo después de la misma.

Es así como conforme a nuestra legislación, el hijo concebido por métodos artificiales después de la muerte de su padre, sería considerado como extramatrimonial, ya que el momento de la concepción no se dio dentro del matrimonio de sus padres. Esta posición fue la adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, al declarar la paternidad extramatrimonial en el caso presentado ante nuestra jurisdicción, expuesto en el capítulo anterior. Sin embargo, se debe tener en cuenta que este ha sido el único pronunciamiento jurisdiccional que existe en nuestro país sobre la materia, y por ende no tiene efecto jurisprudencial.

3.6.2 El consentimiento del marido

Para que la ejecución de las técnicas de reproducción asistida sea válida es necesario el consentimiento del donante y de la receptora. Este consentimiento debe darse de manera expresa, y es asimilado por algunos doctrinantes a la autorización que se le da a cualquier médico cuando va hacer una intervención quirúrgica ya que dicha intervención se da en el cuerpo de la persona, lo cual constituye una intromisión en la integridad física del sujeto.

Igualmente se requiere del consentimiento de los donantes de los gametos que se utilizan para llevar a cabo el proceso científico. Generalmente los bancos de semen exigen dicho consentimiento de forma expresa y escrita.

En nuestro país, el ministerio de Salud Nacional, mediante resolución número 8514 de 1984, estableció que *"Los usuarios de métodos irreversibles deben llenar un formato de consentimiento informado que significa la aceptación plena y voluntaria del individuo después de haber sido informado acerca de las molestias, riesgos concomitantes y procedimientos quirúrgicos que se van a emplear. Igualmente, el paciente debe recibir información previa acerca de otros métodos alternativos de regulación de la fertilidad, el propósito de la operación, su irreversibilidad, las indicaciones fisiológicas y sociales y la circunstancia de que el consentimiento debe ser materializado en un documento especial por*

parte de la correspondiente entidad de salud y firmado por el paciente ante dos testigos.

El consentimiento de un individuo se considera voluntario si está basado en el ejercicio de la libre elección y no se ha obtenido por elementos de fuerza, fraude, engaño u otras formas de coacción”

La Secretaría de Salud es el órgano encargado de la vigilancia y control de los Bancos de Semen, de óvulos, de embriones y de las unidades de fertilidad. Mediante Resolución # 3199 de 1998, el Ministerio de Salud Pública en el artículo 14 exige a todas las instituciones que realicen procedimientos de fertilización llevar un registro confidencial de donantes. Así mismo, el artículo 17 de la citada resolución establece que *”Para la inseminación, transferencia de óvulos, preembriones y criopreservación deberá constar el consentimiento voluntario, libre y consciente, del:*

- *Donante con la institución- heterólogo*
- *La pareja con la institución- homólogo*
- *La receptora”*

En este orden de ideas, vemos como el consentimiento es necesario para la realización de los procedimientos de reproducción asistida, en cuanto a nivel administrativo se trata; sin embargo cabe preguntarnos si este solo consentimiento da implícitamente la facultad a la madre de realizarse una inseminación artificial después de muerto el marido, o si por el contrario, es

necesaria la autorización expresa de éste, para utilizar el semen después de su muerte.

La ley 35/88 de la legislación española regula las técnicas de reproducción asistida y en su art. 9 establece:

“No podrá determinarse legalmente la filiación, no reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por 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 puede ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se deriven de la filiación matrimonial”.

Con este artículo la ley Española deja claro que para la utilización del semen del marido muerto se necesita su consentimiento expreso, de lo contrario los efectos jurídicos de la filiación no se producirán. Adicionalmente, el artículo le da la calidad de hijo matrimonial al concebido por métodos artificiales aun después de muerto el marido, es decir, no se requiere haber sido concebido dentro del matrimonio para ostentar tal calidad.

Por su parte, la jurisprudencia francesa cuenta con el famoso caso de la viuda Corinne Parpalaix quien solicitó al centro clínico la devolución del semen que el marido había donado antes de morir. El centro negó dicha petición.

El tribunal de apelaciones de Créteil, el 1 de agosto de 1984, autorizó utilizar el esperma congelado del cónyuge muerto para fines de procreación, reconociendo el derecho de la mujer de ser inseminada con el semen de su marido muerto.⁵²

Esta decisión dio paso a que la inseminación post mortem pueda ser realizadas por mujeres que no tuvieron el consentimiento expreso del marido antes de morir.

El autor Colombiano Marco Gerardo Monroy Cabra, al referirse al caso de inseminación post mortem presentado en nuestra legislación, expone su desacuerdo con la decisión del tribunal de Bogotá, por la siguiente razón, entre otras: "No se demostró que el presunto padre hubiera manifestado expresamente su consentimiento a la inseminación y esto no se puede presumir ni deducir de la autorización para la congelación del semen"⁵³. Es así como el tratadista es partidario del consentimiento expreso del marido para la realización de la inseminación post mortem.

El doctrinante Eduardo Zannoni considera que no deberían permitirse las inseminaciones post mortem, ni admitirse demandas tendientes a reivindicar la

⁵² ARSON DE GLINBERG, Gloria Hilda. Algunos conceptos del derecho en la nueva genética. En: Revista Doctrina y Jurisprudencia, colegio de abogados Departamento Judicial Lomas de Zamora, número 25, p. 6

⁵³ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores. Quinta Edición, Librería Jurídica. 1997, p. 95.

propiedad del semen por parte de la viuda. Para evitar estas situaciones, el banco de semen debería destruir el semen depositado, una vez muerto el donante y de esta manera evitar las eventuales controversias. Es decir, para el tratadista la inseminación post mortem no debería darse en ningún caso, exista o no consentimiento del marido muerto.

Las razones existentes en contra de la inseminación post mortem no son sólo jurídicas, sino también éticas y morales, es así como el Doctor Alexander Capron, profesor de derecho y medicina de la Universidad del Sur de California se preguntaba si "es apropiado que un niño nazca cuando se sabe que no tiene padre?"⁵⁴ al referirse al caso estadounidense de una mujer llamada Gaby Vernoff quien utilizó el semen de su propio marido, muerto hace mas de dos años para quedar embarazada, el esperma fue extraído 30 horas después de que el marido muriera. Su esposa lo mantuvo congelado durante 15 meses y en julio de 1998 lo utilizo para concebir una niña que nació el 17 de marzo de 1999.⁵⁵

Por su parte el doctor Johnathan Moreno, del centro de ética biomédica de la Universidad de Virginia al comentar sobre el mismo caso dijo "en nuestra sociedad, la libertad de reproducción significa que una mujer pueda decidir si quiere ser madre o no. Está claro que en este caso el hombre no tuvo opción alguna"

⁵⁴ Diario: New York Times. Sábado 27 de marzo de 1999. USA.

⁵⁵ Periódico El Mundo. Domingo 28 de marzo de 1999. USA.

Los principales argumentos que se presentan en contra de la inseminación post mortem se basan principalmente en que atenta contra la finalidad de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, es decir, según sus opositores, la fecundación artificial debe utilizarse para fines exclusivamente terapéuticos, para corregir los problemas físicos de infertilidad o esterilidad que sufra alguno, o los dos miembros de la pareja. Una vez muerto el marido no tiene sentido hablar sobre corrección clínica de la incapacidad del paciente; y por tanto se pierde la legitimación del uso de estas técnicas.

3.6.3 Nuestra Opinión

Para concluir este tema, consideramos que se debe permitir que fallecido el depositante del semen se pueda realizar técnicas de reproducción asistida en la cónyuge o compañera permanente superviviente, siempre y cuando exista autorización expresa del marido o compañero antes de su muerte. Es totalmente entendible que mujeres que quedan solas a raíz de la muerte de su pareja, por diversas razones y circunstancias quieran preservar su existencia por medio de un hijo, y gracias a los avances de la ciencia hoy día esto es posible.

Decimos que debe existir autorización previa y expresa por parte del marido o compañero, para dar cumplimiento al artículo 42 de nuestra carta política, el cual establece: *"la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente, el número de sus hijos,..."*, de tal manera que al exigir el consentimiento previo, se le está dando el derecho al padre de elegir si quiere o no tener hijos después de su muerte. Igualmente se busca limitar una práctica que puede llegar a ser

perjudicial para el hijo que está por nacer en casos en que la madre recurra a métodos científicos post mortem de manera irresponsable, motivada por razones que se alejan de los verdaderos fines para los cuales fueron creadas las técnicas de reproducción asistida humana.

En consecuencia, al exigir el consentimiento por parte del marido se da protección a la familia y a los terceros que dentro de un proceso sucesoral puedan tener vocación para heredar.

Así mismo, pensamos que debe considerarse que el hijo nacido de inseminación post mortem, tiene padre legítimo. El motivo que llevó al marido a la donación de su semen fue la procreación, independientemente de que se hubiera llevado a cabo o no mientras él vivía, de tal manera que una vez declarada la filiación esta debe ser considerada como legítima. Es decir, se requiere una ley que establezca la filiación legítima entre el cónyuge muerto y el niño producto de inseminación artificial post mortem, ya que en vida esa era su voluntad y así la manifestó expresamente. La filiación legítima se declarará una vez practicadas las pruebas genéticas correspondientes.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que el artículo 232 del Código Civil establece que una vez muerto el marido, la mujer embarazada o que creyere estarlo, podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto.

La denuncia debe hacerse dentro de los 30 días subsiguientes al conocimiento de la muerte del marido, sin embargo el retardo podrá justificarse o disculparse.

Como lo dijimos anteriormente, consideramos que sólo podrá practicarse la inseminación post mortem cuando exista autorización expresa del marido o compañero, antes de la muerte. Para efectos de sucesión es necesario que exista testamento, en el que el padre adjudique una parte de su herencia al niño que esta por concebirse y por nacer; ya que sin dicho testamento el hijo no podrá suceder de acuerdo al art. 1019 del Código Civil, el cual establece "*Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión*". En el caso de la fecundación post mortem, en el momento en que el progenitor fallece, no está ni siquiera concebido el hijo, por tanto este es considerado como inexistente.

Este tema encierra varios elementos que serán tratados de forma detallada en análisis posterior.

3.7 EN MATERIA DE PARENTESCO

3.7.1 Situación jurídica del hijo nacido por métodos de reproducción asistida

En materia de parentesco existen varios interrogantes que deben ser resueltos por la ley, corresponde a ésta dejar clara la situación jurídica de los hijos nacidos

por medios de reproducción asistida con respecto al vínculo que tienen con todas las demás personas intervinientes en el proceso.

El parentesco, es decir, el vínculo que une a los miembros de una misma familia, puede ser de consanguinidad, afinidad y civil; y según uno u otro, tendrá diferentes efectos jurídicos.

Cuando el método de reproducción asistida es de origen homólogo, es decir los gametos utilizados provienen del hombre y de la mujer que van a criar al hijo, no existe problema alguno, ya que el parentesco frente a ellos será de consanguinidad, tal como ocurre cuando se tiene un hijo por métodos naturales.

No ocurre lo propio cuando se recurre a métodos en los que se utiliza el óvulo o el espermatozoide de un tercero, o cuando se trata de maternidad sustituta. Si nos acogemos a la legislación actual, se crearían nexos jurídicos entre las partes intervinientes que no tienen relación con la situación real y que pecarían de inconvenientes.

A continuación analizaremos el tema de acuerdo con los diferentes métodos y las personas que intervienen en el proceso:

3.7.1.1 Inseminación Artificial o Fecundación in Vitro heteróloga

3.7.1.1.1 Frente al donante. El donante es la persona que aporta su gameto, ya sea el óvulo o el semen, para que sea utilizado en el proceso de reproducción asistida.

Generalmente las parejas recurren a un donante ante la anovulación de la mujer o ante la oligospermia, necropermia o azoospermia masculina. De esta manera uno de los gametos provendrá de la pareja y el otro de un tercero externo.

Tanto los bancos de semen, encargados de recibir las donaciones, como las clínicas donde se practican las técnicas de reproducción asistida, tienen como filosofía mantener el anonimato del donante, buscando que permanezca en secreto y sea desconocido para los receptores, el hijo y el resto de la sociedad. Así mismo éste ignorará los datos de los destinatarios.

Con el anonimato, se protege el interés de los donantes para que no tengan más responsabilidad que la mera donación, olvidándose en el futuro de otros problemas, es decir que el donante no tenga derechos ni deberes respecto al concebido, ni que al momento de su nacimiento pueda exigirlos, esto justificado en que al donar el esperma no se tiene intención de procrear.

El tema del secreto tiene relación no solo con los donantes de gametos sino también en materia de adopción. Sin embargo, este requisito esta siendo criticado cada vez más, no solo por violar el derecho a la identidad, sino por la preocupación de los padres respecto a la herencia genética de los hijos.

Investigaciones y experiencias han demostrado que a través de los años surge la necesidad de obtener información de los donantes o de los padres que dieron al hijo en adopción, según el caso, para fines de salud física o mental.

En este orden de ideas, cabe preguntarnos si existe una relación de parentesco entre el donante del gameto y el niño fruto del proceso artificial?

Según el art. 35 del Código Civil el "*parentesco por consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o que están unidas por los vínculos de sangre*". En el parentesco de consanguinidad existen líneas y grados. Por línea se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz y tronco común, la línea recta o directa es la que forman las personas que descienden unas de otras.

Entendiendo así las cosas, de acuerdo a nuestra legislación actual, el donante tendría una relación de consanguinidad de primer grado, línea directa, con el niño concebido con sus gametos.

Sin embargo, en la práctica las cosas no ocurren de ese modo, pues los donantes solo son responsables de la donación del óvulo o de semen, pero no crean ningún vínculo jurídico a nivel familiar con ninguna de las personas intervinientes en el proceso, ni con el niño fruto de la donación.

No sería lógico ni apropiado que se estableciera un nexo consanguíneo, pues se debe tener en cuenta que con la donación del semen, un hombre puede tener cientos de hijos potenciales, envolviendo consigo el problema de la paternidad. Por esto se hace necesario introducir esta aclaración a nivel legislativo, para evitar los conflictos que por este hecho puedan presentarse, tal como se hizo en materia de adopción al consagrar en el artículo 98 del Código del Menor que por causa de la adopción se extingue todo parentesco de consanguinidad con la familia natural. Igualmente en materia de técnicas de reproducción asistida se debe mantener la imposibilidad de contraer matrimonio cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendentes y descendentes, o son hermanos, tal como lo hace la ley en materia de adopción de acuerdo con el artículo 140 Numeral 9 del C.C.

Sin embargo, en la práctica esta prohibición es de difícil aplicación, puesto que en la realidad se desconoce la identidad del donante y por lo tanto se presenta dificultad en conocer quienes estarían sujetos a la imposibilidad por nexos sanguíneos de contraer matrimonio. Una posible solución a este planteamiento, sería que la misma ley regulara para los casos en que dos personas que nacieron bajo las técnicas de reproducción asistida, antes de contraer matrimonio se sometan a pruebas genéticas para así determinar si existe alguna posibilidad de tener un nexo de consanguinidad, por haber tenido como padre o madre al mismo donante.

3.7.1.1.2 Frente al padre o la madre que no son donantes. En el primer capítulo explicamos que en la reproducción asistida heteróloga se utiliza el gameto de un tercero extraño a los cónyuges y el otro gameto proviene de la pareja.

La relación jurídica entre el donante y el niño concebido ya quedó explicada en el punto anterior; ahora nos dispondremos a analizar qué pasa con el cónyuge de la pareja que no tuvo ninguna participación en el proceso de fecundación.

La pareja que acude a este método de reproducción lo hace motivada por el deseo de concebir un hijo. Sin embargo, los dos deben ser conscientes que el hecho de que uno de los gametos sea proveniente de un tercero extraño, trae como consecuencia que la relación paterno filial que se crea por razones de la concepción, no en todos los casos incluye al miembro de la pareja cuyo gameto no participó en el proceso, un ejemplo claro es el caso de la maternidad sustituta; por el contrario en casos de inseminación artificial heteróloga la ley actual se aplica de una manera que favorece a los cónyuges ya que crea relación entre los dos miembros de la pareja y el hijo concebido por este método. Es decir la hipótesis planteada se resuelve de la siguiente manera:

En el caso de la mujer casada, cuyos gametos son utilizados en el proceso, la ley establece que en virtud de la presunción de paternidad del artículo 214 del C.C. se crean vínculos paterno filiales entre el cónyuge de la mujer y el niño, por cuanto el marido de la mujer es considerado como el padre. Siendo así las

cosas, la pareja no tendrá que recurrir a otras figuras para crear filiación entre el marido que no fue donante en el proceso, y el niño concebido por medio de técnicas científicas.

En caso de que el gameto utilizado sea el del hombre, la ley actual también favorece los intereses de la pareja ya que si bien el óvulo utilizado en el proceso pertenece a una donante anónima, este será transferido a la cónyuge quien llevará a término el embarazo y dará a luz al niño. En este orden de ideas, y de acuerdo con nuestra legislación, esta última será considerada como madre del niño aunque su óvulo no haya sido utilizado en la concepción, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico determina la maternidad por el solo hecho del parto.

3.7.1.2 Maternidad sustituta o alquiler de vientres. En la figura de la maternidad sustituta o subrogada, se presentan varios cuestionamientos acerca del parentesco que surge entre el niño concebido, la madre sustituta y la pareja que va a criar al niño.

Es importante establecer qué tipo de relación surge entre estas personas a raíz del acuerdo según el cual la madre sustituta lleva en su vientre a un niño, con el compromiso de entregárselo a otra mujer, inmediatamente después de ocurrido el nacimiento.

3.7.1.2.1 Frente a la madre sustituta. Para establecer que clase de vínculo surge con la madre sustituta, primero es importante hacer la diferencia entre maternidad sustituta gestacional y maternidad sustituta genética.

En el primer capítulo explicamos que la maternidad sustituta se presenta cuando una mujer es inseminada artificialmente con el semen de un donante, para que una vez producido el parto, la mujer entregue el niño a una pareja que lo va a criar.

Generalmente el semen utilizado es el del marido de la pareja a la cual va ser entregado el niño. Sin embargo, puede ocurrir que una vez ocurrido el parto, el hijo no sea entregado al hombre que donó el semen, sino a una pareja distinta, previo acuerdo de las partes.

En la maternidad genética, el óvulo utilizado en el proceso de concepción es el de la madre sustituta, es decir, la mujer que lleva al niño en su vientre tiene un vínculo genético con él. Generalmente el semen utilizado para este tipo de maternidad proviene del marido.

En la maternidad gestacional, a diferencia de la anterior, la madre sustituta gesta un embrión con el que no tiene vínculo genético, es decir su óvulo no fue utilizado en el proceso de fecundación, de tal manera que proporciona la parte que tiene relación con el proceso de gestación, pero no la parte genética del proceso de reproducción.

El semen utilizado para la maternidad gestacional generalmente proviene del marido de la pareja a la cual se le va entregar el hijo; o de un tercero.

En el caso de la maternidad genética no existe nexo genético entre el niño concebido y la madre sustituida, es decir la que lo va a criar, por lo tanto debe existir consentimiento de la madre sustituta, es decir, la verdadera madre, de dar a su hijo en adopción. En el caso en que el semen haya sido donado por el marido de la madre sustituida, la ley facilita el procedimiento al establecer que el niño, ya sea legítimo o extramatrimonial, podrá ser adoptado por el cónyuge del padre natural. (Art 91 Decreto 2737 de 1989)

El Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, en su art. 88 define la adopción "*es principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza*"

Tanto adoptante como adoptivo adquieren por la adopción los derechos y padre o madre e hijo legítimo. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, excepto el impedimento matrimonial del art. 140 del Código Civil.

El art. 94 del decreto anteriormente citado consagra "La adopción requiere el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, o el de uno de ellos, a falta

del otro". En este caso el consentimiento debe ser dado por la madre sustituta, y no se requerirá el consentimiento del padre porque éste va a adoptar a su propio hijo.

En consecuencia, según nuestra legislación actual el parentesco que surgiría entre las diferentes partes es el siguiente: el padre, quien fue el donante del semen, y el niño, serán parientes en primer grado de consanguinidad por estar unidos por nexos de sangre. La cónyuge del donante del semen, una vez adopte al niño, tendrá parentesco civil. Y en relación con la madre sustituta, en caso de que la ley permitiera la adopción directa, se extinguiría de acuerdo con el Código del Menor todo parentesco de consanguinidad desde el momento que da su consentimiento para entregar el niño en adopción.

Nosotras consideramos que debería existir la posibilidad de establecer la filiación por medios diferentes a la adopción, es decir, una vez se acuerde la maternidad sustituta y exista consentimiento de ambos cónyuges; la ley debería crear un vínculo familiar entre el hijo y la cónyuge del hombre cuyo gameto participó en el proceso. Es decir, crear un parentesco civil pero diferente del proveniente de la adopción.

Creemos que la adopción debe ser utilizada por aquellas personas que por una u otra razón no pueden o no quieren concebir ni natural ni artificialmente. Son muchas las circunstancias y motivos que mantienen a las parejas lejos de las

técnicas de reproducción asistida, por eso se les da la posibilidad, mediante la adopción, de criar hijos que han sido concebidos y traídos al mundo por otros.

Se debe tener en cuenta que este no es el caso de las parejas que acuden a métodos de reproducción científica. Su deseo es hacer parte del proceso de concepción, nacimiento y crianza del niño; y al utilizar métodos como el de la inseminación artificial o fecundación in vitro heteróloga, muestran su intención de procrear y de participar en el proceso de gestación, aunque uno de los gametos de la pareja no sea utilizado en el proceso.

Por consiguiente, consideramos que acudir a la figura de la adopción para crear vínculos familiares con el niño que nació por este método, es un proceso complejo y largo que debería poder evitarse; la misma ley debe encargarse de que en el caso anteriormente expuesto surja la relación de parentesco civil, diferente de la adopción,

Ahora bien, ¿qué sucederá en los casos en que el donante del semen sea un tercero?

El art. 95 del Código del menor en su inciso segundo establece *"No se aceptará el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo:*

- 1. Fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

2. *Fuere hijo del cónyuge del adoptante*

Según el citado artículo, no sería viable adoptar al niño mediante acuerdo previo con la madre sustituta, en el caso de que ninguno de los cónyuges sea aportante del gameto; en primer lugar porque éste sería considerado como un adoptante determinado; y en segundo lugar porque el mismo artículo citado establece que *"No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que esta por nacer."*, es decir en estos casos no podrá acudir a la adopción.

Vemos que no existe gran diferencia entre la maternidad sustituta gestacional con donación de semen de un tercero y la adopción; la divergencia está en el hecho de que la pareja ha elegido a la mujer que va a entregar a su hijo al momento del nacimiento, y que se ha hecho un seguimiento del embarazo desde los primeros meses. Consideramos que la ley debe incluir en las excepciones consagradas para la adopción determinada, el acuerdo hecho entre una pareja y una madre sustituta, y de esta manera hacer viable la adopción, pues la pareja ha esperado al niño desde el principio; esto siempre y cuando coincida con la voluntad de la madre al nacer el niño, es decir, este acuerdo solo tendrá validez una vez se produzca el nacimiento y la madre continúe con su deseo de entregarlo a la pareja.

Con respecto a la maternidad gestacional cabe resaltar que la madre sustituta proporciona la parte que tiene relación con el proceso de gestación, pero no la

parte genética del proceso de reproducción, es decir no existe nexo genético entre ella y el niño que lleva en su vientre.

Es la madre sustituida quien tiene el vínculo genético y de sangre con el niño y si fue su esposo quién donó el semen, no deberían tener que acudir a la figura de la adopción pues los dos tendrán nexo sanguíneo con el niño y su parentesco sería el natural que surge entre padres e hijos, es decir, primer grado de consanguinidad, línea directa.

Debemos anotar que nuestra legislación civil establece la maternidad por el solo hecho del parto, sin tener en cuenta la procedencia de los gametos. Es decir, nada de lo dicho anteriormente se daría hasta que no se desvirtúe la maternidad de la madre sustituta por medio de un proceso de impugnación. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico en el caso que estamos analizando, la madre sustituta aunque no aporte su óvulo, será considerada como verdadera madre por el solo hecho de haber dado a luz al niño.

El análisis anterior demuestra por qué se requiere de manera urgente una ley que se adecue a los avances de la ciencia. Con base en nuestra legislación el parentesco y la filiación no se establecen siempre de acuerdo con la realidad, ya que si se ha utilizado la figura de la maternidad sustituta gestacional habrá que recurrir a procesos largos, como es el de la impugnación de la maternidad, para establecer la verdadera relación que existe entre el hijo concebido y la madre

sustituta, y declarar que la madre sustituida es la verdadera madre, por cuanto fue ella quien aportó el óvulo.

En la realidad el niño concebido no tiene ningún vínculo con la madre sustituta, sin embargo, legalmente no será considerado así hasta que no se declare en el proceso de impugnación, mediante sentencia judicial.

3.8 EN MATERIA DE DERECHOS HERENCIALES

Para adentrarnos en el estudio de los derechos sucesorales es fundamental conocer algunas de las normas que regulan el tema. En primer lugar, el Código Civil Colombiano trae una serie de disposiciones que a continuación vamos a analizar:

El artículo 1008 consagra que "se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta hectolitros de trigo".

A su vez, el artículo 1009 establece que *"si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato. La sucesión de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada"*.

El artículo 1010 indica que *"se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley o el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes. Con la palabra asignaciones se significan en este libro las asignaciones por causa de muerte, ya las haga el hombre o la ley"*.

Por su parte, el artículo 1013 en los incisos primero y segundo expresa que *"la delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla. La herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional"*.

El artículo 1019 afirma que *"para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 1014, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se trasmite la herencia o legado"*.

"Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición".

"Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se esperan que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los veinte años subsiguientes a la apertura de la sucesión".

De igual forma, debemos mencionar que en nuestro país la Ley 29 de 1982 consagró la igualdad de todos los hijos en materia sucesoral.

Y que en el artículo 42 de la Constitución Política Colombiana se consagra a *"la familia como el núcleo fundamental de la sociedad"*, y a que *"los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes"*.

Una vez expuesto el marco legal en materia de derechos herenciales, podemos entrar a analizar estas normas y su aplicabilidad frente a las técnicas de reproducción asistida.

En primer lugar debemos considerar la situación en concreto de la inseminación artificial, cuando el marido fallece y la mujer se somete a este procedimiento. Bajo este supuesto debemos preguntarnos ¿si le está permitido a la viuda inseminarse después del fallecimiento de su marido?, ¿cuánto tiempo tiene la viuda para practicarse una inseminación artificial?, ¿lo puede hacer en el momento en que ella lo decida, sin ninguna limitación de tiempo?.

Los anteriores cuestionamientos no tienen una regulación legal y por ello intentaremos dar una solución a esta problemática desde una perspectiva jurídica tomando como base el marco legal anteriormente descrito.

En primer lugar, consideramos que para encontrar una solución justa debemos evaluar los derechos adquiridos de las personas frente a un proceso sucesoral.

De acuerdo con la Ley 29 de 1982, los órdenes sucesorales son:

- Primer Orden Hereditario: Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales
- Segundo Orden Hereditario: Ascendientes de grado más próximo, y el cónyuge.
- Tercer Orden Hereditario: Hermanos y cónyuge.
- Cuarto Orden Hereditario: Sobrinos.
- Quinto Orden Hereditario: Instituto Colombiano de Bienestar familiar.

Teniendo en cuenta estos órdenes sucesorales, creemos que cuando el marido fallece y no ha dejado un testamento en el cual da su consentimiento para que su mujer se someta a una inseminación, adjudicando al fruto de ese procedimiento una asignación a título singular la viuda queda inhabilitada para someterse a dicha práctica, puesto que desde el momento en que una persona fallece sus herederos entran a ocupar la posesión legal de la herencia y adquieren ciertos derechos que no pueden afectarse posteriormente. Esto significa que los herederos son titulares del derecho de herencia y tienen una expectativa sobre lo que eventualmente podrán llegar a adquirir al finalizar el proceso sucesoral.

Por consiguiente, si una viuda se inseminara después del fallecimiento de su marido, se estarían vulnerando abiertamente los derechos herenciales de todas aquellas personas que existían al momento del fallecimiento y que por ley estarían llamados a suceder al difunto. Si la mujer se llegara a inseminar y la ley permitiera que se sometiera a este procedimiento, el nacimiento de este hijo traería como consecuencia un cambio en los órdenes sucesorales y una alteración en el número de personas que entrarían a heredar, afectándose evidentemente los derechos de los demás descendientes, ascendientes, hermanos y sobrinos del difunto.

Ahora bien, si el marido antes de fallecer otorga un testamento en el cual da su autorización para que su mujer después de su muerte se someta a un procedimiento de reproducción asistida, esta manifestación de voluntad será totalmente válida, siempre y cuando estipule un límite de tiempo para la práctica de este procedimiento, y a la vez se establezca que ese bebé entrará a heredar la cuota de libre disposición, o un legado específico y no la cuota de los demás legitimarios o la de mejoras; por cuanto así no se vulnerarían los derechos de quienes existían en el momento del fallecimiento y a la vez se conciliarían los intereses y prerrogativas de cada una de las personas involucradas en el proceso sucesoral.

En conclusión, estimamos que la inseminación artificial post mortem debe regularse con estrictas medidas, para evitar que se violen los derechos de los

legitimarios y demás herederos dentro de un proceso sucesoral. Igualmente nuestra posición se mantiene frente a la prohibición de la práctica de inseminación en una sucesión ab intestato, por cuanto la ley es la que entrará a determinar quiénes están llamados a suceder, según los órdenes sucesorales, los que no podrán ser alterados por la voluntad de la mujer al someterse sin ningún reparo a una inseminación artificial luego del fallecimiento de su marido.

Y consideramos que en una sucesión testada esta técnica de reproducción asistida será viable, en la medida en que en el testamento el marido haya expresado su voluntad de que se efectúe la inseminación luego de su muerte y haya establecido para ello un límite de tiempo y una cláusula determinada en la cual señale qué bien específico entrará a heredar el fruto de esa inseminación a título de legado, o en la que indique que ese nuevo ser será el heredero de la cuarta de libre disposición, sin afectar ni desconocer con ello los derechos de sus legitimarios, si los hubiere.

Por otra parte, en materia de derechos herenciales es importante detenernos a analizar el caso en concreto de la maternidad sustituta. Hemos explicado reiteradamente que en este procedimiento una mujer alquila su vientre, para que en él se desarrolle el bebé y luego lo entregue a la pareja que ha consentido en este mecanismo de procreación.

Tenemos que partir de la base de que este procedimiento está regulado por un contrato, y por ello cada una de las partes intervinientes adquiere un cúmulo de

obligaciones y derechos, que deben cumplirse en la medida del tiempo y de la ocurrencia del nacimiento.

Es así, como la mujer que alquila su vientre debería estar en la obligación de entregar el bebé a la pareja que ha contratado con ella, y desde ese momento termina la relación contractual que los une, pues la mujer ya no tendrá ningún derecho ni compromiso adquirido con el ser que llevaba en su vientre, y será la pareja la que entre a ocupar el rol de padres para ese hijo que han concebido a través de la maternidad sustituta.

Siendo así las cosas, el hijo de esta pareja será considerado como legítimo si existe un vínculo matrimonial entre ellos, o hijo extramatrimonial si hay ausencia de dicho vínculo, pero sea la forma de filiación que se presente, es claro e indudable que este hijo deberá entrar a suceder a sus padres, y las relaciones en materia de derechos herenciales se regularán según las normas vigentes aplicadas a los casos en que la concepción y el nacimiento se producen de manera natural, sin necesidad de acudir a los avances de la ciencia, o de figuras como la maternidad sustituta.

Ahora bien, si la madre sustituta (caso en el cual no sólo alquila su vientre, sino que es donante del óvulo) no cumple con su obligación contractual de entregar al niño, y decide seguir adelante con la maternidad, que ya no será sustituta, sino real y verdadera, se debe considerar que está incumpliendo con el contrato y por ello deberá responder por dicha infracción y por los perjuicios morales que le

cause a la pareja, por no entregar al bebé. Pero, sí la madre sustituta termina quedándose con el niño, y asumiendo la maternidad responsable que se deriva, entonces este niño no tendrá nada que hacer frente a la pareja que no lo recibió, y quedará formando parte de la familia de la madre sustituta, ocupando los derechos que por ello le corresponden, lo que demuestra la fragilidad de esta clase de contratos.

Por otra parte, debemos tratar otro tema en relación con la maternidad sustituta. Supongamos que durante la gestación del bebé muere el marido de la mujer sustituida, el cual puede haber sido quien aportó el semen. Según el artículo 232 del Código Civil Colombiano, la viuda que se creyese embarazada deberá denunciarlo dentro de los treinta días siguientes al conocimiento de la muerte del marido.

Según lo anterior, sólo podrá ser la viuda la que realice la denuncia, por lo cual este artículo es absolutamente inaplicable a los casos de maternidad sustituta; en primer lugar, porque la viuda no será quien está embarazada y en segundo lugar, porque la madre sustituta no estaba unida en vínculo matrimonial con el hombre que murió, lo cual es un requisito esencial para efectuar la denuncia, tal como se ha explicado.

Por consiguiente, consideramos de vital importancia que se regule la posibilidad de una denuncia, para cuando fallezca el marido de la madre sustituida, con el fin de darle un amparo legal al que está por nacer. Pensamos, que esta denuncia debe poder realizarse tanto por la viuda, como por la madre sustituta, que en

últimas está alquilando su vientre para que crezca y se desarrolle el bebé que será entregado a la madre sustituida.

3.9 EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y CAUSALES DE DIVORCIO

3.9.1 Relaciones Sexuales Extramatrimoniales de uno de los cónyuges

Cabe preguntarnos si el marido cuya mujer se ha inseminado artificialmente sin su consentimiento, al enterarse de su estado de embarazo puede alegar la causal primera de divorcio consagrada en nuestro Código Civil en su artículo 154, la cual establece que es motivo de divorcio *"Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado"*

¿Será procedente la pretensión del marido que afirma que su mujer ha cometido adulterio porque el hijo que lleva en su vientre no es de él?

Existen dos tesis al respecto, a saber:

Hernán Gómez Piedrahita, refiriéndose a la cuestión planteada afirma "No sería procedente aplicar esta causal, ya que las relaciones sexuales implican necesariamente el acople carnal, la entrega mutua de cuerpos y en este caso nada de ello se da. Ningún acto más asexual que este. Nada más privado de

deseos libidosos que un tratamiento contra la esterilidad en cualquiera de sus formas”⁵⁶

Por el contrario Leon Feit, Doctrinante Argentino, considera que si la mujer se hizo inseminar sin consentimiento de su marido esta conducta encaja en la modalidad de adulterio porque se está violando el deber de fidelidad que es la esencia de esta causal de divorcio.⁵⁷

La Corte Suprema de Justicia a nivel jurisprudencial ha establecido que la infidelidad cuando se materialice en actos sexuales puede regirse por la causal primera del art. 154 del Código Civil y cuando no logra concretarse así o no logra la prueba plena prueba podrá significar un ultraje o injuria grave que debe regirse por el numeral 3 del citado artículo.

Es así como en sentencia del 9 de Noviembre de 1990 la Corte Suprema de Justicia afirmó que *”Valdrá siempre distinguir con cuidado las dos maneras en que la infidelidad, en materia matrimonial puede presentarse. La primera llamada infidelidad material, equivale al adulterio, queda configurada al mediar relaciones sexuales extraconyugales de cualquiera de los esposos, probadas fehacientemente, y su régimen, en cuanto causa legal determinante del derecho de demandar la separación de cuerpos, se encuentra previsto en el numeral 1*

⁵⁶ GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos, 1984, p. 40.

⁵⁷ LEON FEIT, Pedro. Distintos aspectos del problema de la inseminación artificial en seres humanos”. Argentina, p. 55

del artículo 154 del C.C; por el contrario la infidelidad moral, constitutiva de agravios y en tal concepto también motivo legal para ejercitar dicho derecho con fundamento en el numeral 3 del artículo recién mencionado podrá tenerse por acreditada con la demostración de todos aquellos hechos que, poniendo al descubierto un profundo menosprecio del que uno de los cónyuges hace objeto al otro, tiene su fuente en comportamiento incompatible con el deber de fidelidad conyugal, pero siempre en el entendimiento –se repite- que conductas culposas de esta especie únicamente podrán dar lugar a la separación si, en virtud de las secuelas que acarrean, la unidad de vida matrimonial, se perturba de modo tal que el otro cónyuge y frente a este estado de cosas impuesto y mantenido por voluntad de ellos, no puede exigírsele la continuación de la relación porque ya no le es posible tratar al ofensor con el amor y atención que según la esencia del matrimonio entre sí se deben los casados.”

Como lo explicamos en el primer capítulo, las técnicas de reproducción asistida se caracterizan por su asexualidad, la concepción del hijo se da por métodos en que no se requiere el acercamiento sexual de los aportantes de los gametos; por esto consideramos que la causal primera no puede ser utilizada como medio para declarar el divorcio cuando el embarazo se ha producido por medios científicos, ya que dicha causal exige que existan relaciones sexuales extramatrimoniales, y en este caso dichas relaciones no se dan.

Sin embargo, consideramos que el hecho de inseminarse artificialmente sin consentimiento del marido es un acto de infidelidad moral que puede alegarse

mediante la causal 3 del artículo 154 del Código Civil, la cual consiste en *"Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra"*

Por otra parte, el art. 176 del C.C consagra la obligación de los dos cónyuges de ser fieles, *"Los cónyuges están obligados a guardarse fe"*

Siendo así las cosas, consideramos que la cónyuge que toma la decisión de acudir a métodos de reproducción asistida sin consentimiento de su marido, esta incumpliendo la obligación de fidelidad, en este caso moral.

Creemos que después de haberse llevado a cabo exitosamente la inseminación artificial o la inseminación in vitro, no puede exigirse la continuación de la relación porque las secuelas resultantes perturban la unidad de vida matrimonial; estamos seguras de que este hecho puede crear un alejamiento entre los cónyuges, motivado por la conducta culposa de la mujer, ya que el acto realizado es incompatible con la armonía, el respeto y el afecto que deben regir las relaciones maritales.

En síntesis, el marido podría divorciarse de la mujer que se inseminó artificialmente sin su consentimiento, alegando la causal tercera del artículo 154 del Código Civil.

4. CONCLUSIONES

➤ ASPECTO CIENTÍFICO

1. Gracias a los adelantos de la ciencia, hoy en día es posible la procreación mediante el uso de técnicas médicas especializadas, como lo son: la inseminación artificial homóloga, heteróloga y mixta, la fecundación in vitro homóloga, heteróloga y mixta, ZIFT y GIFT; y la maternidad sustituta o subrogada.

Las técnicas que tienen origen homólogo son las practicadas mediante la utilización de gametos que aportan los miembros de la pareja. Las heterólogas y mixtas se refieren a las técnicas en las que se utiliza el gameto de un tercero.

2. Estas técnicas se apartan del proceso natural de procreación, y es la intervención médica la que hace posible concebir y dar a luz un niño, lo que en circunstancias normales y naturales sería imposible.

3. La reproducción humana asistida esta siendo utilizada por miles de parejas que buscan en ella la solución a sus problemas de infertilidad y esterilidad. Estos procedimientos ya no son utilizados como simples experimentos sino que se han convertido en una práctica común en el mundo entero.

➤ ASPECTO LEGISLATIVO

4. Los hijos nacidos por métodos de reproducción asistida, tienen igualdad de derechos y deberes que los hijos nacidos por medios naturales de acuerdo con el artículo 42 de nuestra actual Constitución Política.

5. En Colombia no existe legislación civil sobre el tema. Hay una urgente necesidad de reglamentar todo lo relativo a éstas técnicas ya que las leyes vigentes no son suficientes para resolver los potenciales conflictos que se puedan presentar en esta materia.

6. En materia penal ha habido un gran avance. El nuevo Código Penal incluye temas como la fecundación in vitro y la manipulación genética; tipifica delitos que atentan contra las personas a las que se les aplican las técnicas científicas ya sea utilizando el proceso de inseminación artificial o el de fecundación in vitro y tipifica ciertos actos realizados en contra de los hijos nacidos fruto de procesos científicos. Igualmente, de acuerdo con el nuevo Código Penal, se prohíben expresamente prácticas realizadas a los embriones cuando son utilizados con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación.

7. Según las pocas disposiciones que existen en nuestra legislación sobre el tema tratado, las aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida requieren del consentimiento previo y libre de la mujer que va ser inseminada. De lo

contrario, el acto de inseminar artificialmente, según nuestro actual Código Penal, será considerado como delito.

8. La Corte Suprema de Justicia esta tomando conciencia de los avances de la ciencia. Por esto, con la declaración de inexecutable de la expresión "*de derecho*" del artículo 92 del Código Civil, se ha abierto espacio a considerar como legítimo al hijo nacido en los casos excepcionales de gestaciones extemporáneas, casos que suceden con alguna frecuencia en los embarazos obtenidos con la ayuda de técnicas científicas.

➤ **EMBRIONES**

9. Los embriones resultantes de la técnica de fecundación in vitro son transferidos al útero de la madre, o la mujer sometida al procedimiento. El médico, considerando científicamente lo mejor para asegurar el embarazo, es quien determina el número de embriones que deben transferirse.

10. Consideramos que el embrión que no ha sido implantado dentro del útero de la madre, es una simple célula con posibilidad de llegar a ser persona una vez se deposite en el medio idóneo para su crecimiento y desarrollo. Mientras no se implante no debe gozar de protección por parte del ordenamiento jurídico.

11. El acto de deshacerse de los embriones sobrantes, es decir, aquellos no utilizados en el proceso de procreación, no atenta contra el derecho del que está por nacer, puesto que, en primer lugar el embrión congelado todavía no ostenta

la calidad de nasciturus; y en segundo lugar, es perfectamente viable la no conservación, de los embriones sobrantes, en la medida en que es físicamente imposible el implante de todos los cigotos en el útero de la mujer, teniendo que deshacerse de ellos irremediamente, sin que puedan completar el ciclo natural de formación y crecimiento.

12. Consideramos de vital importancia que se regule todo lo relativo a los derechos fetales y a las condiciones de los embriones congelados, puesto que el vacío legal que hay es sumamente notorio, y genera todo tipo de dudas y controversias sobre el derecho a la vida y a la integridad física de aquéllos.

➤ **FILIACION**

13. Desde el punto de vista jurídico, el medio utilizado para lograr la concepción del hijo es irrelevante. Lo que se debe tener en cuenta es si en esa concepción intervinieron exclusivamente los componentes genéticos del padre y la madre y si el nacimiento acaece dentro o por fuera del matrimonio de éstos, para así determinar la clase de filiación que lo cobijará, situación que sí es relevante para el ordenamiento jurídico.

14. Consideramos no sólo importante sino también indispensable, que el ordenamiento jurídico colombiano regule la aplicación de las técnicas de procreación asistida y el vínculo que puede surgir con el donante diferente al marido o compañero de la mujer. Nosotras estamos a favor de la tesis que sostiene que no existirá en ningún caso vínculo de parentesco y que en materia

de la paternidad esta se entenderá establecida sin lugar a dudas, con el marido o compañero permanente de la mujer inseminada. Y será legítima, legitimada o extramatrimonial, según el momento del nacimiento y la existencia o ausencia de un vínculo matrimonial entre los pretendidos padres.

15. Consideramos que la Patria Potestad, esta única y exclusivamente en cabeza de los verdaderos padres del hijo no emancipado, sea que estos padres hayan podido concebir naturalmente, o hayan acudido al mecanismo de la adopción, o a los procedimientos científicos que se tratan en este escrito.

16. En la filiación legítima ha quedado establecido que el hijo concebido durante el matrimonio, mediante la inseminación artificial homóloga o a través de la fecundación in vitro en la cual se utilizaron el óvulo de la esposa y el semen del marido, será considerado como hijo legítimo por cuanto en ambos supuestos están presentes el factor biológico y el institucional de esta clase de filiación.

17. Si el proceso de inseminación artificial se realizó con anterioridad al matrimonio, pero el nacimiento se produce dentro de él, el fruto de ésta técnica será considerado como hijo legitimado, y se encontrará dentro de la hipótesis consagrada en el artículo 237 del Código Civil Colombiano.

18. Sí el hijo nacido mediante un procedimiento de reproducción asistida tiene por padres a una pareja de compañeros permanentes que no han formalizado dicha unión, será considerado como hijo extramatrimonial, y tendrá los mismos derechos y obligaciones que los hijos legítimos o legitimados.

19. Conforme a nuestra legislación, el hijo concebido por métodos artificiales después de la muerte de su padre, sería considerado como extramatrimonial ya que el momento de la concepción no se dio dentro del matrimonio de sus padres. Consideramos que debe existir una ley que establezca que si en vida el marido otorgó autorización expresa para utilizar el semen después de su muerte, una vez practicadas las pruebas genéticas que confirmen la paternidad, la filiación entre el cónyuge muerto y el hijo fruto del proceso científico debe ser legítima.

➤ **PARENTESCO**

20. En cuanto al parentesco de consanguinidad, consideramos que debe existir una regulación especial para los casos de los donantes de óvulos o espermatozoides; la ley debe establecer que dichos donantes no tienen ningún nexo sanguíneo con el niño que nace gracias a su donación. En materia de adopción se ha consagrado de dicha manera. El Código del Menor en su artículo 98 dispone que por causa de la adopción se extingue todo parentesco de consanguinidad con la familia natural.

Igualmente en materia de técnicas de reproducción asistida se debe mantener la imposibilidad de contraer matrimonio cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendentes y descendentes, o son hermanos, tal como lo hace la ley en materia de adopción de acuerdo con el artículo 140 Numeral 9 del C.C.

➤ **PATERNIDAD**

21. Tanto en la inseminación artificial heteróloga como en la fecundación in vitro heterológica, el marido que dona el semen para dar vida a un hijo con su pareja crea vínculos paterno-filiales desde el momento del nacimiento del niño, sin tener que recurrir a la adopción u otro procedimiento especial, de acuerdo con la presunción de paternidad del artículo 214 del C.C.

22. Consideramos que la ley debe incluir los casos de inseminación artificial sin consentimiento del marido como posibilidad de iniciar la acción de impugnación de la paternidad, ya que si bien esta práctica no puede entenderse como adulterio, por no existir relaciones sexuales extramatrimoniales, sí debe ser considerada como causal para que el marido impugne la paternidad una vez la mujer acepte el hecho.

23. Las presunciones contempladas en la Ley 45 de 1936 y en la Ley 75 de 1968, para establecer la paternidad extramatrimonial, no son lo suficientemente exactas o definidas para aplicarse a las técnicas de reproducción asistida, lo cual genera un vacío legislativo complejo y que puede perjudicar a aquellas personas que se encuentran en una de las situaciones planteadas. Por lo cual creemos absolutamente indispensable que el legislador adicione a estos seis casos, uno específico que se refiera a los procedimientos artificiales y a los adelantos científicos y tecnológicos que cada día cubren más necesidades, para que se

contemple la posibilidad de la inseminación artificial o la fecundación in vitro que han sido realizadas con el consentimiento del compañero de la mujer.

➤ **MATERNIDAD**

24. Pensamos que debido a las técnicas de reproducción asistida, particularmente la de la maternidad sustituta, debe consagrarse un aspecto diferente al parto, para determinar la maternidad, como sería el caso de pruebas genéticas; ya que en estos procedimientos, especialmente en la maternidad sustituta, no se puede determinar claramente el factor genético con el gestacional. No queremos decir con esto que se debe acabar con el requisito del parto, pero sí que se deben tener en cuenta casos excepcionales, como lo es el de la reproducción artificial, para que se establezca la posibilidad de determinar la maternidad por intermedio de pruebas genéticas y biológicas.

25. La ley debe regular lo relativo a la determinación de la maternidad; deben establecerse pruebas genéticas para este fin, ya que la forma como se regula esta materia actualmente en el Código Civil es insuficiente para determinarla cuando se han utilizado técnicas de reproducción asistida.

➤ **SITUACIÓN DEL DONANTE**

26. En relación con la identificación de las partes intervinientes en los procedimientos de reproducción asistida, nuestra posición se inclina a mantener el anonimato y en secreto la identidad de las partes involucradas, por cuanto su

revelación implica que las personas se predispongan y se haga difícil una convivencia normal dentro de una familia. Además, un donante puede ser el padre de cientos de niños, y no tendría mucho sentido reconocer esa paternidad y revelar su identidad, pues su participación es meramente tangencial dentro del proceso de reproducción asistida.

27. La responsabilidad del donante debe limitarse a la donación de los gametos, por este hecho no debe surgir ningún vínculo legal con el niño fruto del proceso de reproducción artificial.

➤ **INSEMINACIÓN POST MORTEM**

28. En nuestra opinión, se debe permitir que fallecido el depositante del semen, se puedan realizar técnicas de reproducción asistida en la cónyuge superviviente siempre y cuando exista autorización previa por parte del marido. Creemos que el padre debe hacer parte de la decisión de tener un hijo después de su muerte. Esta posición la sustentamos con base en el artículo 42 de nuestra carta política, el cual establece que la pareja debe elegir libre y responsablemente el número de hijos que quieren tener. Igualmente, al exigir dicha autorización se evita que la madre acuda a prácticas post mortem por motivos que se apartan de los fines de las técnicas de reproducción asistida y que puedan causar perjuicio al niño que nace por dicho procedimiento o que se vulneren derechos de los legitimarios y demás herederos del difunto.

29. La ley debe regular de manera estricta el tema de la inseminación artificial post mortem. Debe velar por los derechos hereditarios de aquellas personas que existían al momento del fallecimiento, y de la misma forma debe evitar que una mujer se someta a una práctica de inseminación artificial post mortem cuando se atente contra estos derechos, y a la vez se aparte de los fines verdaderos que motivan a la ciencia a desarrollar los procedimientos científicos que mencionamos en el presente estudio.

➤ **MATERNIDAD SUSTITUTA O SUBROGADA**

30. Según el Código Civil, la determinación de la maternidad se da por el hecho del parto. Por esto se debe dar protección a la madre sustituida, mediante la garantía de que la madre sustituta no va a retener al niño después del parto o lo va a reclamar.

En consecuencia, la acción de impugnación, sustentada en la suplantación de parto, no debe proceder en ningún caso una vez se haya probado el acuerdo de maternidad sustituta o subrogada.

31. El tema de la licitud del objeto en el contrato de maternidad sustituta o subrogada ha sido muy polémico. La legislación Española es un ejemplo de rechazo y prohibición hacia este tipo de contrato. Por su parte la legislación Norteamericana la acepta fundamentándose en el derecho que tiene toda persona a procrear.

32. En caso de que el ordenamiento jurídico colombiano acepte la licitud del objeto, debe existir una ley que regule el tema de la maternidad sustituta en su totalidad, para que exista claridad en todos los aspectos jurídicos que trae consigo esta figura; y gracias a las disposiciones legales las partes tengan la posibilidad de conocer cuáles son sus derechos y cuáles sus obligaciones.

33. Consideramos, igualmente, que la ley debe encargarse de regular la posibilidad de la denuncia del embarazo por parte de la madre sustituta y de la sustituida, es decir, complementar o adicionar el artículo 232 del Código Civil Colombiano, en el sentido que en los casos de la reproducción humanan asistida, no es viable considerar únicamente la posibilidad de la denuncia en la mujer embarazada que se encuentre legalmente unida con el hombre que ha fallecido.

➤ **DIVORCIO**

34. El marido cuya mujer se hizo inseminar artificialmente sin su consentimiento, puede acudir a la causal 3 del artículo 154 del código Civil para demandar el divorcio, alegando ultraje grave por parte de su mujer y a la causal 2, por incumplimiento al deber de guardarse fe.

35. Los hijos nacidos bajo los procedimientos de reproducción asistida, por el hecho del divorcio o la separación de sus padres, no pierden su calidad de hijos

legítimos y seguirán conservando todos los derechos que les corresponden, como sucede igualmente con los hijos nacidos naturalmente.

➤ **CONCLUSIÓN FINAL**

36. Finalmente, la misión del legislador debe encaminarse a llenar los vacíos existentes que hay en materia de Reproducción Humana Asistida, y complementar día a día las pocas leyes que actualmente existen, puesto que es fundamental que la ley evolucione al mismo tiempo y con los mismos criterios con los que progresan las ciencias médicas y científicas. Más cuando comenzamos un nuevo milenio, lleno de descubrimientos y de proyecciones científicas sumamente importantes para el desarrollo humano, con repercusiones a nivel social, económico, cultural y ecológico.

APENDICE

PROYECTO DE LEY No. 45 DEL 2.000

POR LA CUAL SE DICTAN NORMAS REFERENTES A LA APLICACIÓN DE LOS METODOS DE PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA, SOBRE EL GENOMA HUMANO DE NUESTRA DIVERSIDAD ÉTNICA, SE MODIFICAN ALGUNOS ARTICULOS DEL CODIGIO CIVIL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

TITULO I

DEL OBJETO DE LA LEY

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto regular:

- a. La aplicación de la normatividad sobre los métodos científicos de procreación humana asistida.
- b. Las inseminaciones artificiales y fertilización in-vitro con transferencia de embriones.
- c. El aporte, depósito, donación y disposición de gametos.
- d. De los beneficiarios, el consentimiento informado y la relación paterno filial de la persona concebida mediante el procedimiento de los métodos científicos de procreación humana asistida.
- e. El parentesco, la existencia biológica, legal y la legitimidad del hijo concebido por asistencia científica, modificando los artículos 36,50,90, y 213 del Código Civil.
- f. La maternidad de la mujer soltera ante los métodos científicos de procreación.
- g. La procreación póstuma.
- h. La adopción de embriones.
- i. La creación de la Comisión de Procreación Humana Asistida.
- j. Prohibiciones sobre manipulación genética de embriones y del genoma humano de nuestra diversidad étnica.

PARAGRAFO PRIMERO: En atención a la garantía estatal, a los derechos de libertad de conciencia, libertad de religión y de cultos, la presente ley no tiene por objeto menoscabar o desvirtuar la valoración moral que las técnicas de procreación humana asistida merecen ante las religiones que se profesen en el territorio nacional, tampoco suplantar el juicio de moralidad que libremente debe merecer ante las religiones que se profesen en el territorio nacional, ni el juicio de moralidad que libremente debe formular cada uno de los miembros de la pareja con intención de elegir las técnicas reguladas por la presente ley.

PARAGRAFO SEGUNDO: La presente ley se aplicará igualmente a otras técnicas de procreación humana asistida que acepte el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud.

TITULO II

DE LAS DEFINICIONES PARA LA APLICACIÓN DE LOS METODOS CIENTÍFICOS DE PROCREACION HUMANA ASISTIDA

Artículo 2. **De la procreación humana con asistencia científica.**

Se denomina procreación humana asistida con asistencia científica al conjunto de técnicas médicas especiales que implican la ayuda profesional al acto conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana, la obtención y utilización de gametos con tal finalidad, o la transferencia de embriones con el mismo fin.

Artículo 3. **De la inseminación artificial.** Entiéndase por inseminación artificial al procedimiento técnico mediante el cual se introduce semen en el aparato reproductor femenino con el propósito de conseguir la concepción o como un procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo con fines reproductivos.

Artículo 4. **De la inseminación artificial homóloga.** Se entiende por inseminación artificial homóloga, cuando el semen fecundante para obtener la concepción corresponde al marido de la mujer que se hace inseminar.

Artículo 5. **De la inseminación artificial heteróloga.** Se entiende por inseminación artificial heteróloga, cuando el semen fecundante para obtener la concepción corresponde a un tercero o donante.

Artículo 6. **De la fecundación in-vitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina.** Se entiende por fecundación in-vitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina, a la fecundación del óvulo con semen humano en una probeta, siendo transferidos el embrión o embriones al útero.

Artículo 7. **De la fecundación in-vitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina homóloga.** Se entiende por fecundación in-vitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina homóloga, cuando el semen utilizado para la fecundación del óvulo en una probeta corresponde al marido y a la mujer de quienes constituyen una pareja, siendo transferidos el embrión o embriones al útero de esa mujer.

Artículo 8. **De la fecundación in-vitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina heteróloga.** Se entiende por fecundación in-vitro y transferencia de embriones o fecundación humana extrauterina heteróloga, cuando:

- a. La fecundación del óvulo de la mujer que conforma una pareja con su marido, se realiza con semen de un tercero.
- b. Cuando el óvulo que se fecunda corresponda a otra mujer diferente a la que conforma la pareja con su marido.
- c. Cuando tanto el semen como el óvulo que se utilizan para la fecundación de la mujer que conforma una pareja con su marido, corresponden a terceros.

PARAGRAFO PRIMERO: En cualesquiera de las situaciones contempladas en los literales a, b y c del presente artículo, el embrión o embriones fecundados serán transferidos al útero de la mujer que conforma una pareja con su marido.

PARAGRAFO SEGUNDO: Para todos los efectos legales, se considera pareja, la conformada por un hombre y una mujer, unidos por matrimonio o en unión marital de hecho.

Artículo 9. **De la inseminación artificial matrimonial.** La inseminación artificial se denominará matrimonial cuando se practique mediante la utilización de los gametos que aporten los cónyuges.

Artículo 10. **De la inseminación artificial extramatrimonial.** La inseminación artificial se denominará extramatrimonial cuando se practique mediante la utilización de los gametos que aporten los compañeros permanentes.

Artículo 11. **De la fecundación in-vitro con transferencia de embriones matrimonial.** La fecundación in-vitro con transferencia de embriones se denominará matrimonial si ambos gametos provienen de la pareja conformada por los esposos.

Artículo 12. **De la fecundación in-vitro con transferencia de embriones extramatrimonial.** La fecundación in-vitro con transferencia de embriones se denominará extramatrimonial cuando los gametos los aporten la pareja conformada por los compañeros permanentes.

PARAGRAFO: En el evento de que se practique la inseminación artificial y la fertilización in.vitro con transferencia de embriones heteróloga, si la pareja se encuentra unida en matrimonio siempre que medie el consentimiento de los cónyuges, la inseminación artificial y la fertilización in-vitro con transferencia de embriones se denominará para todos los efectos legales matrimonial, en caso de que la pareja se encuentre unida por unión marital de hecho se denominará extramatrimonial.

Artículo 13. **Aportantes de gametos.** Aportante de gametos, es la persona que permite a una institución autorizada por el Ministerio de Salud, la obtención y utilización subsecuente de gametos de manera exclusiva en técnicas científicas de procreación humana, con su cónyuge o compañero permanente.

Artículo 14. **Depositante de gametos.** Depositante de gametos, es la persona que permite a una institución autorizada por el Ministerio de Salud, la obtención de los gametos para ser conservados, con el fin de que sean aplicados, de manera exclusiva y mediante técnicas de procreación humana asistida, a su cónyuge o compañera permanente.

Artículo 15. **Donante de gametos.** Donante de gametos, es la persona que permite a una institución autorizada por el Ministerio de Salud, la obtención y utilización de sus gametos con el fin de aplicar las técnicas referidas a otras personas seleccionadas por esa institución.

Artículo 16. **De la receptora.** Receptora es la mujer que se somete a la aplicación de las técnicas de procreación humana con asistencia científica.

Artículo 17. **Regla Primera.** Las técnicas de procreación humana asistida se realizarán solamente cuando las posibilidades de éxito sean científicamente razonables y no supongan riesgo grave o desproporcionado para la vida o la salud de la descendencia, de la madre o ambos.

PARÁGRAFO: Las instituciones autorizadas por el Ministerio de Salud deben prestar siempre una adecuada asistencia médica y psicológica a la pareja heterosexual, tanto antes y durante, como después de la aplicación de las técnicas de procreación humana con asistencia científica, independientemente del resultado de su utilización.

Artículo 18. **Regla Segunda.** La finalidad exclusiva de la actuación médica en técnicas de procreación humana asistida, es colaborar a la solución de la comprobada infertilidad o esterilidad de uno de los miembros de la pareja heterosexual o de ambos, cuando aquellas estén científicamente indicadas y después de haber descartado otras terapias que hayan demostrado ser ineficaces.

Artículo 19. **Regla Tercera.** La aplicación de las técnicas de procreación humana asistida se harán mediante el consentimiento de la mujer y de su marido y serán administradas bajo la responsabilidad del médico. El consentimiento será dado en forma escrita, clara y explícita.

Artículo 20. **Regla Cuarta.** Para que la pareja heterosexual exprese libremente e idóneamente su consentimiento, las técnicas de procreación humana asistida se aplicarán sólo después de garantizarles plenamente el derecho a ser informados y asesorados suficientemente sobre los distintos aspectos del procedimiento que se aplicará, sus beneficios, consecuencias, resultados y riesgos actuales y futuros. La información contendrá necesariamente también las consideraciones de carácter genético, moral, jurídico, ético y económico que se relacionan con las técnicas de procreación humana asistida.

Artículo 21. **Regla Quinta.** Las técnicas de procreación humana asistida, sólo podrán practicarse en instituciones médicas constituidas como personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, reconocidas por el Ministerio de Salud, previo concepto de la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida, que incluyan dentro de sus estatutos, como todo o parte de su objeto, la investigación, diagnóstico, y tratamiento médico-científico de la esterilidad o infertilidad humana, que cuenten con el personal científico idóneo para desarrollar adecuadamente las técnicas de procreación humana asistida y para prestar la necesaria atención a las parejas heterosexuales usuarias y que dispongan de la adecuada infraestructura técnica, física y administrativa.

Artículo 22. **Regla Sexta.** Las técnicas de procreación humana asistida sólo deben utilizarse como medio terapéutico por expresa indicación médica previo concepto favorable del Comité Ético de la institución. Las diferencias de criterios entre el médico y este Comité serán resueltas mediante concepto de la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida.

El Comité Ético Científico adoptará las decisiones terapéuticas y de asistencia indicadas en la presente ley, de conformidad con los criterios y orientaciones del Gobierno nacional y de la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida.

PARÁGRAFO PRIMERO: El Gobierno Nacional, oído el concepto de la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida, reglamentará los requisitos técnico-científicos que deberán reunir las instituciones para ser autorizadas.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El Ministerio de Salud, previo concepto favorable de la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida, concederá la autorización para el funcionamiento de las instituciones que aplicarán las técnicas de procreación humana asistida por un término inicial de tres años, con renovaciones periódicas cada dos años. El Ministerio de Salud conserva la facultad de suspender o cancelar la autorización en los casos previstos en la presente Ley.

PARÁGRAFO TERCERO: Los establecimientos ya constituidos antes de la vigencia de la presente ley, deberán acreditar los mismos requisitos que se les exija a los que se funden con posterioridad.

Artículo 23. **Regla Séptima.** Quien done gametos para efectos de la aplicación de técnicas de procreación humana asistida, perderá todos los derechos civiles, penales y de familia que pudiera accionar.

Artículo 24. **Regla Octava.** Pueden ser aportantes, depositantes o receptoras, las personas plenamente capaces para consentir jurídicamente. Sus condiciones sicofísicas deberán cumplir los requisitos exigidos en un protocolo obligatorio de evaluación, determinado por el Ministerio de Salud, previas recomendaciones de la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida. En la elaboración del protocolo se hará énfasis en la prevención de enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas transmisibles.

El Comité Científico, evaluará el cumplimiento de los requisitos establecidos en el protocolo. En caso de no ser satisfecho alguno de los requisitos, las personas aspirantes a aportantes o depositantes y las parejas solicitantes serán descartadas.

Artículo 25. **Regla Novena.** En ningún caso será revelada la identidad de los donantes de gametos, de la mujer receptora y del marido.

PARÁGRAFO PRIMERO: Habrá lugar a la excepción del secreto, en caso de que el hijo desee conocer sus antecedentes genéticos y en el evento de establecer la legitimidad del hijo mediante impugnación civil por parte de uno de los miembros de la pareja. En este caso, se autoriza al médico o al representante legal de la institución legalmente constituida, para que revele la existencia de la procreación humana asistida, la identidad de la mujer, de su marido, del donante y la existencia del consentimiento.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Las instituciones debidamente autorizadas para la práctica de las técnicas de procreación humana asistida, deberán mantener en un archivo secreto los expedientes numerados que contengan las informaciones relativas a la identidad y a las condiciones psicofísicas de los beneficiarios de las técnicas de procreación humana asistida. En cada expediente se conservarán los documentos relativos al consentimiento de quienes deban otorgarlo según los términos establecidos en la presente ley.

PARÁGRAFO TERCERO: En caso de cese de funcionamiento de la institución autorizada para la práctica de técnicas de procreación humana asistida, las informaciones de que trata el presente artículo se remitirán al Ministerio de Salud.

Artículo 26. **Regla Décima.** El aporte y el depósito de gametos en ningún caso podrán tener carácter lucrativo o comercial.

TITULO III

DE LA DISPOSICIÓN DE GAMETOS

Artículo 27. El aportante dispone de sus gametos para la utilización exclusiva en su pareja. La utilización en contra de esta finalidad por parte de la institución autorizada, será sancionada con la cancelación definitiva de la autorización, además de las sanciones a que hubiere lugar, previstas en esta Ley.

La institución receptora, sólo podrá utilizar los gametos en proyectos de investigación autorizados dentro de los límites establecidos en la presente Ley, por la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida en los siguientes casos:

- a. Cuando el aportante expresamente autorice a las instituciones a disponer de ellos.
- b. Cuando dentro de los cinco años siguientes, los aportantes no se hayan sometido a las técnicas de procreación humana asistida.
- c. Cuando el aportante fallece antes de los cinco años contados a partir de la fecha del aporte de sus gametos y no dispuso de su utilización en las formas previstas por la presente Ley.
- d. Cuando antes de cinco años contados a partir de la fecha del aporte de los gametos, se produzca la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación legal.

TITULO IV

DE LOS BENEFICIARIOS

Artículo 28. Únicamente podrán considerarse como beneficiarios de las técnicas de procreación humana asistida, las parejas heterosexuales mayores, cuya edad no conlleve riesgos para el proceso de gestación o la salud y formación integral del nuevo ser, plenamente capaces de consentir jurídicamente, en óptimas condiciones psicofísicas evaluadas conforme al Protocolo de que trata la presente Ley, que estén unidas por vínculo del matrimonio o por unión marital de hecho. En ambos casos, la aplicación de las técnicas de procreación humana asistida, no podrá iniciarse antes de haber transcurrido dos años de convivencia.

PARÁGRAFO: La Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida fijará la edad máxima para que las personas puedan beneficiarse de las técnicas de procreación humana asistida.

Artículo 29. La convivencia de la pareja se acreditará con el registro civil de matrimonio o conforme a lo dispuesto en la Ley 54 de 1990 para la unión marital de hecho, o de acuerdo a lo establecido en la normatividad vigente según el caso.

PARÁGRAFO: En tratándose de la unión marital de hecho, el término para la aplicación de la Ley 54 de 1990, podrá transcurrir simultáneamente con el establecido en el artículo anterior.

TITULO V

DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Artículo 30. La aplicación de las técnicas de procreación humana asistida requiere del consentimiento informado, previo, libre y consciente de la pareja heterosexual, expresado por escrito.

PARÁGRAFO:

Con el fin de obtener el consentimiento informado, previo al inicio de la aplicación de las técnicas de procreación humana asistida, se deberá diligenciar un protocolo común para todas las instituciones autorizadas de Colombia, promulgado por el Ministerio de Salud, atendidas las recomendaciones de la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida, en el cual se incorporarán todas las circunstancias que definen la aplicación de aquellas.

Deberán consignarse en historias clínicas individuales, las cuales serán tratadas con la reserva y el secreto profesional debidos.

Antes de obtenerse la unión de gametos, los beneficiarios de estas técnicas podrán solicitar la suspensión de estos procedimientos, petición que deberá atenderse.

TITULO VI

DE LA FILIACION

Artículo 31. No podrá por ningún medio establecerse la filiación entre el donante de gametos y la persona nacida como consecuencia de la práctica de técnicas de procreación humana asistida.

Artículo 32. La maternidad matrimonial o extramatrimonial del hijo nacido como consecuencia de la práctica de técnicas de procreación humana asistida, se determina por el hecho del parto, pero, podrá ser impugnada solamente cuando faltare el consentimiento de que trata la presente Ley.

Artículo 33. La paternidad del hijo nacido mediante la práctica de las técnicas de procreación humana asistida realizadas en la mujer casada o compañera permanente, sólo podrá impugnarse por el marido mismo o compañero permanente, si prueba la ausencia del consentimiento de que trata la presente Ley.

Artículo 34. Los hijos nacidos mediante las técnicas de procreación humana asistida establecidas en esta Ley y practicadas con el consentimiento de los cónyuges o los compañeros permanentes, se tienen como hijo del esposo o compañero permanente.

Artículo 35. Los hijos habidos mediante las técnicas de procreación humana asistida son legítimos si la pareja está unida en matrimonio, en caso contrario serán extramatrimoniales.

TITULO VII

DEL PARENTESCO, EXISTENCIA BIOLÓGICA Y LEGAL Y LEGITIMIDAD DEL HIJO CONCEBIDO EN CASO DE ASISTENCIA CIENTÍFICA.

Artículo 36. El artículo 36 del Código Civil quedará así:

Artículos 36. El parentesco de consanguinidad es legítimo o extramatrimonial. Cuando se trate de inseminación artificial o de fertilización in-vitro y transferencia de embriones, para la determinación del parentesco se procederá de la siguiente manera:

Cuando una pareja utilice para la procreación los métodos científicos de la inseminación artificial o fertilización in-vitro y transferencia de embriones, si es con gameto de marido y de la mujer y si están unidos en matrimonio, el hijo será legítimo y si es por unión marital de hecho, el hijo será extramatrimonial.

PARÁGRAFO: Cuando la inseminación artificial o fertilización in-vitro y transferencia de embriones se realice con gameto del marido y gameto femenino de un tercero o con gameto masculino de un tercero y gameto femenino de la mujer que conforma una pareja, el parentesco de consanguinidad se predica únicamente del aportante del gameto que conforma dicha pareja. No obstante, si están unidos en matrimonio el hijo será legítimo, en caso contrario el hijo será extramatrimonial.

Artículo 37. El artículo 50 del Código Civil quedará así:

Artículo 50. Parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.

Habrá también parentesco civil en el caso del hijo concebido por la mujer que conforma una pareja con su marido, mediante inseminación artificial o fertilización in-vitro y transferencia de embriones heteróloga, cuando tanto los gametos masculinos y femeninos corresponden a terceros, siempre que en uno u otro supuesto haya mediado consentimiento expreso de la pareja.

Estimase que entre la pareja y el concebido existen relaciones entre sí, de padre, madre y de hijo. Si la pareja está unida en matrimonio el hijo será legítimo, en caso contrario será extramatrimonial.

Artículo 213. El hijo concebido naturalmente o con asistencia científica homóloga o heteróloga durante el matrimonio de sus padres será legítimo para todos los efectos legales.

TITULO VIII

DE LA MATERNIDAD DE LA MUJER SOLTERA ANTE LOS METODOS CIENTÍFICOS DE PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA.

Artículo 40. La mujer soltera y con patología irreversible y en edad reproductiva, podrá acudir a las instituciones autorizadas para la práctica de procreación humana asistida con el propósito de concebir un hijo. Cuando hubiese lugar a ello la interesada se someterá a las normas que regulan esta materia y su hijo será extramatrimonial quien llevará únicamente sus apellidos.

TITULO IX

DE LA PROCREACIÓN POSTUMA

Artículo 41. Con la finalidad de garantizar el derecho de los niños a tener una familia, queda prohibida la aplicación de las técnicas de procreación humana asistida a las mujeres cuyo esposo o compañero permanente falleciere antes de la aplicación de ellas y aunque ya se hubiere cumplido el paso correspondiente al depósito o aporte de los gametos del esposo o compañero permanente.

PARÁGRAFO PRIMERO: Exceptuase lo preceptuado en el presente artículo, en el evento de que le sobreviniere la muerte al marido o compañero permanente y ya se hubiere realizado la fecundación respectiva, el embrión deberá implantarse a la viuda o compañera supérstite.

El hijo así concebido generará los mismo efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial o extramatrimonial y tendrá todos los derechos que la ley civil vigente consagra.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Respecto del hijo póstumo nacido mediante las técnicas de procreación humana asistida no se aplicará la presunción de derecho sobre la fecha probable de la concepción que consagra el artículo 92 del Código Civil.

PARÁGRAFO TERCERO: En caso de que falleciere la esposa o compañera permanente y ya se hubiere realizado la fecundación, se aplicarán respecto del embrión las disposiciones que contempla la presente Ley sobre adopción de embriones.

Artículo 42. La mujer que se someta a las prácticas de procreación humana asistida contraviniendo lo dispuesto en el artículo anterior de la presente Ley, será privada del usufructo y administración de los bienes del hijo mediante sentencia que preferirá el juez competente con conocimiento de causa, además de las sanciones a que hubiere lugar previstas en esta Ley para las personas y las instituciones en donde se realice este procedimiento.

TITULO X

DE LA ADOPCIÓN DE EMBRIONES

Artículo 43. La institución legalmente constituida para aplicar las prácticas de procreación humana asistida, estará autorizada para dar en adopción a los embriones fecundados a las parejas determinadas en la presente Ley, con patologías de

infecundidad e infertilidad para concebir un hijo por los métodos naturales de procreación, en los siguientes casos:

- a. Cuando el embrión se encuentre disponible en la institución autorizada por la Ley, en el evento de que aconteciere lo preceptuado en el párrafo tercero del artículo 41 de la presente Ley.
- b. Cuando una vez realizada la fecundación, no obstante, de encontrarse el embrión apto para ser implantado, un miembro de la pareja o ambos se abstienen de continuar con la práctica médica científica y proceden a revocar el consentimiento. En este caso la institución respectiva procederá a dar el embrión en adopción, previo el lleno de los requisitos médico- científicos que establecerá la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida.

PARÁGRAFO: En el evento en que se presente las situaciones contempladas en este artículo, tanto la institución como la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida observarán lo dispuesto en la normatividad legal vigente en materia de adopción.

TITULO XI

DE LA COMISION NACIONAL DE PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA

Artículo 44. Créase la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida, como organismo de carácter privado y cuerpo consultivo de Gobierno Nacional, que estará integrado por:

- a. El Presidente del Tribunal Nacional de Etica Médica o su Delegado.
- b. El Presidente de la Federación Colombiana de Genética o quien haga sus veces o su Delegado.
- c. El Presidente de la Federación Colombiana de Sociedades de Ginecología y Obstetricia o su delegado.
- d. El Presidente de la Federación Colombiana de Infertilidad y Esterilidad o su Delegado.
- e. Un Representante de las instituciones autorizadas para llevar a cabo las técnicas de procreación humana asistida.
- f. Dos Representantes de las Facultades de Medicina, uno de ellos elegido por la Asamblea de ASCOFAME y el otro elegido por la Asamblea de Delegado de las Universidades Públicas.
- g. Un Representante del Consejo Superior de Instituciones Médicas.

Artículo 45. Serán funciones de la Comisión Nacional de Procreación Humana Asistida las siguientes:

- a. Proponer al Gobierno Nacional la reglamentación de las normas científicas, técnicas, éticas y jurídicas que deban cumplir las instituciones que soliciten la autorización para la práctica de la procreación humana asistida.

- b. Determinar la aplicación de las pautas científicas generales que garanticen que las técnicas de procreación humana asistida se desarrollen dentro de los principios y postulados de la presente Ley.
- c. Velar por la protección y conservación de embriones.
- d. Determinar los requisitos para la aplicación de la protección humana asistida.
- e. Promover la actualización, capacitación e investigación en el campo de la genética a los profesionales que practiquen las técnicas científicas de procreación humana asistida.
- f. Velar para que las técnicas de procreación humana asistida se apliquen dentro de los postulados de la ética profesional.
- g. Expedir su propio reglamento.
- h. Las demás que la señale la ley o el reglamento.

TITULO XII

DE LAS PROHIBICIONES

Artículo 4. Se prohíbe la manipulación genética de embriones en laboratorio con fines diferentes a la procreación humana asistida.

Se prohíbe igualmente:

- a. Obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin.
- b. Mantener in-vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados, por lo menos hasta cuando la ciencia pueda asegurar razonablemente que un plazo mayor no perjudica al embrión.
- c. Comerciar con preembriones o con sus células, así como su importación y exportación.
- d. Utilizar preembriones con fines cosméticos y semejantes.
- e. Transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad.
- f. La discriminación de las personas en función de su patrimonio genético.
- g. La selección o elección del sexo.
- h. La maternidad por encargo, alquiler o subrogación de vientres.
- i. La clonación

- j. La transferencia de gametos o preembriones humanos o gestación de un embrión humano en el útero de un animal o a la inversa.
- k. La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro tipo de procedimiento dirigido a producir quimeras.
- l. La transferencia al útero en un mismo tiempo de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres.
- m. La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fuere.
- n. La gestación de embriones humanos en un útero artificial.
- o. La partenogénesis.
- p. Los ciborgs
- q. Las investigaciones o experimentaciones que no se ajusten a los términos de la presente Ley o de las normas que la desarrollen.

Artículo 47. Se prohíbe al médico responsable de las instituciones que consagra la presente Ley y a los integrantes del equipo multidisciplinario que en ella preste servicios, participen como aportantes, depositantes o donantes de los programas de procreación humana asistida.

TITULO XII

DEL GENOMA HUMANO DE GRUPOS ÉTNICOS COLOMBIANOS

Artículo 48. Se prohíbe sacar de Colombia, patentar, constituir, comercializar, apropiarse, explotar o transferir derechos de propiedad intelectual sobre el genoma humano o productos de la manipulación genética de los grupos que conforman nuestra diversidad étnica, hasta tanto exista una reglamentación étnica y jurídica que garantice los derechos fundamentales de los mismos. teniendo en cuenta los beneficios que recibirá el país, para beneficio de la sociedad y especialmente de las comunidades que fueron objeto de las investigaciones genéticas.

Artículo 49. Créase un Comité Interinstitucional integrado por: El Procurador General de la Nación o su Delegado, el Defensor del Pueblo o su Delegado, Un Delegado Indígena designado por la Mesa de Concertación de los Pueblos Indígenas o el Organismo que haga sus veces, un Delegado de la Consultiva de Alto Nivel de las comunidades negras y los Senadores y Representantes Indígenas, con las funciones de realizar un inventario de las investigaciones sobre recursos genéticos humanos en grupos étnicos y productos de la manipulación genética que se han desarrollado y obtenido hasta la fecha en

Colombia, su estado actual, seguimiento, financiación, el número de muestras recogidas, su ubicación y solicitudes de derechos de propiedad intelectual.

PARÁGRAFO: El Comité Interinstitucional a que hace referencia el presente artículo, igualmente deberá examinar e iniciar las acciones posibles ante las instancias internacionales para lograr la repatriación de las muestras y resultados de dichas investigaciones, así como las posibles indemnizaciones que correspondan y el retiro de solicitudes de patentes, si fuere el caso.

TITULO XIII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 50. El Gobierno Nacional podrá crear y reglamentar Bancos de Gametos con el objeto de aplicar y controlar las técnicas de procreación humana asistida, ordenando la realización de los estudios pertinentes, las medidas administrativas que hayan de tomarse y la consecución de la financiación a fin de obtener los recursos para estos propósitos.

PARÁGRAFO: El Gobierno Nacional reglamentará los Bancos de Gametos existentes con el propósito de que se ciñan al ordenamiento jurídico.

Artículo 51. La presente Ley rige a partir del día siguiente a su publicación en el Diario Oficial y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

**MIGUEL PINEDO VIDAL
SENADOR DE LA REPUBLICA**

BIBLIOGRAFÍA

- ARDILA, Luz Emilia. Inseminación Artificial frente a la ley penal colombiana. Bogotá, 1996.
- ARSON DE GLINBERG, Gloria Hilda. Algunos conceptos del derecho en la nueva genética. En revista Doctrina y Jurisprudencia, colegio de abogados Departamento Judicial Lomas de Zamora, número 25.
- BERNARD, Dickens Legal aspects of surrogate motherhood Uk, 1987. P. 2-7
- CANCINO GONZALEZ, Emilssen. Los retos jurídicos de la genética. Bogotá. 1995
- CAMPUZANO, Tome. Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación. España, 1985
- CENTRO COLOMBIANO DE FERTILIDAD Y ESTERILIDAD –Cecolfes- Programa de Fertilización In-Vitro y Transferencia de Embrionaria. Director: Dr. Elkin Lucena.
- CORTES, Jesús Eduardo. Contrato de reproducción asistida. Bogotá.1993.
- CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-04/98. Ref Expediente D-1722.Mg. Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, marzo 28 de 1984. Mg. Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén. GJ. 2415,
- _____. Febrero 3 de 1998. Mg. Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta. Ref: Expediente No. 5000.
- _____. Diciembre 1 de 1982. Mg. Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén. G.J. 2406
- _____. Febrero 3 de 1998. Mg. Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta. Ref: Expediente No. 5000.
- _____. Diciembre 1 de 1982. Mg. Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén. G.J. 2406.
- _____. Diciembre 1 de 1982. Mg. Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén. G.J. 2406
- _____. Junio 9 de 1970. Mg. Ponente Dr. Ernesto Cediél Angel. G.J. 2326, 2327, 2328.

_____. Marzo 28 de 1984. Mg. Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén. GJ. 2415,

_____. Septiembre de 1978. Mg. Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga. GJ. 2399,

_____. Sentencia No. 6188. Magistrado Ponente Dr. Jorge Santos Ballesteros.. Sala de Casación Civil y Agraria. Marzo 10 del 2.000.

CORDOBA, Ana María. Inseminación provocada por medios artificiales, fecundación extrauterina y transferencia embrionaria: Ubicación general y situación jurídica. Bogotá. 1983.

ENGIER, Natalie. El útero artificial en gestación. Diario El Tiempo, lecturas dominicales. 5 de diciembre de 1999.

ESTRADA, Adriana y FERRO, Alejandro. Actualidad de la fecundación in vitro en Costa Rica. Aspectos éticos y legales, 1998.

FERNANDEZ, Javier. Diez palabras clave en Bioética, 1993.

FORERO, Jazmín. Maternidad Sustituta o Gestión de Sustitución. Bogotá, 1998.

GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos, 1984,.

GOMEZ VILA, Marcela. Biojurídica: La nueva genética ante el derecho, España, 1989.

GONZALEZ, Felipe. La inseminación artificial de la mujer, ante el derecho mexicano". México, 1961.

GROSMAN, Cecilia P. Acción de impugnación de la paternidad del marido. Buenos Aires: Abaco, 1982.

IGLESIAS, M. Aborto, eutanasia, fecundación artificial. Ilustraciones y publicaciones Rovira Brull. Barcelona, 1954.

JIMENEZ, Julia. Inseminación artificial y derecho a la identidad. Bogotá, 1996.

JOSSERAND. Cours de droit civil. T. 1 Num. 1039.

LACADENA, Juan José. La fecundación artificial ciencia y ética. España. 1985.

LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de familia. Bogotá, 1979

LEON FEIT, Pedro. Distintos Aspectos del Problema de la inseminación artificial en seres humanos. Argentina. Pag 55.

MEJIA ECHEVERRI, Rosa María, La maternidad sustituta: consecuencias jurídicas. Bogotá, 1981.

MONGE SANCHEZ, Fernando. Persona humana y procreación artificial. España, 1988.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia y de menores. Bogotá, 1997.

MORA, Publio Ernesto. Aspectos jurídicos del contrato de locación de vientres, 1995.

MORENO, Nelson Eduardo. La maternidad sustituta o subrogada". Bogotá, 1993.

MORO, María Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. España, 1988.

MOSQUERA CASAS, María Dolores. Fertilización terapéutica: inseminación artificial: incidencias en el derecho. Bogotá, 1979

MORETTI, Jean Marie y DE DINECTIN, Oliver. El desafío genético, manipulaciones, diagnóstico precoz, inseminación, contracepción. Barcelona, 1985.

NICHOLSON, Roberto. Aspectos éticos de la fertilización asistida. Revista Ginecología y Reproducción. Septiembre de 1992, Volumen 3 No. 3,

NOEL P., Keane y DENNIS L., Breo, The Surrogate Mother New York. 1981.

PARRA HINCAPIE, Carlos Alberto. El arrendamiento del útero. Bogotá, 1996.

PERIÓDICO El Mundo. Domingo 28 de marzo de 1999. USA

PETIT, Eugene. Tratado elemental de derecho romano. Abogados Asociados Editores. Novena Edición.

PINZON PINZON, Pedro Hugo. La filiación frente a la inseminación artificial. Bogotá, 1988.

ROA, Jorge Alberto. Reproducción humana asistida: aspectos socio- jurídicos, detracción de embriones y aborto. Bogotá, 1995.

SANTOS, Angel. Instrumentación genética. España, 1987.

SOTO LAMADRID, Miguel Angel: Bióngenética, filiación y delito. Buenos Aires: Astrea, 1990.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Sucesiones". Bogotá, 1996.

SUESCUN ALVAREZ, Oscar. Aspectos de la inseminación artificial humana que plantea conflictos jurídicos en el sistema normativo colombiano. Bogotá, 1986

SGRECCIA, Elio. Manual de bioética e inseminación artificial. México, 1996.

SCHMIDT HOTT, Claudia. Fundamentos del Anteproyecto: Estudio de la Preceptiva Legal. Chile. 1994.

THE ROYAL WOMEN'S HOSPITAL QUEEN VICTORIA MEDICAL CENTER. Técnicas de Fertilización in Vitro. Bogotá, 1987

TIBAQUIRA, Ofelia Pilar. Técnicas de concepción artificial. Bogotá.1996

TOFT, Michel. El deseo frío: procreación artificial y crisis de las referencias simbólicas. Argentina. 1994.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sala de Familia- 2 de agosto de 1994.

VALENCIA, Arturo: Derecho Civil- Derecho de familia. Bogotá: Editorial Temis, sexta edición, 1988.

VEGA, Ana María. El derecho a un hijo; la procreación asistida como medicina del deseo. España. 1996.

_____. Los derechos reproductivos y sus interpretaciones. España. 1997.

ZANNONI, Eduardo A. Inseminación artificial y fecundación extrauterina: proyecciones jurídicas. Argentina. 1978

Web Sites:

www.vidahumana.org/index.html

http://www.ipgri.cgiar.org/training/exsitu/web/arr_crioconservacion.htm

www.bioeticaweb.com

www.usuarios.arnet.com.ar

www.infojuridicas.unam.mx

www.materbaby.com.br

www.rtve.es/tve/program/docuesp/vientres.htm

<http://www.reproduccion.com.mx/insem.html>

www.elprofe.cl

http://publicaciones.derecho.org/cubalex/N%BA_05_Jul-Sept_1998/7

www.minsalud.gov.co

<http://www.unav.es/bioetica/dbcapo18c.html>

www.embrios.com

<http://www.uaca.ac.cr/acta/1997may/carlos01.htm>

www.drscope.com

http://cerezo.pntic.mec.es/~j/acaden/webmec11/repro_human00.html

Normas

Constitución política de Colombia.

Código Civil

Código penal

Ley 57 de 1887

Ley 153 de 1887

Ley 45 de 1936

Ley 75 de 1968

Ley 1 de 1976

Ley 29 de 1982

Ley 559 de 1999

Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor)

Decreto 1546 de 1998

Resolución 3199 de 1998