

EL CONSENTIMIENTO FRENTE A LA FILIACION EN COLOMBIA

NATALIA ANDREA ARRIETA MONTOYA

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
NEIVA - HUILA
2013**

**¿CÓMO ES LA APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA FILIACION
EN COLOMBIA?**

NATALIA ANDREA ARRIETA MONTOYA

**Monografía de Grado presentada como requisito para optar al título de
Abogada**

**Tutor:
Abg. RICARDO MONCALEANO PERDOMO
Abogado Especialista en Derecho Procesal, Derecho Administrativo y
Constitucional**

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DERECHO
NEIVA - HUILA
2013**

Nota de Aceptación

Firma presidente del jurado

Firma de jurado

Firma de jurado

Neiva, Abril de 2013

OBJETIVOS

Objetivo general

Determinar si se generan efectos jurídicos cuando existen vicios del consentimiento en la procreación.

Objetivos específicos

- ❖ Determinar la afectación que puede tener el acto jurídico de la filiación ante la presencia de vicios en el consentimiento.

- ❖ Analizar las herramientas procesales que dan lugar a la declaratoria de nulidad del nexo filial afectado por vicios en el consentimiento. (Impugnación por parte de uno de los padres).

- ❖ Plantear el conflicto que existe entre los derechos de los menores y los derechos de uno de los padres en el acto de la impugnación cuando se presenta una filiación viciada.

METODOLOGIA

Teniendo en cuenta la problemática que se abordó, se consideró que el enfoque más adecuado para desarrollar la investigación era de carácter analítico - descriptivo, ya que comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de las diferentes sentencias y postulados doctrinales. Se estudió el análisis de los puntos y aspectos más relevantes del tema.

Desde luego se realizó un enfoque **cualitativo**, y se pretendió analizar los puntos, interpretaciones, normas, leyes, doctrina y jurisprudencia que contiene el tema del consentimiento en la filiación en Colombia, explicando la situación actual y real desde diferentes aspectos de relevancia como e jurídico, jurisprudencial y social.

En cuanto al **tipo de investigación** se utilizó la descriptiva – explicativa, pues resultó perfecta para establecer la situación real de un tema tan importante como es la filiación, cuando hay vicios del consentimiento en la procreación en la sociedad colombiana. Las investigaciones descriptivas tienen como objetivo determinar el impacto de un fenómeno de un grupo social, así se pudo medir, analizar y evaluar los diferentes componentes que conforman el fenómeno objeto de estudio.

Para ello las **categorías de análisis** que se tomaron en cuenta fueron: los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil Familia, los conceptos doctrinales más relevantes respecto de la filiación, cómo se puede ver viciado el consentimiento en el momento de la procreación y las nuevas técnicas de reproducción asistida.

CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN - - - - -	1
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO- - - - -	3
3. MARCO TEORICO - - - - -	4
3.1. NOCIONES TEORICAS- - - - -	4
3. 1. a. FILIACION - - - - -	4
3. 1. b. CONSENTIMIENTO- - - - -	6
3. 1. c. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO- - - - -	9
3. 1. d. FILIACIÓN LEGÍTIMA (MATRIMONIAL)- - - - -	12
3. 1. e. FILIACIÓN LEGITIMADA - - - - -	21
3. 1. e. 1. CLASES DE LEGITIMACIÓN- - - - -	21
3. 1. e.1.1 Legitimación Ipso Jure- - - - -	21
3. 1. e.1.2. Legitimación Voluntaria - - - - -	25
3. 1. e.1.2.a. <i>Notificación al Legitimado</i> - - - - -	26

3. 1. e.1.2.b. <i>Aceptación o Repudio de la Legitimación</i> - - - - -	27
3. 1. e.1.3. Judicial- - - - -	27
3. 1. f. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL- - - - -	28
3. 1. f. 1. Formas de Establecerla - - - - -	30
3. 1. f. 1. a. <i>Reconocimiento Voluntario</i> - - - - -	30
3. 1. f. 1. b. <i>Investigación Judicial</i> - - - - -	31
3. 1. g. LEGITIMACIÓN- - - - -	32
3. 1. g.1. Impugnación De La Legitimación- - - - -	33
3. 1. g.2. Causales De Impugnación De La Legitimación - - -	33
3. 1. g. 2. a. <i>Impugnación de la paternidad y la maternidad</i> - - - - - -	33
3. 1. h. CONCEPTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL- - - - -	37
3. 1. h. 1. Hijos Extramatrimoniales De Mujer Casada- - - - -	38
3. 1. h. 2. Reconocimiento Voluntario De La Paternidad Extramatrimonial - - - - -	39
3. 1. h. 3. Forma De Reconocimiento- - - - -	40

3. 1. h. 3. a. <i>Efectos Del Reconocimiento</i> - - - - -	42
3. 1. h. 4. Impugnación Del Reconocimiento De Hijos Extramatrimoniales- - - - -	43
3. 1. i. JUEZ COMPETENTE EN JUICIOS DE FILIACIÓN DE PATERNIDAD O MATERNIDAD- - - - -	45
3. 1. i. 1. Reserva - - - - -	46
3. 1. i. 2. Partes en el Juicio de Filiación- - - - -	47
3. 1. i. 3. Efectos Patrimoniales de la Sentencia De Filiación Extramatrimonial - - - - -	47
3. 1. i. 4. Partes en el Proceso de Filiación - - - - -	48
3. 1. i. 5. Imprescriptibilidad de la acción de filiación - - - - -	49
3. 1. j. LA FAMILIA - - - - -	49
3. 1. j. 1. Naturaleza Jurídica - - - - -	51
3. 1. j. 2. Evolución legislativa y constitucional - - - - -	53
3. 2. FILIACIÓN EN COLOMBIA- - - - -	55
3. 3. LOS DERECHOS DE LA MUJER Y LA VOLUNTAD EN SU CONSENTIMIENTO- - - - -	67

3. 3. 1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-----	68
3. 3. 1. a. <i>Los derechos reproductivos</i> -----	69
3. 3. 1. b. <i>Los derechos sexuales</i> -----	69
3. 3. 2. LA SITUACIÓN DE LA MUJER CON RESPECTO A LA INTERVENCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO - Violación- - -	70
3. 3. 2. a. Intervención Voluntaria del Embarazo en menor de catorce años víctima de acceso carnal abusivo -----	75
3. 3. 3. DERECHO AL ACCESO A LA PLANIFICACIÓN FAMILIAR SIN CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE-----	77
3. 3. 4. EN MATERIA DE MATERNIDAD LEGITIMA E IMPUGNACIÓN-----	77
3. 3. 4. a. Contrato de Maternidad Sustituta o Subrogada- - -	78
3. 3. 4. b. Maternidad Legítima -----	84
3. 3. 4. c. Impugnación de la maternidad -----	86
3. 4. LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y LA VOLUNTAD EN SU CONSENTIMIENTO-----	88
3. 4. 1. EN MATERIA DE PATERNIDAD-----	88

3. 4. 1. a. Inseminación Artificial Homóloga- - - - -	89
3. 4. 1. b. Inseminación Artificial Heteróloga- - - - -	91
3. 4. 1. c. Impugnación de la Paternidad- - - - -	96
3. 4. 2. PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL - - - - -	104
3. 5. EL DERECHO A LA FILIACIÓN A UNA VERDADERA IDENTIDAD- - - - - -	107
3. 6.Y ENTONCES ¿DÓNDE QUEDAN LOS DERECHOS DEL MENOR? - - - - -	113
3. 7. EL CHOQUE DE DERECHOS QUE HAY ENTRE LOS “PADRES” E “HIJOS” - - - - -	122
3. 8. TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA- - - - -	127
4. CONCLUSIONES- - - - -	133
5. BIBLIOGRAFÍA - - - - -	141

¿CÓMO ES LA APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA FILIACION EN COLOMBIA?

1. INTRODUCCION

Ante la polémica que se suscita cuando la procreación es producto de violación, o de maniobras engañosas, y por tratarse de un nuevo ser que tiene derecho a una filiación, se abordó este trabajo con miras a postular una construcción teórica que permita tener en cuenta en el acto jurídico de la filiación, el error, la fuerza y el dolo, como vicios del consentimiento que son propios de la teoría del acto o negocio jurídico, ilustrada con el sonado caso internacional de la paternidad atribuida al tenista Boris Becker, como presunto padre de la menor Anne, producto de una relación sexual inusual, tratándose de sexo oral, medio no apto para la procreación, propio cuando no existe el deseo o la intención de tener hijos, y que fuera usado con maniobras dolosas para beneficio económico, que planteado a la luz del derecho colombiano pondría a prueba el sistema jurídico en lo que tiene que ver con la justicia, derechos fundamentales de los menores, el derecho procesal y el sustancial, cuando de dirimir esta clase de conflictos se trata, toda vez que desde la normatividad de familia y de menores, en materia de filiación la presencia de estos vicios son irrelevantes.

Este caso de Boris Becker, puso al descubierto que ya no era estrictamente la relación sexual y la causa biológica, la única explicación para establecer el proceso de filiación porque en la actualidad existe gran cantidad de procesos y procedimientos que se siguen en lo que tiene que ver con el nacimiento de un ser humano, que de todas maneras debe ser protegido.

Esta investigación estuvo orientada en lo fundamental a crear la inquietud de que en lo referente a la filiación y por ende al reconocimiento de un menor, todavía se mantiene, casi que intacta, la posición de que prima el criterio biológico y por ende, es bastante definitiva la prueba del ADN.

En consecuencia, no ha cambiado para el reconocimiento jurídico, muchos aspectos relacionados con el propio papel del derecho, la flexibilidad y la búsqueda de nuevas formas de resolver la problemática jurídica con un sentido universal, de tal manera que en cualquier país del mundo, la filiación, el reconocimiento y la defensa del niño, estén orientados a generar un derecho justo.

El presente trabajo de investigación se realiza con el propósito de formular un cambio en cuanto a la teoría vigente para el tema de la filiación como hecho jurídico en el cual la voluntad de las partes no es tenida en consideración para la determinación de los efectos tanto patrimoniales como familiares.

Es por ello entonces, que la principal pretensión que conduce esta investigación gira en torno a la aplicación de la teoría propia de los negocios jurídicos en cuanto al consentimiento para la existencia y la validez de la filiación, entendiendo entonces que pueden existir diferentes causales que permitan la declaratoria de los vínculos que unan a padres e hijos en aquellos casos en los cuales dicha relación se presente bajo ciertas circunstancias especiales, por ejemplo que la concepción del menor se produzca como fruto de una violación o por el contrario, sea el fruto de maniobras engañosas que traigan como consecuencia entonces la concepción de una nueva vida.

Así pues, se adelantará a continuación un proceso de investigación que permita elaborar una construcción teórica que haga posible dicha postulación en torno a la filiación y al consentimiento.

2. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

La investigación en este tema hace alusión a la falta de claridad con relación a la filiación y los vicios del consentimiento (el error, el dolo y la fuerza) y hasta dónde en Colombia existe la preparación suficiente a nivel jurídico para darle el mejor tratamiento a esta problemática, o si por el contrario, todavía hay situaciones en las cuales se presentan vacíos de carácter teórico y legislativo que es necesario clarificar para poder establecer cuál podría ser el resultado de un caso como el de Boris Becker, tratado por la legislación colombiana.

El problema jurídico que convoca en este momento se puede corroborar en los altos índices de abandono a menores (que se traduce en sustracción unilateral de las obligaciones legales hacia ellos) que se produce como consecuencia de concepciones en las cuales uno de los padres ha sido objeto de engaño o de coacción, para llevar a cabo el acto reproductivo, lo cual desemboca posteriormente en un abandono por cuanto no se está de acuerdo con el cumplimiento de obligaciones, fruto de una infracción a la auto determinación de la persona y una coacción a su libertad.

3. MARCO TEORICO

3.1. NOCIONES TEORICAS

3. 1. a. FILIACION

Según la Corte Constitucional Colombiana la filiación es “la relación que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado” concepto que plasmó en la sentencia T -488 DE 1999. Esta relación o vínculo que se crea entre ascendientes y descendientes, es de gran importancia pues determina el nacimiento de pluralidad de derechos y obligaciones para todos aquellos que se encuentren sujetos a la filiación.

A través de la jurisprudencia la Corte le da carácter de derecho fundamental porque la asocia directamente con el estado civil que es uno de los atributos de la personalidad, pasando la filiación a ser uno de estos. Convirtiéndose en un atributo de la personalidad, se constituye inmediatamente en un derecho fundamental, puesto que en el artículo 14 de la Constitución Política de Colombia se establece que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”

Establecer la verdadera y real filiación de una persona, está ligado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es por esta razón que todos, tanto los padres como los hijos pueden acudir y valerse de la justicia para establecer cuáles son sus vínculos filiales.

El derecho jurídico de la filiación se crea por un hecho natural o un acto jurídico. Con el fin de auscultar por la naturaleza jurídica de la esta, es necesario, en primer lugar tener claro qué debe considerarse como hecho y

acto jurídico, teniendo entonces que por cada uno de ellos se debe concebir lo siguiente:

HECHOS JURÍDICOS, Son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones.

Los acontecimientos carentes de trascendencia en el plano jurídico se denominan simples hechos y no le interesan al derecho.

CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS

a) Naturales: Son los que ocurren sin que tenga participación el hombre como por ejemplo la caída de un rayo origina un incendio en una casa que como estaba asegurada, genera la obligación de la compañía de seguros de pagar la indemnización.

b) Humanos: Son hechos jurídicos humanos (actos) aquellos en los que sí tiene intervención el hombre, con voluntad (celebración de un contrato) o sin ella (persona que se tropieza y al caer lesiona a otra).

c) Mixtos: Hechos que participa el hombre y la naturaleza por ejemplo la fecundación in - vitro, siempre que hay una mínima interferencia del hombre en el hecho natural, es automáticamente un hecho del hombre.

DIFERENCIA ENTRE HECHO Y ACTO JURÍDICO

Entre el hecho jurídico y el acto jurídico existe la diferencia que hay entre género y especie, el acto jurídico es una especie del genero hecho jurídico

por lo cual todo acto jurídico es también un hecho jurídico pero no todo hecho jurídico es un acto jurídico.

Además el acto jurídico tiene un fin inmediato o propósito querido por las partes que es el de producir un efecto jurídico, lo que no ocurre con el hecho jurídico cuyo efecto se produce porque la ley así lo dispone es decir que solo tiene relevancia jurídica en virtud de la ley.

ACTOS JURÍDICOS, Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

3. 1. b. CONSENTIMIENTO

Tras las precisiones anteriores, es necesario abordar entonces un importante eje temático de este proyecto de investigación, es decir, explorar por el asunto del consentimiento.

En cuanto a su definición, se tiene entonces en principio que puede concebirse como el concurso de voluntades presentes en la celebración de un negocio jurídico, sin embargo no es tan clara tal definición, puesto que si se hace una remisión por ejemplo al código civil, este se habrá de entender como una fuente de las obligaciones, mientras que a partir del Código Penal, este puede considerarse como un eximente de responsabilidad. Por ello entonces es conveniente adoptar la siguiente terminología:

“El precitado acuerdo o concurso de las voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones (y de los actos unipersonales complejos) es lo que específicamente se denomina en el léxico jurídico con la expresión consentimiento (del

latín cum sentire), que no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, sino también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer (*indem placitum*).

En el lenguaje vulgar, consentir también significa adherir unilateral y voluntariamente a algo, y en este sentido el artículo 1502 del Código Civil dice que “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”. De manera que, según esta acepción vulgar las voces consentimiento y voluntad son sinónimas, y es tal el imperio de su uso inveterado que, a sabiendas de incurrir en impropiedad técnica, los juristas cometen frecuentemente esta equivocación”.¹

En cuanto al deber de información, se ha de considerar este, puesto que define o no la voluntad de procreación y de posteriores filiaciones entre los individuos que tienen relaciones sexuales, es decir, es menester y obligación de las partes informar a quien tiene conocimiento carnal de ellos si es posible la procreación en sus encuentros sexuales, en cuanto a que es posible que se esté acudiendo a herramientas tales como el uso de anticonceptivos o diversos medios de planificación que en principio harían creer en la imposibilidad de generar vida en cada uno de ellos. En cuanto a lo que se habrá de tener entonces como deber de información, es necesario extraer este concepto de un contexto de índole civil y comercial, pues este se concibe dentro de la etapa precontractual de los negocios jurídicos, es decir,

¹OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y otro. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Edit. Temis 4ª Ed. actualizada. 1994, Págs. 144 y 145.

durante las denominadas tratativas del mismo y antes de llegarse a presentar el acuerdo real de voluntades.

En principio entonces y desde una perspectiva literal puede decirse que informar es enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión. La importancia de la cuestión, radica para cuando la falta de información determinó el consentimiento, entendiéndose ello en el sentido que, lo que no ha sido revelado ejerció una influencia tal sobre el contratante que, de haber conocido la información que no le fue comunicada (reticencia) o falseada, no hubiera concluido el contrato, o lo habría hecho bajo otras condiciones, más favorables, también es necesario tener de presente la siguiente consideración en cuanto al tema:

“El consentimiento raras veces se forma en el acto. Más bien suele ser la culminación de una serie de situaciones previas: conversaciones, tanteos, exploraciones, negociaciones preliminares; en definitiva, el término o resultado de un *iter* lento y a menudo costoso. Como es sabido, los más importantes contratos en materia civil y mercantil, los negocios más complejos que implican gravosos vínculos contractuales, tienen a menudo prolongados y laboriosos períodos preparatorios en los que se discute, proyecta y busca un entendimiento común [...] El *iter* preparatorio se intensifica o marca una dirección más profunda a medida que nos aproximamos a la existencia del conocimiento”².

² Disponible en Pedro Antonio Pérez García, *La información en la Contratación Privada*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, p. 190. Consultado el 10/10/2011.

Es por esto entonces, que dicho deber de información que se presenta en el ámbito contractual, debe trasladarse al ámbito de la concepción y la filiación, esto como muestra de lealtad y buena fe entre quienes se acceden de forma carnal sin la intención de que por ellos se genere la concepción, puesto que tal y como lo afirma Betti a continuación, es una muestra de lealtad entre las partes que habrán de adquirir obligaciones posteriores:

“Las partes que todavía no son deudor y acreedor, pero que están en el camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actividad que se exige aquí podría calificarse de lealtad de las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte”³

Queda claro entonces que resulta viable la incorporación de dicho deber de información con respecto a la filiación en cuanto debe manifestarse por las partes toda aquella circunstancia que pueda desencadenar en la posible concepción de un hijo y la posterior filiación.

3. 1. c. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Los vicios que afectan el consentimiento y que traen consecuencias jurídicas adversas para aquellos actos jurídicos producidos como consecuencia de ellos, así pues en palabras de la Corte Constitucional el acuerdo de voluntades se puede ver afectado de la siguiente manera:

³ Disponible en Emilio Betti, *Teoría General de las Obligaciones*, Trad. José Luis de los Mozos, T. V. p. 88 y 89, citado por Pérez García, *ibídem*, p. 191. Consultado el 11/10/2011.

“En virtud de la garantía de la autonomía de la voluntad privada y, también, de la garantía de la justicia en ese amplio campo de la actividad de las personas, el ordenamiento positivo exige que la manifestación de voluntad sea consciente y libre, esto es, que no esté afectada por irregularidades que genéricamente son denominadas en la ley y en la doctrina vicios del consentimiento, los cuales son error, fuerza y dolo (Art. 1508 del Código Civil).

La fuerza o violencia es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma.

El dolo es toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provoca un error en él.

El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento.

Estos vicios de la voluntad están sancionados en el ordenamiento civil colombiano con la nulidad relativa, que sólo puede ser declarada por el juez a pedimento de la parte en cuyo beneficio ha sido establecida (Arts. 1741 y 1743 Código Civil).”⁴

Con respecto a dichos vicios, no basta con la simple información que nos suministra el Código Civil Colombiano, para agotar su estudio, es

⁴Disponible en <http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-993-06.html>
Consultado el 10/10/2011.

necesario además recurrir a la doctrina, en la cual es posible encontrar las siguientes acepciones de cada uno de ellos:

“El error: Es una equivocación por una falsa noción de la realidad puede ser por ignorancia. No toda equivocación al consentir constituye el error, ni toda ignorancia acerca de un hecho al momento de consentir puede ser error, porque muchas veces le hacemos consciente de que estamos celebrando un Acto Jurídico engañoso, esto se llama Error Consciente y no es vicio, esto es típico del negocio Jurídico simulado. El error consciente no es vicio del consentimiento, por cuanto de que interiormente sin manifestación externa, el agente desea no celebrar el acto, o desea efectos jurídicos distintos de los que son el acto se producen, carece de todo alcance.

Fuerza, se le ha conocido jurídicamente con el nombre de coacción, es la manera en que un sujeto interfiere la órbita evolutiva de otro sujeto constriñéndolo moral o físicamente con la finalidad de obtener de esta persona una determinada declaración de voluntad, cuando está declaración de voluntad forma un Acto Jurídico decimos que se puede estructurar la fuerza como vicio del consentimiento.

El DOLO en materia civil son las maniobras engañosas encaminadas a celebrar un determinado Acto Jurídico con una persona, ya no vamos a perjudicar el patrimonio de esa persona porque a lo mejor lo que le estamos vendiendo tiene ese valor lo que pasa es que no sirve para nada y le dijimos que sirve para muchas cosas y le dijimos que tiene muchas utilidades y la persona ante la cantidad de utilidades que tiene celebra el Acto Jurídico y cuando los va a utilizar no sirve para nada. Aquí podemos decir que se

estructura el dolo como vicio del consentimiento o que la cosa tiene un defecto, el motor del carro está envenenado, lo compra y al mes hasta ahí llegó el motor, si a nosotros nos dicen que la vida útil del motor va a ser un mes discutimos el precio.”⁵

Antes tales vicios y su consecuencia, que es la posible declaratoria de nulidad relativa del acto por parte del juez, es necesario y será el punto central de dicha investigación analizar y establecer si estas son aplicables al acto de la filiación en los casos aquellos en que esta surge por una falta al deber de información o si por el contrario, quien dio lugar a la concepción de un hijo lo hizo como el resultado de la fuerza o un error, como en los casos de violaciones o en los engaños relativos al supuesto uso de medios anticonceptivos.

3. 1. d. FILIACIÓN LEGÍTIMA (MATRIMONIAL)

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*"; así las cosas, la concepción dentro del matrimonio es la que delimita la legitimidad y no el nacimiento.

Y según el párrafo primero del artículo 214:

⁵<http://migonzalezp.blogspot.com/2007/09/consentimiento.html>.

“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 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”*, es decir que los hijos nacidos dentro del matrimonio putativo de sus padres, o sea el que es declarado nulo, también se consideran legítimos o matrimoniales, sin importar si hubo buena o mala fe al contraer el matrimonio que posteriormente se anula (Art. 149 C. C.).

Igualmente son legítimos los hijos póstumos, aquellos concebidos durante el matrimonio de sus padres. (Art. 232 C. C.).

ELEMENTOS DE LA LEGITIMIDAD.

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

Quien pretenda acreditar la calidad de hijo legítimo o matrimonial, debe acreditar:

- La maternidad, o sea, que es hijo de una mujer determinada.
 - Que quien invoca la calidad de legítimo es hijo del marido de esa mujer, es decir, debe acreditar la paternidad.
 - Que para la época en que esa mujer determinada lo concibió, estaba casada, es decir, que la concepción fue dentro del matrimonio.
- (Subrayado propio).

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*”.⁶ De éste aparte podemos entonces delimitar los dos componentes específicos y esenciales que integran la maternidad:

- **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 el dictamen de la filiación materna.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, febrero 3 de 1998. Mg. Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta. Ref: Expediente No. 5000.

Se deduce que se podrá impugnar la maternidad cuando se demuestre: a) Falso Parto y b) Suplantación del pretendido hijo por el hijo verdadero.⁷

- **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.

Se debe distinguir entre la existencia biológica y la legal. La primera empieza con la concepción y la segunda con el nacimiento.

La maternidad es un hecho perceptible por los sentidos y por lo tanto, es susceptible de prueba directa. La maternidad se puede probar con el respectivo registro civil de nacimiento, porque para que se extienda dicho registro es necesario acreditar el nacimiento con el certificado del médico que asistió el parto o a falta de médico, la enfermera.

También puede acreditarse la maternidad, cuando no se ha registrado el nacimiento dentro de los treinta días siguientes, aportando la partida eclesiástica de bautismo.

Las personas que nacieron antes de la Ley 92 de 1938, el nacimiento y por consiguiente la maternidad se acreditan con la prueba eclesiástica del bautismo, porque hasta la entrada en vigencia de esta ley se permitía que los

⁷ MONTOYA OSORIO, Marta Elena, MONTOYA PÉREZ, Guillermo. Las Personas en el derecho civil colombiano. Bogotá, Leyer 2001. P. 41

párrocos llevaran los registros civiles de nacimiento, matrimonio y defunción; a partir de dicha ley, el estado civil se acredita con el registro civil correspondiente.

En el supuesto de que no exista o no se encuentre por haberse extraviado la prueba eclesiástica o el registro civil de nacimiento, el Artículo 396 y siguientes del Código Civil establece la forma de acreditar el estado civil mediante la posesión notoria, la cual está integrada por tres elementos: trato, fama y tiempo.

EL TRATO es el comportamiento que una persona haya realizado con respecto a otra, susceptible de deducir de él un estado civil. Para la maternidad, consiste en que una mujer haya tratado a una criatura como su hijo; para el caso del matrimonio, consistiría en que un hombre y una mujer se comporten o traten como marido y mujer, es decir, de la misma manera que se tratan las personas casadas entre sí.

LA FAMA, Consiste en que en virtud de ese trato los amigos y los parientes, es decir, las personas que los conocen deduzcan la existencia del estado civil.

EL TIEMPO: Es un requisito indispensable para acreditar un estado civil por posesión notoria. El tiempo que exige el legislador para que se estructure la posesión notoria de estado civil es de cinco años continuos, por lo menos.⁸

Pese a lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia afirman que para acreditar la calidad de hijo legítimo y del matrimonio no se puede aceptar la posesión notoria. El Artículo 113 del C. Civil establece ciertas solemnidades para el matrimonio y como el consentimiento tiene que ser manifestado de manera

⁸ Véase https://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/icbf/l19585_1998_ch.html consultado el 10/03/2012

solemne, el solo trato y la fama no son suficientes para acreditarlo, con mayor razón, después de entrar en vigencia la Ley 54 de 1990 que reglamentó la unión marital de hecho y con mayor razón después de la vigencia del Artículo 42 de la Constitución Nacional de 1991, en el cual se reconoce que la familia puede tener origen en el matrimonio o en a sola voluntad de un hombre y una mujer de conformarla.

Con respecto a la calidad de hijo legítimo o matrimonial está claro que lo que otorga la legitimidad de los hijos es la concepción dentro del matrimonio; si la posesión notoria del estado civil de hijo consiste en tratar a una persona como a su hijo, proveyéndola de la crianza, educación y establecimiento, de tal manera que por ese trato y comportamiento los demás deduzcan que es su padre; luego, no se ve como el supuesto o presunto padre puede darle el tratamiento de hijo legítimo y a otro el tratamiento de hijo extramatrimonial; a lo sumo, podrá tratarlo como un hijo y en virtud de ese tratamiento se podrá deducir que es su hijo, pero no podrá deducirse si es hijo extramatrimonial o matrimonial. Al respecto de esto, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“La Corte no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de esta norma; no obstante, en torno de la calificación “*hijo legítimo*” ha entendido que el término “*legitimidad*”, utilizado para catalogar la filiación surgida del matrimonio, en contraposición con aquélla filiación que se calificó de “*ilegítima*” por no tener ese origen, era contraria a los nuevos valores en que está inspirada la Constitución de 1991. Sobre el particular dijo:

“...ya no puede hablarse en Colombia de hijos “legítimos” o “ilegítimos”, ni catalogar en forma alguna a las personas por su origen familiar; ni cabe relacionar derecho alguno de un individuo con el

hecho -antes relevante en la sociedad colombiana y hoy carente de todo significado jurídico- consistente en haber sido concebido o nacido dentro del matrimonio, o -por el contrario- fuera de él.”⁹

En síntesis, la posesión notoria del estado civil servirá para acreditar la calidad de hijo extramatrimonial, pero no matrimonial.

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

⁹ Disponible en Corte Constitucional. Sentencia C-310/2004, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Consultado

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. Débase 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*”.¹⁰

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.

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”.

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, diciembre 1 de 1982. Mg. Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén. G.J. 2406, p. 330.

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*”.¹¹

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*”.¹²

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-04/98. Ref. Expediente D-1722.Mg. Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

¹² *Ibidem*.

3. 1. e. FILIACIÓN LEGITIMADA

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.

Luego, los hijos legitimados son los que no alcanzan a ser concebidos durante el matrimonio de sus padres, pero adquieren la calidad de legítimos por el casamiento que estos contrajeron posteriormente.

Según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el hijo hace transito de *“hijo natural a la de legítimo, que opera respecto de aquellas personas cuyos padres contraen nupcias luego de haberlos engendrado”* (Sent. De mayo 17 de 1968).

3. 1. e. 1. CLASES DE LEGITIMACIÓN

3. 1. e.1.1 Legitimación 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 bien es verdad que fueron concebidos antes del matrimonio, el autor de la concepción fue el marido de la mujer casada”.*¹³

“Este beneficio especial otorgado a los hijos concebidos antes del matrimonio de sus padres, pero nacidos dentro de él, se explica por

¹³ VALENCIA ZEA, Arturo: *Derecho Civil- Derecho De Familia*. Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición. 1988, p. 363.

*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”.*¹⁴

El marido, con todo, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción según las reglas legales.

Pero aun sin esta prueba, 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 el hijo después de nacido”. La reclamación debe hacerla dentro de los sesenta días siguientes al nacimiento”.

¹⁵

El matrimonio de los padres legitima también *ipso jure* a los que uno y otro hayan reconocido como hijos extramatrimoniales de ambos, con los requisitos legales.

Los anteriores son los únicos casos en los cuales se legitima ipso jure. En los demás casos, para que la legitimación se produzca, es necesario que los padres designen en el acta del matrimonio, o en la escritura pública, los hijos a quienes confieren este beneficio, bien que estén vivos o muertos.

El notario ante quien se otorgue una escritura de legitimación de un hijo, conforme al Código Civil, extenderá y firmará un acta, en que se exprese: la fecha de la escritura, nombre de los otorgantes, nombre de hijo legitimado, su edad y lugar donde nació y nombre de los testigos instrumentales de la

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ CONGRESO DE COLOMBIA Ley 1ª de 1976, art. 22., Diario Oficial 34.492, del 18 de febrero de 1976.

escritura. A la margen de la partida de nacimiento del legitimado se pondrá una nota citando la escritura de legitimación.

Si el nacimiento del ilegítimo fue inscrito en otra notaría diferente de la en que se otorga la legitimación, el notario que autoriza ésta, dará aviso a aquel a donde está registrado el nacimiento, para que se anote al margen de la partida la escritura de legitimación.

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.

“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”.*¹⁶

3. 1. e.1.2. Legitimación 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 dé 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

¹⁶ VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho Civil- Derecho De Familia. Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición, 1988, p. 365-366

que acepta o repudia la 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).

3. 1. e.1.2.a. Notificación al Legitimado

Cuando la legitimación no se produce *ipso jure*, el instrumento público de legitimación deberá notificarse a la persona que se trata de legitimar y si esta necesita de tutor o curador para la administración de sus bienes, se hará la notificación a su tutor o curador general, o en defecto de estos, a un curador especial (Art. 240 del C. C.).

La persona que no necesite tutor o curador para la administración de sus bienes, podrá aceptar o repudiar la legitimación libremente.

El que necesite tutor o curador para la administración de sus bienes, no podrá aceptar ni repudiar la legitimación sino con el ministerio o con el consentimiento de su tutor o curador general, o de un curador especial, y previo decreto judicial, con conocimiento de causa.

3. 1. e.1.2.b. Aceptación o Repudio de la Legitimación

La persona que acepte o repudie, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entenderá que acepta. A menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil. La notificación debe hacerse de cualquier modo, no hay solemnidades para eso; pero ese modo debe ser eficaz.

La notificación no puede hacerse a través de los propios padres que legitiman, ya que se reuniría en ellos dos posiciones irreconciliables. La notificación al incapaz debe hacerse por orden legal al guardador general o a un curador especial, por lo cual no se pueden producir a través de los propios padres que legitiman. La ausencia de notificación impide iniciar cualquier término para repudiar o aceptar la legitimación.¹⁷

3. 1. e.1.3. 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

¹⁷ Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS30.pdf>, consultado el 03/03/2012

*pedir judicialmente que se declare que es hijo legitimado de quienes se casaron sin legitimarlo”.*¹⁸

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).

3. 1. f. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

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

¹⁸ VALENCIA ZEA, Arturo: Derecho De Familia. Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición, 1988, p. 366.

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*".

3. 1. f. 1. Formas de Establecerla

3. 1. f. 1. 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.).

3. 1. f. 1. 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 extraprocesales.

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 s.s. del C.C)

3.1. g. EFECTOS DE LA LEGITIMACIÓN.

La legitimación aprovecha la posterioridad de los hijos legitimados. Si es muerto el hijo que se legitima, se hará la notificación a sus descendientes, los cuales podrá aceptarla o repudiarla en la forma como se anotó.

Los beneficios de la legitimación no se retrotraen a una fecha anterior al matrimonio que la produce. Pero los legitimados por matrimonio posterior de sus padres son iguales en todo a los legítimos concebidos en matrimonio.

3.1. g.1. Impugnación de la Legitimación - (Art. 247 del C. C. Ley 1060/006 arts. 4° y 5°)

La legitimación del que ha nacido después de celebrado el matrimonio, no podrá ser impugnada sino por:

- a. El marido que legitima, dentro de los 140 días contados desde la propia legitimación.
- b. El hijo legitimado en cualquier tiempo.
- c. Los herederos del marido legitimante, dentro de los mismos términos que se conceden al marido que legitima (140 días).
- d. Terceras personas a quienes la legitimación del hijo les irrogare un perjuicio actual, dentro de los 140 días contados a partir del momento en que les surge el interés y pudieron hacerlo valer.
- e. Los ascendientes del marido que legitima, así no tengan parte alguna en a sucesión de éste, dentro de los 140 días (Art. 8° ley 1060/006) contados a partir del fallecimiento del marido.

3.1. g.2. CAUSALES DE IMPUGNACIÓN DE 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.

3.1. g.2.a. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD.

Pueden impugnar la paternidad, según el artículo 216 del C. Civil reformado por el Artículo 4° de la Ley 1060 de 2006: el cónyuge o el compañero

permanente y la madre, dentro de los 140 días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológica.

Una vez muerto el presunto padre, pueden impugnar la paternidad sus herederos y toda persona a quien la legitimidad de ese hijo causare perjuicio actual; igualmente, los ascendientes del presunto padre o madre, aunque no tenga parte alguna en la sucesión de sus hijos. La acción deben intentarla a más tardar dentro de los 140 días al conocimiento de la muerte. (Artículo 222 del C. Civil, reformado por el Art. 8° de la ley 1060 de 2006), sin embargo, este derecho cesará si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público (Art. 219 del C. Civil, reformado por el artículo 7° de la ley 1060 de 2006). Si para cuando el presunto padre muere, el hijo no ha nacido, los herederos tienen 140 días, los cuales se contarán desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, en este caso, sería un hijo póstumo.

El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo y en el “respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera” (Artículo 217 del C. Civil reformado por el Art. 5° de la ley 1060 de 2006). La misma disposición permite que la prueba “También podrán solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico”. “La residencia del marido en el lugar de nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto”.

La prueba científica extrajudicial y con fines probatorios, no se podrá solicitar sino una sola vez y a costa del interesado, a menos que no cuenten con los recursos necesarios para solicitarla, en este caso lo podrán hacerlo, siempre y cuando demuestren ante el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR

FAMILIAR que no tienen los medios, para lo cual gozaran del beneficio de amparo de pobreza, consagrado en la Ley 721 de 2001.

El Juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o de la maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o a la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial, el de tener una verdadera identidad y nombre (Art. 218 del C. Civil, reformado por el Art. 6° de la ley 1060 de 2006).

“En el proceso ordinario de petición de herencia se puede excepcionar la legitimidad del hijo accionante por parte de los herederos. “Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo legítimo, podrán oponerle la excepción de ilegitimidad en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos” decía el artículo 221 del c. civil derogado por la ley 1060 de 2006, art. 14. y el art. 7 de la ley 1060 de 2006, último inciso, dice: “Si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes sin contradicción del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción en cualquier tiempo que él o sus herederos le disputaren sus derechos”, esta excepción será la de “legitimidad” (Arts. 757 y 783 del C. Civil).

En el proceso de impugnación de la filiación, cuando el hijo fuere menor de edad, el juez le nombrará curador para que le defienda en el proceso (Art. 223 del C. Civil reformado por el 9° de la ley 1060 de 2006).

Durante el juicio de impugnación de la paternidad o de la maternidad, se presumirá la paternidad del hijo, pero una vez dictada la sentencia y ésta se encuentre en firme, el demandante o sea, el impugnante tendrá derecho a

que se le indemnice por todos los perjuicios causados. La solicitud de indemnización de perjuicios tendrá que ser pretendida en la demanda de impugnación (Art. 224 de C. Civil, reformado por el Art. 10° de la ley 1060 de 2006), lo que no especifica la norma es quién debe indemnizar, se debe concluir que es la madre del hijo cuya paternidad se ha impugnado.¹⁹

Quien pruebe un interés actual y los ascendientes de quienes se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad, podrán impugnar la paternidad probando algunas de las causas siguientes:

1. Que el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal.
2. Que el hijo no ha tenido por madre a la que pasa por tal, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título 18 del C. civil, sobre maternidad disputada.

La maternidad tienen derecho a impugnarla (Art. 335 del C. Civil):

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 (sic) los derechos de familia en la suya.

3). La verdadera madre para exigir alimentos al hijo.

El artículo 337 del C. Civil, reformado por el art. 13 de la ley 1060 de 2006, expresa:” Se concederá también esta acción a toda otra

¹⁹Véase, Medina Pabón. Juan Enrique, Derecho Civil, Derecho de Familia, Ed. Universidad del Rosario, 201. Sección Segunda, Capítulo Primero. Ed.

persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre”.

Ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude del falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aún para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, o para exigir alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte (Art. 338 del C. Civil).

3.1. h. CONCEPTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Abolida por el legislador esa odiosa distinción injustificada de hijos naturales, de dañado y punible ayuntamiento, sacrílegos, incestuosos, adulterinos y máncer, deducimos que solo existen en nuestro ordenamiento jurídico tres categorías de hijos: Legítimos o matrimoniales, adoptivos y extramatrimoniales, pero si el hijo no es reconocido por el padre, tendrá la condición de hijo extramatrimonial solo con respecto a la madre.

El Artículo 1° de la Ley 45 de 1936 dice: “El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho de nacimiento”. El hijo extramatrimonial solo puede probar su paternidad en dos formas:

- a) mediante un reconocimiento expreso del padre²⁰;
- b) mediante sentencia judicial.

3.1. h. 1. HIJOS EXTRAMATRIMONIALES DE MUJER CASADA

El Artículo 3° de la Ley 45 de 1936, modificado por el Artículo 3° de la Ley 75 de 1968, establece que “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido como natural” salvo en los casos expresamente señalados en la norma. Y el último inciso de dicha norma expresa: “Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural cuando se atribuye a una mujer casada” salvo en los tres casos señalados por dicha disposición.

La citada norma trae tres excepciones previstas en el Artículo 3° de la Ley 75 de 1968, a saber:

- a.** Cuando el hijo fue concebido durante el divorcio o la separación legal 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 entre los cónyuges. Estos hijos pueden ser reconocidos como extramatrimoniales por no estar amparados por la presunción de paternidad legítima. La expresión divorcio debe entenderse como separación legal cuerpos, antes de la vigencia de la Ley 1ª de 1976.
- b.** Cuando el marido desconoce al hijo, la mujer acepta el desconocimiento, y el juez lo aprueba, con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o del representante legal en caso de incapacidad, y además del defensor de familia, si fuere menor.

²⁰ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Bogotá. Temis 1995. P. 513

El desconocimiento, diferente a la impugnación de la paternidad legítima se presenta cuando el marido prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92 del C. Civil pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer (Art. 214-1 del Civil.)

c. Cuando por sentencia ejecutoriada en proceso de impugnación de la paternidad se declare que el hijo no lo es del marido. Debe desvirtuarse la presunción de paternidad legítima mediante prueba científica (Ley 721 de 2001).

El hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento de haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. El Juez competente es el Juez de Familia o Promiscuo de Familia y el trámite es el indicado en el Artículo 14 de la Ley 75 de 1968 con citación del marido y de la madre o de sus herederos si ya hubiere muerto alguno de ellos. Cuando a esta demanda se acumule la acción de paternidad extramatrimonial, el trámite será el ordinario. (Ver Sentencia 109 de 1095 Art. 217 del Código Civil modificado por el Art. 5° de la Ley 1060 de 2006.)

3.1. h. 2. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Del Artículo 1° de la Ley 45 de 1936 se deduce que el estado civil de hijo extramatrimonial se acredita, frente a la madre, por el solo hecho del nacimiento, porque en el acta de nacimiento se debe indicar el nombre de la mujer que lo dio a luz. Será objeto de acción judicial dicho reconocimiento cuando se carezca del acta de nacimiento, o existiendo, no se haya indicado el nombre de la madre.

CARACTERÍSTICAS:

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial se caracteriza por:

1. Es irrevocable. Cuando el reconocimiento se hace por escritura pública o por testamento, la revocación del testamento o de la escritura pública no implica revocatoria del reconocimiento de hijo extramatrimonial. Pero la declaración de voluntad sí puede ser objeto de nulidad por error, fuerza o dolo (Art. 2º de la Ley 45 de 1936 modificado por el Artículo 1º de la Ley 75 de 1968).
2. Es una declaración unilateral de voluntad que debe hacerla la persona capaz de reconocer hijos extramatrimoniales.
3. Es un acto declarativo y por tanto, sus efectos se retrotraen a la fecha de la concepción; por tanto, es posible reconocer un hijo extramatrimonial antes de nacer o después de haber muerto. Si se reconoce ante de nace, o sea, al concebido, la declaración queda subordinada a que el concebido nazca con vida, ya que en caso contrario, caducará dicho reconocimiento.
4. El reconocimiento, con base en el Art. 2º de la Ley 45 de 1936, es solemne.

3. 1. h. 3. FORMA DE RECONOCIMIENTO

Con base en lo dispuesto en el Artículo 2º de la Ley 45 de 1936, modificado por el Artículo 1º de la Ley 75 de 1968, el reconocimiento de hijo extramatrimonial debe hacerse por una de estas formas:

- a.** En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce.

- b.** Por escritura pública. No es necesario para la validez del reconocimiento de un hijo extramatrimonial por este medio, que el motivo principal o esencial del instrumento sea el reconocimiento, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia; lo importante es el deseo o intención de reconocer al hijo y que así aparezca en forma cierta y inequívoca en el contenido del instrumento público.

- c.** Por testamento: En caso de revocatoria del testamento, ésta no implica el del reconocimiento.

- d.** Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene. Esta manifestación debe ser expresa, directa y espontánea; Puede hacerse ante cualquier juez, ya que la ley no distingue; Esta forma de reconocimiento no se extiende a manifestaciones similares ante Fiscal, Notario, Conciliadores o Árbitros.

El Artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), entre las funciones que atribuye al Defensor de Familia, en el numeral 10, está: “Citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial nacido o que esté por nacer y, en caso de producirse, extender el acta respectiva y ordenar la inscripción o corrección del nombre en el registro del estado civil”.

Con base en el Artículo 98 de la citada Ley 1098 de 2006, en los Municipios donde no haya defensor de Familia, esta función la debe cumplir el Comisario de Familia; y donde no haya ni Defensor de Familia, ni Comisario

de familia, la debe cumplir el Inspector de Policía. Luego, también los comisarios de familia y los inspectores de policía en los eventos citados, pueden citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial.

3. 1. h. 3. a. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

El Artículo 4° de la Ley 75 de 1968 estatuye: “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 II del libro 1° del Código Civil, para la legitimación”. Se refiere a lo dispuesto en los artículos 240, 241, 242, 243 del Código Civil.

Si el reconocimiento se hace a hijos extramatrimoniales mayores de edad, estos pueden aceptar o repudiar dicho reconocimiento libremente y también lo pueden repudiar en el mismo instrumento público que contiene dicho reconocimiento.

Si se reconoce a un incapaz, la notificación se hace a su representante legal, o a falta de este, a un curador especial y previo decreto judicial, con conocimiento de causa.

La persona que acepte o repudie un reconocimiento, deberá declararlo en instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo se entenderá que acepta, amén de probarse que estuvo en imposibilidad de hacer la declaración en tiempo hábil.

El hijo extramatrimonial muerto puede ser reconocido por su padre, pero si deja descendientes legítimos, ya que la notificación se le hará a estos,

quienes podrán repudiarla o aceptarla en las mismas condiciones en que podría hacerlo el hijo o su representante legal, tal como lo dispone el Artículo 244 del Código Civil. Consideramos que esta norma fue modificada por la ley 29 de de 1982, Artículo 1º, la cual concedió igualdad de derechos y obligaciones a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. Sent. C.105 de 1994.

3. 1. h. 4. IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Los Artículos 5º de la Ley 75 de 1968 y 9º de la Ley 45 de 1936 estatuyen las causales de impugnación del reconocimiento de hijos extramatrimoniales. , así:

El Artículo 5º de la Ley 75 de 1968 preceptúa 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”.

El Artículo 248 del Código Civil, modificado por el Artículo 11 de la Ley 1060 de 2006, expresa que En los demás casos podrá impugnarse la paternidad probándose alguna de las causas siguientes: Que el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal. Que el hijo no ha tenido por madre a la que pasa por tal, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título 18 de la maternidad disputada (se refiere al Art. 335 y 338 del Código Civil, 12 y 13 de la Ley 1060 de 2006).

Puede ejercer la acción de impugnación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, quienes prueben tener un interés actual en ello y los ascendientes de quienes se creen con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad (Art. 11, Ley 1060 de 2006), y

se cuenta desde la fecha en que les surgió el interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

Respecto a la madre, puede impugnarse la maternidad probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo verdadero (Art. 248-2 y 335 Código Civil, Ley 75 de 1968 art. 5º). Tienen derecho a impugnar la maternidad natural: a) El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta; b) Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya; y c) La verdadera madre, para exigirle alimentos al hijo.

El Artículo 9º de la Ley 45 de 1936 expresa: “La mujer que ha cuidado de la crianza de un niño, que públicamente ha proveído a 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 (60) días siguientes al que tuvo conocimiento de este hecho. En tal caso, no se puede separarlo del lado de la mujer sin su consentimiento o sin que preceda orden judicial de entrega”.

Este artículo se refiere, tanto a la verdadera madre como a la mujer que, aunque no haya dado a luz al niño, se ha encargado de la crianza y educación y lo ha presentado como su hijo. Si la impugnación no prospera, el niño no puede ser separado de la presunta madre sin su consentimiento o sin que preceda orden judicial de entrega.

3. 1. i. JUEZ COMPETENTE EN JUICIOS DE FILIACIÓN DE PATERNIDAD O MATERNIDAD

El Artículo 11 de la Ley 75 de 1968, modificado por el 7° de la ley 721 de 2001 expresa que en todos los juicios de filiación de paternidad o maternidad conocerá el juez competente del domicilio del menor, mediante un procediendo especial preferente.

Ese Juez es el de Familia o Promiscuo de Familia y a falta de estos, el Juez Civil del Circuito o Promiscuo del Circuito.

El trámite es el establecido en la Ley 75 de 1968, Artículo 14, así:

Presentada la demanda por la persona que tenga derecho a hacerlo se le notificará personalmente al demandado o demandada, quien dispone de ocho (8) días hábiles para contestarla. Debe advertirse en la notificación sobre los efectos de la renuencia a comparecer a la práctica de la prueba.

En el auto admisorio de la demanda el juez de conocimiento ordenará la práctica de la prueba científica con base en el ADN y con el resultado en firme procederá a dictar sentencia.

En caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa.

En firme el resultado, si la prueba demuestra la paternidad o maternidad el juez procederá a decretarla, en caso contrario se absolverá al demandado o demandada.

Cuando además de la filiación el juez tenga que tomar las medidas del caso en el mismo proceso sobre asuntos que sean de su competencia, podrá de oficio decretar las pruebas del caso, para ser evacuadas en el término de diez (10) días, el expediente quedará a disposición de las partes por tres (3) días para que presenten el alegato sobre sus pretensiones y argumentos; el juez pronunciará la sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes.

Por sentencia C-808 de octubre 3 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentarías, la Corte declaró exequibles los parágrafos 1° y 2° del Artículo 8° de la Ley 721 de 2001 y argumentó “Que de ninguna manera en el parágrafo 1° del Artículo 8° de la Ley 721 de 2001 se está negando que pueda acudirse a otras pruebas para fallar en caso de renuencia de las personas a practicarse el examen para la obtención de la prueba del ADN” y con relación al parágrafo 2° citado, argumenta que en “este se hace suponer que la prueba del ADN ya se practicó”.²¹

3. 1. i. 1. RESERVA

El Artículo 11 de la Ley 45 de 1936 permite que en los juicios sobre filiación, el procedimiento sea secreto, a petición de parte.

²¹ Véase también Restrepo Fernández .Carlos Martín Las pruebas de filiación. Apuntes de genética para abogados. Colección textos ciencias de la salud.

3. 1. i. 2. Partes en el Juicio de Filiación

El Artículo 12 de la Ley 45 de 1936 dice que son partes en el juicio sobre filiación: el hijo por sí mismo o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado la crianza o educación del menor y el Ministerio Público.

Así mismo podrá intervenir el Defensor de Familia, quien de todas formas tendrá que ser citado al proceso, tal como lo ordena el Artículo 13 de la Ley 75 de 1968.

El Artículo 12 de la Ley 75 de 1968 prevé que el defensor de menores (Hoy de Familia) que tenga conocimiento de la existencia de un niño de padre o madre desconocidos, ya sea por virtud del aviso previsto en el Artículo 1° de esta ley, o por otro medio, promoverá inmediatamente la investigación correspondiente para allegar todos los datos y pruebas sumarias conducentes a la demanda de filiación a que ulteriormente hubiere lugar.

La investigación de la paternidad se podrá promover por parte del Defensor de Familia, incluso desde el embarazo de la madre, a solicitud de ésta.

3. 1. i. 3. Efectos Patrimoniales de la Sentencia de Filiación Extramatrimonial

El Artículo 10° de la Ley 75 de 1968 que modificó el 7° de la Ley 45 de 1936, remite a los artículos 398, 401, 402, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación extramatrimonial.

Muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad extramatrimonial podrá adelantarse contra los herederos y su cónyuge.

Fallecido el hijo, la acción de filiación extramatrimonial corresponde a sus descendientes o a sus ascendientes.

En estos casos, la sentencia no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción. Este es un término de caducidad²².

3. 1. i. 4. Partes en el Proceso de Filiación

Con base en lo dispuesto en el Artículo 403 del Código Civil, es legítimo contradictor en la cuestión de paternidad el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.

Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad (Art. 403 del C. C.).

Si hubo colusión en el juicio está debe alegarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la sentencia.

²²Disponible en Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30-Nov. 2006 C.S.J. consultado el 02/03/2012.

3. 1. i. 5. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE FILIACIÓN

Por sentencia C-109 de marzo 15 de 1995 se dice que “cuando se acumula la impugnación de la presunción de paternidad con la acción de reclamación de paternidad, el proceso se rige por el artículo 406 del Código Civil”, el cual preceptúa: “Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá ponerse a quien se presente como verdadero padre o madre, del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce”.

La imprescriptibilidad de la acción a la cual se refiere dicha norma, se predica tanto para la legítima como para la extramatrimonial.

El padre biológico está legitimado para reclamar como suya la paternidad respecto de quien pasa como hijo del esposo de mujer casada, siempre y cuando previamente impugne la paternidad, según la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil.

3. 1. j. LA FAMILIA

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 único²³.

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*”.²⁴

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

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*”.²⁵

²³ PETIT, Eugene: Tratado Elemental de Derecho Romano. Abogados Asociados Editores. Novena Edición, p: 96

²⁴ MAZEAUD, Henry, Léon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas. Europa- América. 1965.

²⁵ VALENVIA ZEA Arturo: *Derecho Civil- Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial Temis. Tomo Quinto. Sexta Edición. Pág. 9.

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.

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.

3. 1. j. 1. 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.²⁶

Para los tratadistas DIAZ DE GUIJARRO²⁷ 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 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.

²⁶ VALENCIA, Arturo: *Derecho Civil- Derecho De Familia*. Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición. 1988, p: 12

²⁷ DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. *"La familia en las constituciones modernas"*. 1952 Tomo III. Pag

3. 1. j. 2. Evolución legislativa y constitucional

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.

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*”²⁸. 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.

3. 2. FILIACIÓN EN COLOMBIA

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

²⁸ Constitución Política, art. 42

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..."

En sentencia T-191 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se estableció que *"El reconocimiento de un hijo, como acto unilateral, que tiene su origen y desarrollo en la conciencia y en el querer del agente, resulta natural que quien se dispone a reconocer un hijo busque una correspondencia entre la verdad formal que habrá de figurar en el registro y la verdad real, que emana de los hechos. En otros términos, ya que se trata*

de una manifestación de voluntad expresamente dirigida a producir efectos jurídicos, es de presumir que, si el hombre llamado a resolver si reconoce o no a alguien como su hijo carece de los elementos de juicio mínimos para otorgar su consentimiento, no estará dispuesto a admitir, con las consecuencias del compromiso jurídico, que es el titular de la paternidad, mientras que, por el contrario, su convicción interna al respecto, por la confianza depositada en la mujer con quien ha convivido o sostenido relaciones, lo llevará espontáneamente, si se trata de un individuo responsable, a hacer pública y explícita su condición de padre, mediante el acto de reconocimiento, sin que para ello sea indispensable contar con pruebas científicas irrefutables acerca de la paternidad.”

También, entre otras cosas, se dice que la certeza científica es bien difícil de alcanzar como elemento de juicio incontrovertible, ya que por el aspecto genético los métodos de comprobación disponibles en Colombia, que pueden estar al alcance de toda la población, no arrojan una certidumbre total en torno a que determinado individuo es el padre de una persona, ya que persisten las dificultades, originadas en la posibilidad de que un mismo resultado pueda provenir, con igual fundamento, del cruce entre los genes de la madre y los de cualquiera entre muchos individuos del mismo signo genético, en tanto que las posibilidades de certeza al establecer que alguien no es el padre, por eliminación de combinaciones que genéticamente no podrían arrojar el resultado de que se trata, son mucho mayores. (Sentencia T-191 de 1995).

Es así como *“El acto del reconocimiento se entiende, entonces, como la expresión externa de la íntima persuasión acerca de que se es el padre, no*

basada en la seguridad que ofrezca una prueba científica sino en la fe que el hombre deposita en la madre del reconocido.”²⁹

Sentencia T- 191 de 1995:

El reconocimiento de un hijo, Como acto unilateral, que tiene su origen y desarrollo en la conciencia y en el querer del agente, resulta natural que quien se dispone a reconocer un hijo busque una correspondencia entre la verdad formal que habrá de figurar en el registro y la verdad real, que emana de los hechos. En otros términos, ya que se trata de una manifestación de voluntad expresamente dirigida a producir efectos jurídicos, es de presumir que, si el hombre llamado a resolver si reconoce o no a alguien como su hijo carece de los elementos de juicio mínimos para otorgar su consentimiento, no estará dispuesto a admitir, con las consecuencias del compromiso jurídico, que es el titular de la paternidad, mientras que, por el contrario, su convicción interna al respecto, por la confianza depositada en la mujer con quien ha convivido o sostenido relaciones, lo llevará espontáneamente, si se trata de un individuo responsable, a hacer pública y explícita su condición de padre, mediante el acto de reconocimiento, sin que para ello sea indispensable contar con pruebas científicas irrefutables acerca de la paternidad.

Entre otras cosas, tal certeza científica es bien difícil de alcanzar como elemento de juicio incontrovertible, ya que por el aspecto genético los métodos de comprobación disponibles en Colombia, que pueden estar al alcance de toda la población, no arrojan una certidumbre total en torno a que determinado individuo es el padre de una persona. Persisten las dificultades, originadas en la posibilidad de que un mismo resultado pueda provenir, con igual fundamento, del cruce entre los genes de la madre y los de cualquiera

²⁹ Sentencia T 191 de 1995 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo

entre muchos individuos del mismo signo genético, en tanto que las posibilidades de certeza al establecer que alguien no es el padre, por eliminación de combinaciones que genéticamente no podrían arrojar el resultado de que se trata, son mucho mayores.

El acto del reconocimiento se entiende, entonces, como la expresión externa de la íntima persuasión acerca de que se es el padre, no basada en la seguridad que ofrezca una prueba científica sino en la fe que el hombre deposita en la madre del reconocido.

También la jurisprudencia Colombiana, en Sentencia C- 808 DE 2002 trato el tema de la prueba de ADN y la interpretación de las normas sobre filiación de que trata la ley 721 de 2001, la cual derogo la ley 75 de 1968.

Consideración constitucional para interpretar la Ley 721 de 2001.

“Toda la ley busca determinar con exactitud quien es el padre o la madre de un niño; o sea que busca proteger derechos fundamentales de los niños y dentro de ellos, el primero al cual debe tener derecho un niño: A tener un padre y una madre y la certeza de que esos son sus verdaderos padres. La ley tiene como fin hacer efectivos derechos fundamentales de los niños como el derecho al nombre, a tener una familia (art. 44 C.N.³⁰); al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 14 C.N.)³¹ y los que de ella se infieran como: (capacidad de goce, patrimonio, domicilio, estado civil, etc.).

³⁰ Artículo 44 Constitución Política de Colombia

³¹ Artículo 14 Constitución Política de Colombia

“Dentro del esquema de derechos fundamentales establecido en nuestra Constitución, unos lo son por la materia que protegen y pertenecen por igual a todos los sujetos, por ejemplo el derecho de petición; en cambio, otros son fundamentales por los sujetos a los cuales pertenecen, este es el caso de los niños, que por el sólo hecho de serlo tienen unos derechos fundamentales que no serían fundamentales para otros sujetos aunque se refieran a la misma materia (por ejemplo, la alimentación equilibrada).

“Otra característica de estos derechos fundamentales de los niños es que en caso de conflicto con los derechos de otras personas, los de los niños prevalecen sobre los demás (art. 44 C.N.).

“De lo anterior, podemos inferir que el legislador obligó al juez a decretar la prueba, que en el estado actual de la ciencia, es definitiva para que el niño pueda saber con exactitud quiénes son sus padres y esta prueba y su práctica no pueden estar inicialmente condicionadas a que el presunto padre o madre aporte recursos económicos para su práctica, ya que se dejaría el interés superior del niño constitucionalmente protegido y prevalente a merced de la voluntad del presunto progenitor. La primera prueba de ADN que impone el legislador debe ser practicada aunque los padres no suministren recursos económicos (y aunque los tengan) y el costo inicialmente debe asumirlo el Estado; sólo después de que el Estado asuma el costo y se practique la primera prueba de ADN, es que entra a jugar el elemento económico: Si es pobre o no el presunto progenitor, si tiene recursos debe asumir el costo y se aplican las reglas sobre costas para saber finalmente quien paga y quien no paga la prueba.

*“Considera la Sala que el artículo 6º de la Ley 721 de 2001 se aplica o rige para la segunda prueba de ADN en razón de que la misma norma señala: “En los procesos a que hace referencia la presente ley, el costo total del examen será sufragado por el Estado, solo cuando se trate de personas a quienes se les haya concedido el amparo de pobreza. **En los demás casos correrá por cuenta de quien solicite la prueba**”*

Sentencia T- 875 de 2007

Importancia de la prueba de paternidad o maternidad con marcadores genéticos de ADN. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la importancia de la prueba antro-po-heredo-biológica dentro de los procesos de filiación, específicamente en relación con su trascendencia para el goce efectivo de varios derechos fundamentales tales como el derecho a la dignidad, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a tener una familia y formar parte de ella y el derecho a tener un estado civil ³². Dicha importancia radica en la precisión de la prueba, que ha sido determinada con una probabilidad científica de 99.999999%. Al respecto la sentencia **T-411 de 2004** dijo:

“2.1 El artículo 14 de la Constitución Política consagra el derecho que tiene toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esta Corte ha entendido que el citado artículo no se limita a

³² Ver las sentencias: T-411 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; T-997 de 2003 MP: Clara Inés Vargas Hernández ; T-363 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-307 de 2003 MP: Rodrigo Escobar Gil; T-305 de 2003 MP: Rodrigo Escobar Gil; C-808 de 2002 MP Jaime Araujo Rentería; C-807 de 2002 MP: Jaime Araujo Rentería; T-346 de 2002 MP: Jaime Araujo Rentería, T-1342 de 2001 MP: Álvaro Tafur Galvis, T-488 de 1999 MP: Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano y C-004 de 1998 MP: Jorge Arango Mejía, entre otras.

establecer que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derecho a actuar como tal en el mundo jurídico, ya sea por sí mismo o a través de representante, sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho³³. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, ha sostenido esta Corporación, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como sujeto en el campo del Derecho está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de dicha calidad. Para la Corte Constitucional es claro que la filiación es uno de dichos atributos puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona^{34[5]}. Del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se deriva el derecho al estado civil, el cual, a su vez, depende del reconocimiento de la verdadera filiación de una persona. En este orden de ideas, el artículo 1º del Decreto Ley 1260 de 1970, Estatuto del Estado Civil de las Personas, consagra que éste es la situación jurídica de la persona en la familia y la sociedad y determina la capacidad para ejercer ciertos derechos y obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible.

2.2 Pero más allá de las relaciones enunciadas, esta Corte ha entendido que el fundamento del reconocimiento de la personalidad jurídica y de la filiación, se encuentra en la prevalencia de la dignidad humana como valor superior. Todo ser humano, en virtud de su condición social, tiene el derecho a ser reconocido como miembro de la sociedad, y especialmente de la sociedad primigenia

³³ Sentencias C-109/95, C-807/02, T-488/99.

³⁴ *Ibidem*.

que se constituye en la familia. Desconocer este derecho es hacer caso omiso de la propia dignidad del hombre. Así, el reconocimiento del hombre por el hombre, encuentra su primer lugar de verificación en las relaciones paterno filiales³⁵.

Entonces, seguidos los criterios de la Corte se tiene que i) la prueba antropo-heredo-biológica es obligatoria en los procesos de filiación; ii) la realización de la prueba garantiza el goce efectivo de los derechos a la dignidad, la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y el derecho a tener un estado civil.

La protección de la amenaza de los derechos fundamentales a la dignidad, la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y el derecho a tener un estado civil.

Como se advirtió, la prueba genética de paternidad o maternidad de ADN es una prueba que garantiza los derechos fundamentales a la dignidad, la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella y el derecho a tener un estado civil y la certificación de los laboratorios que prestan este servicio es un mecanismo que asegura la idoneidad de dicha garantía. La falta de certificación de un laboratorio que realiza dicha prueba en razón a otras competencias diferentes a la realización efectiva de la prueba no puede menoscabar esa garantía.

³⁵ C-243/01. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

3. 3. LOS DERECHOS DE LA MUJER Y LA VOLUNTAD EN SU CONSENTIMIENTO

El derecho de las mujeres a decidir en su vida reproductiva ha sido fundamental para su acceso al mercado de trabajo, a la política y a su empoderamiento en general, y las implicancias del ejercicio de este derecho alcanzan tanto a la persona como a la sociedad en su conjunto.

Que los derechos sexuales y derechos reproductivos fueran incorporados a los consensos mundiales de los derechos humanos fue una acción del movimiento feminista, que aportó tanto en la investigación de una realidad mayormente invisible y en la construcción de los términos de los derechos y libertades que debían implicar.³⁶

Ha sido y es fundamental su rol vigilante y para ello permanentemente están desarrollando estrategias para que se respeten y sean una realidad en la vida de las mujeres. Como se ha señalado, estos derechos son muy sensibles frente a la moral y permanentemente se ven amenazados por sectores conservadores que tienen impacto de acuerdo a su influencia en el gobierno.

³⁶ <http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/Peru/cmp-flora-tristan/20120823050836/maternidad35.pdf>

3. 3. 1 APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS³⁷

En primer lugar, cabe aclarar que si bien existe una relación entre los derechos sexuales y reproductivos, la sexualidad no siempre es un medio para lograr la reproducción, pero se ha incurrido en dicho error porque a las mujeres se les asignó como posición y función social la maternidad a partir de las diferencias biológicas y se ha reducido en este sentido el ejercicio de su sexualidad.

En cuanto a la regulación de estos derechos en el ámbito internacional, cabe resaltar que los derechos sexuales y reproductivos no están agrupados en un solo instrumento internacional, sino que fueron reconocidos en instrumentos internacionales de fuerza jurídica vinculante diversa. Así, existen instrumentos internacionales tanto a nivel universal (ONU) como a nivel regional (OEA) que reconocen explícitamente los derechos sexuales y reproductivos unos, y de manera implícita otros.

En relación con los escenarios en los cuales se han visto afectados mayormente estos derechos, se encuentran los relacionados con los tratamientos de fertilidad y con la IVE (interrupción voluntaria del embarazo). Estos son dos escenarios en los cuales han surgido obstáculos en materia de garantía de derechos, tal como se verá en el acápite de análisis jurisprudencial.

³⁷

[http://programacontraviolenciasdegenero.org/documentos/docum_publicac/prod3/8_SEGUIMIEN
TO_JURISPRUDENCIAL.pdf](http://programacontraviolenciasdegenero.org/documentos/docum_publicac/prod3/8_SEGUIMIEN
TO_JURISPRUDENCIAL.pdf)

3. 3. 1. a. Los derechos reproductivos

Específicamente en lo que respecta a los derechos reproductivos, el derecho a la autodeterminación reproductiva implica la facultad de decidir libremente, sin ningún tipo de coacción o de discriminación, cuando, cómo, con quién y con qué frecuencia se desea procrear; mientras que el derecho al acceso a los servicios de salud reproductiva implica que las mujeres cuenten con los recursos necesarios para garantizar que las decisiones que tomen sobre la posibilidad de procrear o reproducirse sean verdaderamente libres y se puedan materializar.

El derecho al acceso a los servicios de salud reproductiva complementa el derecho a la autodeterminación reproductiva, pues este solo es posible en la medida que se cuente con la educación e información suficiente para tomar una decisión libre y con los medios para llevarla a cabo en condiciones seguras. En este sentido, el derecho al acceso a los servicios de salud reproductiva implica servicios como interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, tratamientos de infertilidad y de reproducción asistida, prevención y tratamiento de todo tipo de enfermedades del aparato reproductor, como el cáncer de útero y de próstata, entre otros.³⁸

3. 3. 1. b. Los derechos sexuales

En lo que respecta a los derechos sexuales, es conveniente aclarar que estos entendidos en un concepto amplio implican el derecho de explorar el

³⁸

http://programacontraviolenciasdegenero.org/documentos/docum_publicac/prod3/8_SEGUIMIENTO_JURISPRUDENCIAL.pdf

placer y la orientación sexual y a estar libre de cualquier coacción o peligros en el desarrollo de los mismos, como por ejemplo la violencia sexual.

Al igual que los derechos reproductivos, los derechos sexuales se concretan en (i) el derecho a la libertad y al placer sexual y (ii) el derecho al acceso a servicios de salud sexual. En cuanto al primero, este se refiere a la facultad de decidir de manera autónoma y sin ningún tipo de discriminación o coacción, cuando, cómo y con quien se desea tener relaciones sexuales, así como la orientación sexual y la búsqueda del placer sexual. En segundo lugar, el derecho al acceso a servicios de salud sexual, el cual, es indispensable para la realización del derecho a la libertad y al placer sexual, consiste en que las personas cuenten con los recursos necesarios para garantizar que puedan tomar decisiones libres sobre su sexualidad. En este sentido, este derecho implica servicios como: información y educación sobre todos los aspectos de la sexualidad, incluyendo los aspectos relacionados con los métodos anticonceptivos, la posibilidad de acceder a los mismos y de elegirlos libremente, el acceso a servicios de salud de prevención y atención de enfermedades que afecten el placer sexual, entre otros.³⁹

3. 3. 2. LA SITUACIÓN DE LA MUJER CON RESPECTO A LA INTERVENCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

En Colombia, la interrupción voluntaria del embarazo está despenalizada en tres casos: cuando la continuación del embarazo representa un riesgo para la salud física, emocional o psíquica de la mujer; cuando el feto tiene malformaciones incompatibles con la vida extrauterina; cuando el embarazo ha sido producto de una violación, incesto o inseminación no consentida.

³⁹ Ibidem.

Pero después de la sentencia de la Corte, aún son muchos los obstáculos a los que las mujeres se enfrentan, entre ellos:

1. La falta de conocimiento de la sentencia, tanto de las mujeres como de profesionales de la salud.
2. La poca divulgación que los entes del Estado encargados de la garantía de los derechos de las mujeres hacen, tanto del Derecho a la libre opción de la maternidad como de la sentencia.
3. La no separación por parte de funcionarios públicos, de su confesión de fe y su quehacer político.
4. La lentitud y trabas por parte de las instituciones tanto policiales como de salud, cuando una mujer exige este derecho.
5. Falta de monitoreo, seguimiento y acompañamiento por parte de las instituciones del Estado.

La decisión de fondo sobre el tema del Aborto y los tres casos en que no se penaliza en Colombia. La paradigmática Sentencia C-355 de 2006

La Corte Constitucional Colombiana decidió el 10 de mayo de 2006 lo siguiente:

Declarar exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la

mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto.⁴⁰

La determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado.⁴¹

La Corte explica que la protección de los derechos fundamentales de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental –contenidos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad- implican reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación en las tres hipótesis permitidas. En este sentido, la sanción penal resulta desproporcionada por cuanto del contenido de los derechos fundamentales atrás señalados se deriva el derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo de las mujeres gestantes que se encuentren en los tres eventos indicados.

⁴⁰ CORET CONSTITUCIONAL, Sentencia C-355-06. Magistrados Ponentes: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ.

⁴¹ Sentencias T-585 de 2010 T-732 de 2009.

La misma jurisprudencia constitucional ha resaltado los elementos más relevantes de la *ratio decidendi* de la sentencia que despenalizó la Interrupción Voluntaria del Embarazo en los tres casos excepcionales:

(i) Ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales se garantiza en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano de manera absoluta, pues estos deben poder dar lugar a la ponderación frente a otros valores, principios y derechos cuya protección también resulta relevante desde el punto de vista constitucional.

(ii) El ordenamiento constitucional colombiano le confiere protección al valor de la vida y al derecho a la vida, pero esta protección no tiene igual extensión.

(iii) Existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del *nasciturus*. De ahí que la ley pueda diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible. Puede, incluso, el legislador acudir al derecho penal para esos efectos.

(iv) La anterior posibilidad, no obstante, debe surtirse bajo las fronteras que traza la Constitución misma – reforzados estos límites con fundamento en lo dispuesto por el artículo 93 superior, esto es, por las garantías consignadas en un conjunto de convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia -. En ese orden, cualquier medida orientada a proteger el valor de la vida del *nasciturus* no puede significar atentar contra los derechos de la mujer gestante.

(v) No puede entonces esa protección infringir los derechos de la mujer gestante a la dignidad, a la libertad en general, al libre desarrollo de su personalidad –que le reconoce la posibilidad de autodeterminarse y configurar su propia identidad-, a estar libre de toda suerte de discriminación injustificada y de violencia, a la vida, a la salud integral – física y mental – que incluye así mismo la salud sexual y reproductiva.

(vi) Conferir un amparo absoluto al valor de la vida del *nasciturus* hasta el punto de penalizar el aborto en caso de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, o cuando está en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante, equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad como ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional y desconoce las garantías que se desprenden a partir de la protección que se le confiere a los derechos de la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos.

En relación con la decisión en las cuales se despenaliza el aborto en las tres hipótesis, la Corte fundamenta la falta de proporcionalidad de la penalización del aborto respecto de los derechos de la mujer embarazada. Con relación a la primera hipótesis, la cual va a nuestro tema, y es cuando la mujer queda embarazada como consecuencia de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido, así como de incesto, la Corte señaló que **llevar el deber de protección del valor de la vida del *nasciturus* hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo**

es desproporcionado e irrazonable e implicaría la protección absoluta a la vida del feto sobre los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de la mujer embarazada. (Negrilla propio).

Penalizar a la mujer en dicha situación, implicaría considerarla como “mero receptáculo” y desconocer sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, debido a que la mujer se encuentra en presencia de un hecho impuesto y no voluntario de gran trascendencia para su vida y para su proyecto de vida.

No se profundiza las otras hipótesis, en el entendido de que no se haya relevantes para el tema a tratar, máxime cuando este trata del no consentimiento en el embarazo.

3. 3. 2. a. Intervención Voluntaria del Embarazo en menor de catorce años víctima de acceso carnal abusivo

En el caso de que sea una menor de 14 años la víctima de acceso carnal abusivo, la Corte Constitucional en su Sentencia T-209 de 2008, estableció que los médicos no pueden rehusarse a practicarle el procedimiento para la intervención voluntaria de su embarazo bajo argumentos como el que existían discrepancias entre la fecha del delito y la de la fecundación, aún se haya **presentado la correspondiente denuncia**, la cual es necesaria, y de que, en vista de la edad de la menor, se presume la violación sexual de acuerdo con la legislación penal; a pesar de que en el caso concreto que se presentó en dicha sentencia, muestra un daño consumado debido a que el nacimiento tuvo lugar, la Corte consideró que las objeciones de conciencia de los médicos que atendieron a la peticionaria no fueron legítimas, pues

fueron de carácter colectivo y además no se cumplió con las obligaciones de remisión a una institución dispuesta a practicar el procedimiento.

Por otro lado, a pesar de existir la respectiva denuncia – que es el único requisito que puede solicitarse- los médicos se escudaron en que la fecha del delito y de la concepción no coincidían, como se mencionó con anterioridad, esto indica que a la peticionaria se le exigieron requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006 y no se tuvo en cuenta que según el Código Penal, se presume la violación en mujer menor de 14 años, como era el caso de la peticionaria.

Ante esta situación, la Corte tuvo en cuenta los siguientes argumentos.

En primer lugar, reiteró que la sentencia C-355 de 2006 es de obligatorio cumplimiento para funcionarios y particulares prestadores del servicio de salud, por lo cual todas las I.P.S deben tener habilitado tal procedimiento. En el mismo sentido, afirmó que no se pueden exigir a las mujeres requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006 para acceder a la I.V.E. En ese sentido, la Corte advirtió que este tipo de barreras inducen a las mujeres a recurrir a procedimientos inseguros en los que peligra su vida y su salud.

En segundo lugar, la Corte reiteró que la objeción de conciencia sólo es procedente en el caso de personas naturales y prestadores directos del servicio (no personal administrativo). Además señaló que ésta debe ser libre y fundamentada y que cuando proceda la objeción de conciencia, existe el deber ineludible de remitir de inmediato a la mujer a otro prestador del servicio que esté dispuesto a practicar el procedimiento. Igualmente, los Tribunales de Ética Médica están

facultados para investigar si la objeción de conciencia se presentó de forma adecuada y legítima.

3. 3. 3. DERECHO AL ACCESO A LA PLANIFICACIÓN FAMILIAR SIN CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE

No se necesita consentimiento del marido para obtener anticonceptivos. La realidad es que para la obtención de anticonceptivos, no se exige en la práctica la autorización o el consentimiento del esposo o compañero permanente; sin embargo, algunas mujeres, particularmente en el área rural, manifiestan que sus compañeros les impiden el uso de los mismos.⁴²

3. 3. 4. EN MATERIA DE MATERNIDAD LEGITIMA E IMPUGNACIÓN

Los principales problemas que pueden llegar a presentarse en 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.

⁴² Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las mujeres que manifestaron no utilizar métodos de planificación familiar por motivos religiosos y porque el esposo o compañero se opone, solo fueron el 1 y 2%, respectivamente. Ver PROFAMILIA, *Encuesta Nacional de Demografía y Salud - 1995*, p. 61.

3. 3. 4. a. Contrato de Maternidad Sustituta o Subrogada

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.⁴³

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.⁴⁴

El contrato de maternidad sustituta o subrogada se puede 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, ¿Será 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?

⁴³ AWAD CUCALON, María Inés; DE NARVAEZ CANO, Mónica; ASPECTOS JURIDICOS EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA EN COLOMBIA, Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 143.

⁴⁴ Ibidem.

Al analizar las definiciones dadas para el contrato de maternidad sustituta, se puede ver 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.”*⁴⁵

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, tales como el derecho de ser madre y / o derecho al hijo ad arbitrium (a voluntad de uno).”*⁴⁶

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*

⁴⁵ GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. Los retos Jurídicos de la Genética. Universidad Externado de Colombia. 1995, p. 189.

⁴⁶ YEDO YAGUE, Francisco. Fecundación artificial y derecho. España: Editorial Tecnos S.A., 1988.

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”*.⁴⁷

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.

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 Stern 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.

⁴⁷ Web Site: <http://www.cofunsalud.es/infoenf/notaspre/NP04bioetica2.htm>

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 vs 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 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 válido 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.⁴⁸

Ahora bien, puede decirse que ¿la maternidad sustituta o subrogada vaya en contra del orden público y las buenas costumbres? Es decir, ¿esta figura

⁴⁸ ASPECTOS JURIDICOS EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA EN COLOMBIA, Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 147.

atenta contra el conjunto de principios religiosos, morales, políticos y económicos que predominan nuestra sociedad?

Para dar respuesta a esta interrogante se debe integrar todos los factores que tienen relación con ella. Desde un punto de vista estrictamente moral y ético, se 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.

Por 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 que 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.

Esta nueva realidad exige respuesta por parte del derecho. Estos avances no atenten contra los principios religiosos y morales que gobiernan nuestra sociedad, aunque no se desconoce 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, el contrato por ella celebrado con los futuros padres, no podría considerarse que atente contra su dignidad humana, ya que 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 costumbres y a las necesidades actuales de la sociedad, es hacer realidad el sueño de una pareja de ser padres; sin embargo no se debe desconocer que si esta figura no está regulada de manera clara y detallada, se pueden presentar grandes problemas jurídicos. Un ejemplo de esta problemática sería el caso en que la madre sustituta

decida no entregar al niño una vez lo dé 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 pertenencia 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. 4. b. Maternidad Legítima

Los requisitos para determinar la maternidad legítima, son:

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 se sabe, 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”*.⁴⁹

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

⁴⁹ GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. O. Cit., p. 195 y 196.

En caso de que la ley decidiera aceptar la maternidad sustituta, se considera 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. 4. c. 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 esa denominación, 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.”*

Respecto a este artículo se puede decir que 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 dé 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 dono el óvulo, esta no dio a luz al niño que alega como suyo.

En consecuencia, 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. LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y LA VOLUNTAD EN SU CONSENTIMIENTO

3. 4. 1 EN MATERIA DE PATERNIDAD

Se entiende por “paternidad” 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 (TRA) el tema de la paternidad se debe analizar de acuerdo con las siguientes hipótesis:

3. 4. 1. a. 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 conocido como hijo legítimo; pues como se mencionó con anterioridad 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.

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.

Pero, 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 esperma 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 estas mismas disposiciones consagran.

3. 4. 1. b. 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, otro lado de la doctrina 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.

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, se intentará acercarse al tema y se analizará 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, valdría la pena ahondar 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 se desconoce la importancia de temas morales y del cumplimiento de las buenas costumbres, se considera 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, 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, se piensa que este acuerdo debe ser válido frente al derecho, pero deben expedirse disposiciones legales que así lo determinen. Se considera que la validez de este pacto se justifica si se entiende 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.

Se ha 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”*:

Se considera, como se indicó anteriormente 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.

Se discurre 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 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 se piensa que hay un vacío legal que debe ser solucionado lo antes posible por nuestro legislador.

3. 4. 1. c. Impugnación de la Paternidad

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 el vínculo y tiene por padre a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.

2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad ~~mediante prueba científica~~ se desvirtúe esta presunción, ~~en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.~~⁵⁰”

En cuanto al marido, quien es el que 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, se debe 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, 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.

⁵⁰ Apartes tachados derogados por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014. En los términos del numeral 6) del artículo 627.

El numeral primero, en lo que respecta a como estaba redactado anteriormente el artículo en un segundo inciso⁵¹ refiere ahora como una arista a las múltiples situaciones que se puedan presentar para demostrar la no paternidad, es esta la del marido, y ahora el compañero permanente que demuestre 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 se analiza este requisito para las técnicas de reproducción asistida se debe 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

⁵¹ 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.

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.

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**. (Negrilla propio).

El Código Civil Colombiano establecía 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”*, impugnación que únicamente estaba 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.

Norma que era aplicable a los casos de reproducción asistida, pero al establecerse una generalidad en el artículo 214, en dónde el padre es quien tiene esa titularidad, si hacemos una interpretación de lo que era el 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 seamos 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, se ha equiparado en este supuesto, para acercarse al tema e intentar dar un sentido práctico y aplicable.

Aclarado tal punto, entonces se interpretaba 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.

Hoy en día con la reforma a de la Ley 1060 de 2006, estipula que el padre debe demostrar **por cualquier medio** que no es el padre o en el proceso de impugnación de paternidad mediante prueba científica necesita desvirtuar la presunción de paternidad, razón por la cual se deroga estas especificidades como la del artículo 215 del Código Civil sobre la impugnación por adulterio (Negrilla propio)

El artículo 216 que señalaba que *“mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo”*, la anterior limitación otorgada a solo el marido desaparece en el entendido de que tal como lo dispone el artículo 44 de la norma superior, cuando es la filiación de menores lo que está en entredicho, se vulneran derechos fundamentales de los niños y dichos derechos prevalecen sobre los demás, así mismo lo que se pretendió es ampliar la titularidad a la madre y a cualquiera que previamente y en forma sumaria acredite interés

ante el Juez, con el fin de incluir (aunque no fue así) dentro de esta última categoría a los ascendientes, a los herederos y a los presuntos padres biológicos en aras de la economía procesal, con relación a los últimos, solo podrán impugnar por derecho propio en cualquier tiempo conforme al artículo 406 del C.C que consagra la acción de reclamación del estado civil en cabeza tanto del hijo como de “quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros”,

Al modificar la Ley 1060 dicho artículo eliminó los escollos que inhibían que el padre biológico pudiera promover la acción de impugnación de paternidad, toda vez que, ciertamente, le asiste un interés propio y autónomo, siempre y cuando esté plenamente establecida su calidad, ya que de no ser así carecería de legitimación para hacerlo, la modificación establecida en el artículo 4° de dicha ley ahora enuncia sin carácter limitativo que “Podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico.”, eliminando la restricción de impugnar solo por parte del marido.

Y el artículo 217, modificado por la Ley 1060 en su artículo 5, establecía 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”*, ahora queda contemplada la facultad del hijo de impugnar **en cualquier tiempo**, la utilización de pruebas científicas y la intervención de *“quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico”* (negrilla propio). La Corte Constitucional en su sentencia C-405 de 2009, que se inhibió de “emitir un pronunciamiento de fondo acerca del inciso segundo del artículo 217 del Código Civil, modificado por el artículo 5° de la Ley 1060 de 2006”, entendió

que *“el padre biológico está llamado a solicitar la prueba, mas no a provocar la acción de impugnación”*, por no estar incluido dentro de los titulares para proponerla *“puesto que ninguna disposición del régimen lo faculta”*, tan es así que ni siquiera se contempla un término de caducidad para tal supuesto.

No obstante que el “padre biológico” debe ser llamado al juicio de oficio o a petición de parte, en vista del deber de asegurar los derechos superiores de los niños a tener una identidad y un nombre, para que dentro del mismo trámite de impugnación se declare la filiación y así evitar su desamparo, ello no implica que pueda promoverlo, pero eso sí, estando autorizado para solicitar la práctica de la prueba genética, es así como se limitó su participación a la posibilidad de solicitar el examen genético, frente las inconsistencias de las propuestas y el riesgo que de ello se pudiera derivar.

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 si 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.

3. 4. 2. PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

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:

1. 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.

3. 5. EL DERECHO A LA FILIACIÓN A UNA VERDADERA IDENTIDAD

El derecho a la identidad o bien podría decirse el derecho a la verdadera filiación, demandan que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido “legalmente” como hijo de quien biológicamente es hijo.

El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quiénes lo han engendrado.

Entre los derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar el estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo.

Este trabajo tratará de dilucidar qué valor tendrá la expresión de voluntad no consentida al presentarse vicios en el consentimiento para la procreación. Con ello nos enfrentamos entonces con el orden público, que por un lado investiga la posibilidad de un delito, en el que se encuentran en juego intereses de la sociedad y de terceros, y por el otro el derecho de los menores a una familia, más aún cuando los derechos de estos prevalecen sobre los demás (Art. 44 C.P).

La filiación debe ser transparente y claramente establecida. Si la sociedad es responsable de todos los niños, la relación de su identidad deja de pertenecer exclusivamente a la esfera privada para socializarse más afuera del contexto familiar; y es que para reestructurar la legislación colombiana, el Derecho tiene que tomar en cuenta elementos individuales y relaciones sociales, a fin de crear un marco jurídico adecuado en defensa y protección de los sujetos de derecho.

El desarrollo vertiginoso de la ciencia médica ha dejado rezagado al derecho, creando incertidumbre y desacierto en los mismos operadores judiciales ante la presencia de situaciones producto de las prácticas de técnicas de fertilización que generan unos efectos legales imprevistos por el Legislador, ante el hecho de la falta del consentimiento, por un lado tenemos al hombre que le es arrebatado mediante felación su contenido espermático, (caso Becker), para la utilización de dichas técnicas, y por otro a la mujer que es accedida carnalmente por violación.

Y es que el Derecho ha sido inoperante por cuanto a sus normas, específicamente las consagradas en el Código Civil, ya que ni son suficientes ni consagran un punto acerca de las técnicas de fertilización, debido a que las circunstancias en que fue expedido el Código Civil Colombiano jamás podrían permitir en su codificación ocuparse de dicha problemática. Sin embargo, dada la realidad forzosa de los procesos científicos de la genética, es obligatorio que el legislador colombiano, en lo más breve posible, regule los efectos jurídicos de estos hechos, en aras de garantizar los derechos de las personas involucradas en estas artimañas, que a decir verdad chocan con los derechos fundamentales y las necesidades que especialmente requieren los niños y niñas frutos de dicha práctica, y por hallarse viciado el consentimiento, sea éste por error, fuerza o dolo, el derecho a la filiación, es decir, el derecho *“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”*. Sentencia C - 109/1995., queda entre dicho el reconocimiento de ese menor, que sin estar en los planes de la persona que es víctima de tan atroz hecho, viene a ser el principal afectado, como se mencionó con anterioridad, pues es quien entra en un papel nuevo de víctima, como consecuencia al yerro

cometido por el hurto de semen o por el acceso carnal cometido hacia la mujer.

Volviendo a nuestro primer caso, en la actualidad, se tiene en cuenta más el lucro o ganancia que representan las técnicas de fertilización en Colombia, antes que la protección legal del ser humano, ya que ni el personal médico ni los mismos usuarios se interesan en conocer si existen o no normas legales que regulen tales mecanismos, además de que existe un vacío normativo al respecto, haciéndose necesario encuadrar tales procedimientos en un marco jurídico.

Los avances referidos a dichas técnicas superan el Derecho, el cual queda rezagado en el proceso legislativo respecto a las implicaciones jurídicas de tales procedimientos médicos, originando así un vacío jurídico respecto de problemas concretos que deben solucionarse con el objetivo de no dejar a las personas involucradas, en particular, y a la sociedad, en situaciones determinadas de inseguridad jurídica y desprotección legal.

En el régimen actual de filiación, el presupuesto fáctico del inicio de la vida humana y del nacimiento es la unión física de un hombre y una mujer, sólo que, desde hace algún tiempo y, con mayor frecuencia, en los últimos años, se han desarrollado procedimientos médicos que permiten realizar la concepción del ser humano sin necesidad de la unión física del hombre y la mujer. Se ha dicho que el efecto evidente de la procreación asistida es precisamente la disidencia entre sexualidad y reproducción.

No obstante la difusión de la fecundación asistida, a la que se puede recurrir sin impedimentos mayores, y a pesar de los delicados y complejos problemas jurídicos y éticos que comportan éstas técnicas en cuanto a la filiación se refiere, al tratarse de inseminación artificial heteróloga, y es ésta

porque es en este procedimiento, donde el donante del semen es un tercero, que ha decir verdad, siguiendo el hilo conductor del tema, no se hablaría de donante, pues no media consentimiento y voluntad, para el depósito de dicho material, pero se relacionará con esta clase de inseminación artificial, porque en el fondo de su esencia y connotación dicha inseminación, es la que se da en los casos donde el marido o compañero permanente de la mujer es estéril y entra ese tercero donante, para tal fin; la diferencia radica en que para el tema, la mujer usa artimañas para conseguir algún provecho, como ocurrió en el curioso e internacional caso del reconocido Boris Becker:

Una mujer quedó embarazada tras practicar sexo oral con Boris Becker. La mujer que afirmó tener una hija de éste se hizo fertilizar con el esperma que logró del ex tenista tras practicar con él sexo oral. El ex-tenista, resultó ser el padre de Anna, una bebe que supuestamente Becker procreó de manera diferente a como suelen hacerlo los simples mortales en el planeta Tierra. La mujer, que trabaja ocasionalmente como modelo, después de seducir a Becker depositó el semen del ex-tenista en un pequeño frasco, acondicionado para mantener con vida a los espermatozoides, los cuales fueron usados para concebir un hijo suyo a través de la inseminación artificial. Un médico, consultado por "Bild", sostiene que el "robo de semen" es técnicamente posible tras una relación oral. Un juez británico anunció que Becker es el padre de Anna, fruto de su relación con Angela Ermakowa. Tras las oportunas pruebas de ADN, el Alto Tribunal Civil confirmó la paternidad.

Los primeros planteamientos referidos a las técnicas de fecundación asistida los encontramos en el Artículo 42 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que prevé como una forma legítima de procreación aquella obtenida mediante la asistencia científica, abriendo de esta manera una puerta a los

avances científicos en el campo de la genética humana, y a su vez una gama de derechos a ese menor, producto de dicho procedimiento, sin importar si fue concebido por decisión unilateral, en contra de la libertad de los individuos (Art. 16 C.P) para conformar o no una familia, y a lo que no debería ser posible atacar la validez de los vínculos filiales en este caso en que el menor sea producto de un error, la fuerza o el dolo, sino que se debería tratar como un tema de salud y políticas públicas, que conlleve a la erradicación de dichas prácticas, pues no se puede estar permitiendo que las clínicas de fertilidad actúen sin el consentimiento del dueño del material espermático, además, porque no, buscar como otra alternativa la penalización de dichas conductas, pues lo que conlleva estas prácticas es en general el estado de vulnerabilidad del menor, que sin ser “deseado” por su progenitor, puede llegar a carecer de amor por parte de éste, así la Constitución y la Ley lo ampare.

Es así que desde el punto de vista del régimen legal, en Colombia se carece de legislación sobre el tema. Como es obvio, esta laguna no puede ser suplida por reglas que se mueven en el plano de la moral o de la deontología, como por ejemplo los conceptos del Comité Nacional de Bioética o los criterios deontológicos adoptados por la Federación del Orden de los Médicos. Si bien cada una de estas instancias comportan grandes contribuciones a la posibilidad de resolver problemas emergentes, ellas tienen por objeto expresar juicios morales o dar consejos de orden técnico, y por lo tanto no pueden reemplazar las determinaciones del Legislador, que es el único que está en condición de fijar límites jurídicos de licitud e ilicitud para dichas técnicas, y de establecer reglas al respecto a la ineludible cuestión del status de filiación del individuo nacido de las técnicas de reproducción humana heteróloga, cuando no prime el consentimiento expreso de quien es víctima de tal engaño.

En estos casos corresponde al operador judicial resolver los conflictos de ésta índole y para ello debe aplicar el derecho codificado, que, como se ha dicho, parte del supuesto de que la filiación es fruto de una relación física entre un hombre y una mujer, y que por tanto, la Ley actualmente consagra una solución a ésta problemática, teniendo que acudir a la aplicación analógica de otras normas del derecho comparado, especialmente del derecho continental europeo, el de Escandinavia o Gran Bretaña, en los que se determinan condiciones, límites, responsabilidades, filiación, anonimato de donantes y acceso a dichas técnicas. Siendo indiscutible el tenerse que replantear el ordenamiento jurídico colombiano sobre el particular.

La procreación humana asistida ha generado cambios fundamentales en esta concepción, ya que en la actualidad son “innecesarias” e inútiles las relaciones sexuales como ambiente indispensable de la procreación. Reemplazado el acto sexual por el laboratorio, las formas de pensar y de sentir que han orientado las costumbres de la población colombiana han empezado a cambiar, y cada vez se recurre más a las técnicas de procreación asistida.

En el ámbito del derecho de familia don Andrés Bello no previó en su Código Civil los problemas jurídicos que nos plantean los avances científicos, y por ello nuestra legislación parte de la concepción como producto del coito entre un hombre y una mujer, sin embargo, la ciencia ha creado la posibilidad de una concepción sin él. No obstante, la Constitución Política de Colombia en su Artículo 42 inciso 4º, reconoce tanto la procreación natural como la que se realiza *con asistencia científica*, lo cual equivale, hasta el momento, a la norma en general en materia de procreación humana asistida, porque aún no hay ley específica sobre la materia como ocurre en otros países.⁵²

⁵² Naranjo Ramírez, Gloria Patricia, “Problemas jurídicos en relación con la filiación”, seminario de grado, Especialización Derecho de Familia.

En fin, el fundamento de la regulación del consentimiento en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida ha de buscarse en la libertad general del art. 13 C.P, en el libre desarrollo de la personalidad Art. 16 C.P. y en la dignidad humana.

3. 6.Y ENTONCES ¿DÓNDE QUEDAN LOS DERECHOS DEL MENOR?

Si bien se presenta ésta problemática que abarca la garantía y protección de los derechos personalísimos e inalienables de las personas que tiene que pasar por esta situación, sea el hombre el engañado o la mujer violada que haya decidido tener su hijo, derechos como la libertad en general, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, como principales afectados, los cuales entran a chocar con los derechos del menor, y más aún cuando se tiene una Constitución Política garantista, que de conformidad con ésta los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (C.P., art. 44, par. 3º), dicho contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

“Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el

criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor.”
(Sentencia T-557/11, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA)

Tal disposición armoniza, asimismo, con diversos instrumentos internacionales que se ocupan específicamente de garantizar el trato especial del que son merecedores los niños, como quiera que *“por su falta de madurez física y mental, necesita[n] protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*.⁵³ Así, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵⁴ Reconocida, de igual manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁵, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en el artículo 24⁵⁶), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10⁵⁷) y en diversos estatutos e instrumentos de los organismos

⁵³ Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

⁵⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, aprobada por Ley 12 de 1991.

⁵⁵ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁵⁶ Adoptada por la resolución A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobada en Colombia por la Ley 74 de 1968. Este artículo dispone: *“Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado // 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. // 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”*.

⁵⁷ Adoptada por la resolución A RES 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobada en Colombia por la Ley 74 de 1968. El artículo 10 dispone: *“Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. // 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. // 3. **Se deben adoptar medidas***

especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3º, pone énfasis en la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor, al establecer que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Como se mencionaba anteriormente, nuestra Constitución recoge dicho principio expresamente, como fue enunciado, en el párrafo 3º del artículo 44. Igualmente, consigna un listado de los derechos fundamentales de los niños, en el que incluye la **vida**, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una **familia** y no ser separado de ella, el cuidado y **amor**, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Dispone también el artículo constitucional que nos ocupa, que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Y, finalmente, reconoce a favor de la infancia los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.⁵⁸

especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

⁵⁸ En virtud de la figura del bloque de constitucionalidad los convenios internacionales ratificados por Colombia, que han reconocido ampliamente los derechos constitucionales, forman parte del ordenamiento jurídico y, en esa medida, deben ser tenidos en cuenta en el desarrollo legislativo de los derechos y en la formulación de políticas públicas en esa materia.

Este principio pretende orientar el ejercicio interpretativo que debe adelantar la autoridad, y que por cierto es patrón constitucional, por ello cuando se haga necesaria su intervención por encontrarse dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, téngase en cuenta el choque de derechos de aquel hombre que fue asaltado en su consentimiento para procrear ese menor, y los derechos de aquel infante, entre los cuales uno (el del menor) tendrá prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización. Por esta razón, los derechos e intereses de los padres y demás personas relevantes deben ser interpretados y garantizados en función del interés superior del menor, de manera que sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños.

Lo anterior, en consideración a que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados.⁵⁹ Esta es la regla que establece el artículo 3º, inciso 2º de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual *“los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”*.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido unos criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar el interés superior del menor en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Así, la sentencia T-510 de 2003⁶⁰ señaló a este respecto lo que a continuación se transcribirá:

“Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código del Menor, art. 3), compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

“Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en éstos.

“Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero

⁶⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, según se explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo [...]”⁶¹.

⁶¹ Este criterio recogido en el artículo 44 de la Constitución, ha sido consistentemente aplicado por los tribunales internacionales de derechos humanos, tales como la Corte Europea de Derechos Humanos, en casos de menores cuyos derechos entran en conflicto con los de sus padres; véase a este respecto, los casos de E.P. vs. Italia (sentencia del 28 de octubre de 1999, en la cual se declaró la licitud de una medida de protección consistente en separar a una menor de edad de una madre cuyos problemas psiquiátricos constituían graves riesgos para la salud de la niña) y Olsson vs. Suecia. (sentencia N° 2, del 27 de noviembre de 1992, en la cual se evaluó la medida de protección consistente en separar a unos niños menores de edad de sus padres, quienes presentaban antecedentes de deficiencias mentales que estaban causando retrasos en el proceso de desarrollo de los niños). (Nota a pie de página número 12 en la sentencia que se cita).

“Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápites anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella – un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta”.

Adicional a lo anterior, es importante tener en cuenta que, por remisión expresa del artículo 44 constitucional, el ordenamiento superior colombiano incorpora los derechos de los niños reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. En igual sentido, el artículo 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) establece que las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen parte integrante de dicho Código y orientarán, además, su interpretación y aplicación, debiendo aplicarse siempre la norma más favorable al interés superior del menor.

De esta manera, el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño -que establece el derecho de los menores a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos-, tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Esta disposición normativa señala que el Estado deberá velar por la

garantía de este derecho, el cual admite una excepción cuando, por revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Así, admite esta excepción en casos en que el menor sea objeto de maltrato o descuido por parte de los padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño, pero nada dice respecto de estos menores producto de la falta de consentimiento de uno de sus “padres”, sea cual sea por analogía, los derechos de estos niños deberán prevalecer y quieran o no, en el caso de los hombres víctimas de las artimañas de las mujeres, como “padres” deberán responder, pues un proceso de filiación y más una prueba de ADN, que obviamente resultaría positiva, hace de estos, merecedores de una paternidad no consentida, y por el hecho de ser así, implica el deber de reconocer a ese menor, la responsabilidad que resguarda el Estado, las autoridades competentes (I.C.B.F.), y judiciales, para la garantía y protección del menor inocente.

Queda claro así que el principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia. También lo ha reconocido así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al afirmar:

“[e]ste principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus

*potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño*⁶².

La protección especial al interés superior del menor, actual y presente, da luces para establecer la solución del problema jurídico planteado. Por una parte, es claro que las decisiones judiciales protectoras de los menores en un Estado social y democrático de Derecho, tienen por objeto garantizar el interés superior del menor. Por lo tanto, es preciso acatarlas, cumplirlas y defenderlas, por cuanto son las medidas adecuadas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de un menor.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-17/2002, párr. 56.

3. 7. ¿QUÉ CRITERIO DEBE ADOPTAR LAS AUTORIDADES ANTE EL CHOQUE DE DERECHOS QUE HAY ENTRE LOS “PADRES” E “HIJOS”?

Las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a:

- (i) los criterios jurídicos relevantes, y
- (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado.

Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión. (Sentencia T-292/04, M.P. Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA)

El ordenamiento jurídico colombiano proporciona múltiples reglas –de orden constitucional, legal y jurisprudencial- relevantes para determinar el contenido concreto del interés superior de cada niño en particular.

La Corte Constitucional en Sentencia T-292/04, considera que existen parámetros jurídicos relevantes tanto generales –es decir, aplicables a todo

caso que involucre la definición de los derechos de un menor de edad-, tal y como se indica a continuación. Los siguientes seis criterios decisorios generales para determinar el contenido del interés superior de la menor:

(1) *la garantía del desarrollo integral del menor*; dispone el artículo 44 de la Carta, en su segundo inciso, que *“la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”*; es decir, debe propenderse en todo caso por asegurar el crecimiento y desarrollo armónico e integral de los menores de edad, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, para así fomentar la plena evolución de su personalidad y permitirles convertirse en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad.

(2) *la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor*; La Constitución Política enumera expresamente, en su artículo 44, algunos de los derechos fundamentales prevalecientes de los niños: (i) la vida, (ii) la integridad física, (iii) la salud, (iv) la seguridad social, (v) la alimentación equilibrada, (vi) el nombre, (vii) la nacionalidad, (viii) tener una familia y no ser separados de ella, (ix) el cuidado y el amor, (x) la educación, (xi) la cultura, (xii) la recreación y (xiii) la libre expresión de su opinión. Sin embargo, los derechos de los niños no se agotan en ésta enumeración; el artículo 44 Superior establece, en la parte final de su inciso primero, que los niños *“gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”*. Estos otros derechos de los niños, que también tienen rango constitucional y fundamental -bien sea por constar con tal carácter en la Carta Política

o por expresa incorporación del Constituyente que se acaba de citar-incluyen, los derechos a (xiv) la protección frente a tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12); (xv) la igualdad real y efectiva -especialmente por su condición de debilidad manifiesta, que obliga al Estado a sancionar los abusos o maltratos cometidos contra ellos y a adoptar medidas que los favorezcan- (C.P., art. 13); (xvi) el reconocimiento de su personalidad jurídica, que se manifiesta en el derecho al nombre pero no se agota en él (C.P., art. 14); (xvii) la intimidad personal y familiar, y el derecho a conocer –con arreglo a la ley- las informaciones que sobre ellos se han recogido en los bancos de datos y archivos de las entidades públicas y privadas (C.P., art. 15); (xviii) el libre desarrollo de su personalidad –una de cuyas facetas es el derecho a gozar de las condiciones necesarias para su desarrollo armónico y a verse libres de perturbaciones arbitrarias de dicho proceso, entre otras manifestaciones- (C.P., art. 16); (xix) la paz, en particular la paz familiar (C.P., art. 22); (xx) no ser molestados en su persona o su familia por las autoridades (C.P., art. 28); (xxi) el debido proceso, especialmente en el curso de las actuaciones judiciales y administrativas que les afecten (C.P., art. 29); (xxii) ser protegidos *“frente a toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares”* (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2-2); (xxiii) que las autoridades y los particulares, en todas las medidas que les conciernan, atiendan a su interés superior en tanto consideración primordial (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3-1); (xxiv) ser registrados inmediatamente después de su nacimiento (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7-1); (xxv) conocer a sus padres y ser cuidados por ellos *“en la medida de lo posible”* (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7-1);

(xxvi) *“preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”* (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8-1), y recibir *“la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”* en los casos en que hayan sido privados ilegalmente de alguno o todos los elementos de la misma (id.); (xxvii) *“no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”* y recibir protección legal contra tales injerencias (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16); y (xxviii) que se adopten todas las medidas apropiadas para promover su recuperación física y psicológica y su reintegración social en caso de ser víctimas de cualquier forma de abandono o de trato cruel, inhumano o degradante, en un ambiente que fomente su salud, su dignidad y el respeto de sí mismos (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 39). Se reitera que éstos son sólo algunos de los múltiples derechos constitucionales fundamentales, prevalecientes y de aplicación inmediata de los que son titulares los niños.

(3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos;

(4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor;

(5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado; En todo caso, es necesario que las autoridades o los particulares encargados de adoptar una decisión respecto del bienestar del niño implicado se abstengan de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión. Esta regla ha sido aplicada por la Corte Constitucional, por

ejemplo, en casos relacionados con disputas sobre la custodia y el cuidado de menores de edad, lo cual resulta especialmente relevante para el caso presente; así, en la sentencia T-442 de 1994⁶³ se explicó que *“en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento el cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado. (...) la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable”*. Precisa la Corte, sin embargo, que ello no puede interpretarse como una desventaja para las familias o personas de escasos recursos que pretenden la custodia o cuidado de un niño que se encuentra bajo el cuidado de una persona o familia más acomodada; la desmejoría en las condiciones se refiere a las características sustanciales del cuidado que está recibiendo o que podría recibir un menor de edad, y a la forma en que éstas le permiten materializar plenamente sus derechos fundamentales – objetivos ambos que toda familia apta está en condiciones de cumplir, independientemente de su nivel de ingresos.

(6) la necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto a decidir.

⁶³ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

3. 8. TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Es relevante conocer cuáles son las nuevas técnicas de reproducción humana asistida (TRA), puesto que su uso ha ido incrementando con el transcurrir de los días, convirtiéndose como importantes formas para concebir un hijo y formar una familia. Además haciendo referencia al caso de Boris Becker es trascendental saber como la tecnología se afianza y toma fuerza dentro de la biología y la generación de vida.

Gracias a las TRA muchas parejas tienen la posibilidad de concebir y realizarse como familia, son excelentes alternativa para quienes no pueden concebir un hijo de manera natural. No obstante, en nuestro caso de referencia, las TRHA fueron utilizadas por parte de la mujer para de manera fraudulenta engendrar un hijo y de esta forma recibir un beneficio económico por parte del Tenista.

También hay casos en los que se usan las TRA como métodos para la procreación, derivándose de estas inconvenientes al momento de la filiación, puesto que puede haberse presentado algún tipo de vicio en el consentimiento al momento de acceder o emplear una de estas tecnologías por parte de uno de los padres.

El concepto de la familia y la forma natural y biológica de conformarla, ha tenido fuertes cambios con el pasar de los años, esto como consecuencia de las nuevas técnicas de reproducción, las cuales han revolucionado los conceptos básicos del derecho de la familia. “Concretamente en materia de filiación, las TRA han generado lo que se conoce como una “revolución reproductiva”, debido a que estas técnicas separan, radicalmente, la reproducción humana de la sexualidad. Así, hoy en día, y gracias a las TRA,

es posible la reproducción sin sexo; lo que viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes.⁶⁴

La reproducción sin sexo que es posible a través de las TRA, permite ser padres a quienes no podían serlo, habilitan paternidades y/o maternidades inconcebibles o imposibles años atrás: como la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la maternidad sin paternidad, la paternidad sin maternidad, e incluso la maternidad en mujeres con edades muy avanzadas.

Las TRA demandan cambios en la normativa vigente relativa a la filiación, debido a que amplían las opciones de reproducción y cuestionan, las opciones tradicionales de paternidad, maternidad, embarazo⁶⁵ así como también la del parto. Los rápidos y permanentes cambios científicos y tecnológicos en el ámbito de la reproducción asistida requieren de la ley para desarrollar soluciones justas y lógicas a los problemas que surgen cuando los derechos de las personas entran en conflicto con las nociones tradicionales de familia.

En el Derecho de familia todas estas situaciones creadas por las nuevas tecnologías (nuevos modelos de familia, distintas filiaciones, reproducción sin sexo, sexo sin reproducción, etc.) generan cambios que encierran planteamientos éticos importantes, frente a los cuales la mirada jurídica no basta y es necesario una mirada multidisciplinar.

⁶⁴ También como consecuencia de esta revolución, es posible el “sexo sin reproducción” en virtud del cambio en el rol social de la mujer que condujo a la aparición y uso de los distintos métodos anticonceptivos.

⁶⁵ Hoy en día, gracias a las TRA es posible el embarazo sin que medie acto sexual, lo que permite el embarazo de mujeres a edades avanzadas; de mujeres solas; con óvulos provenientes de otra mujer o con material genético masculino proveniente de una persona distinta de su pareja; o incluso el embarazo de una mujer (con o sin óvulos propios) para concebir un hijo para una pareja “comitante” o para otra persona (maternidad subrogada)

La filiación desde siempre ha sido un tema tratado por el derecho civil, la nueva filiación que ha surgido como consecuencia del uso de las TRA, no puede ser abarcada y comprendida a través de esta sola disciplina, estas técnicas sitúan al derecho de filiación ante un nuevo umbral, en donde aumenta la importancia de la voluntad y disminuye el valor de la realidad biológica o genética. Se genera la necesidad de un estudio no solo jurídico si no también bioética de las nuevas relaciones de la filiación.

La procreación por medios naturales, es decir a través del coito, era lo único que existía antes de la aparición de las TRA. De esta manera el hombre que dejaba embarazada a una mujer, era el mismo que aportaba el material genético y la mujer que gestaba el niño en su vientre lo hacía siempre con óvulos propios. Es decir lo biológico siempre comprendía lo genético, estos dos no podían dividirse. Hoy en día lo biológico ya no comprende lo genético (mujer que acude a la donación de óvulos), ni lo genético comprende lo biológico (donación de semen). Hoy en día el aporte puede ser solo genético.

Antes de distinguía entre lo biológico y voluntario, hoy se presentan tres criterios diferentes, lo genético, lo biológico y lo voluntario. Cuando se trata de filiación derivada de las TRA el aporte puede ser puramente genético y deja a un lado lo biológico. Mientras que en la filiación por naturaleza el conflicto se generaba entre lo biológico y lo volitivo en la filiación derivada de las TRA se presenta entre lo genético y lo volitivo.⁶⁶

El elemento volitivo adquiere importancia superlativa en la filiación derivada de las TRA, de modo que cuando en una misma persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último.

⁶⁶ ¿Quién es el padre? ¿El donante que aportó el material genético o el que quiso tener al niño?

Las TRA son utilizadas por aquellos que no renuncian a la idea de tener un hijo “genéticamente” propio, no es el elemento genético el que determina la filiación, si no el volitivo. Es una filiación que se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado.

En la actualidad se pueden realizar los siguientes tratamientos para procrear:

1. Estimulación ovárica: Consiste en la administración de fármacos para estimular la ovulación. Está indicada en mujeres con trastornos ovulatorios, en la infertilidad idiopática y como adyuvante de otras TRA. Existen diferentes sustancias y pautas de administración. Es importante un control estricto de la dosis y un seguimiento adecuado, hay que entre sus complicaciones esta el riesgo de embarazo múltiple y de síndrome de hiperestimulación ovárica.
2. Inseminación Artificial: Se define como el depósito de espermatozoides de forma no natural en el aparato reproductor femenino, con la finalidad de lograr una gestación. Dependiendo de la procedencia del semen, se puede clasificar en: 1. Inseminación artificial con semen conyugal, de pareja u homólogo, y 2. Inseminación artificial con semen de donante o heteróloga. Dependiendo del lugar se habla de inseminación intracervical, intrauterina. La inseminación artificial con semen de donante se ha utilizado durante años como tratamiento de la esterilidad de origen masculina por patología severa del semen. Actualmente se utiliza cuando existe azoospermia, ante la posibilidad de trastornos de origen genéticos o enfermedades contagiosas, al utilizar semen conyugal.

3. Fertilización In Vitro con transferencia de embriones: Implica la recuperación de oocitos por aspiración guiada por ultrasonidos, se utiliza para muchas indicaciones, pero en la única que está demostrada su efectividad es la lesión tubarica bilateral inoperable.
4. Transferencia intratubarica de gametos: implica la colocación de los oocitos y del semen en la trompa de Falopio para que allí tenga lugar la fertilización. Se utiliza en aquellas situaciones en la que estaría indicada la FIV y no puede aplicarse.
5. Inyección Intracitoplasmica: Esta técnica permite conseguir fecundación y embarazo en casos donde se recupera un escaso número de espermatozoides móviles. Estaría indicada cuando existen fallos de fertilización total en inseminaciones in vitro previas, en esterilidad por factores por factores masculinos severos y en parejas infértiles por semen bordeline.

Otro caso en donde una pareja puede convertirse en padres, sin que medie en su totalidad el aspecto biológico es con la **MATERNIDAD SUBROGADA** el cual consiste en que una mujer ofrece su vientre, para gestar el bebe de otra pareja, hasta el momento de su nacimiento, luego de esto debe entregarlo a la pareja en cuestión, y la madre de alquiler debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el recién nacido, a cambio de un beneficio económico. Muchas discusiones han surgido sobre la legalidad de esta técnica, con respecto a su validez ética y jurídica, y se suscitan problemáticas sociales que enfrentan conceptos feministas, religiosos, sociológicos, psicológicos y por supuesto jurídicos.

En Colombia la práctica del “alquiler de vientres” o “maternidad subrogada” se ha convertido en un negocio por medio del cual muchas mujeres se valen

para mejorar su situación económica, esto ha llevado a convertir esta actividad en un mercado negro que cada día va en aumento y que vislumbra grandes vacíos jurídicos.

Ante la rapidez con la que la ciencia nos sorprende diariamente, es indispensable que el derecho no se rezague en la solución de creaciones jurídicas ante estos fenómenos sociales, económicos y médicos, es necesario que se establezcan ciertos requisitos legales de validez dentro del amplio espectro de la normatividad jurídica colombiana, en el que prevalezca como premisa esencial el respeto a la vida humana tal como lo establece la Constitución Política.

4. CONCLUSIONES

- 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.
- No hay afectación en el acto jurídico de la filiación ante la presencia de vicios en el consentimiento, ya que a nivel constitucional prevalecen los derechos del menor, y por ende no tendrá relevancia si no ha medido voluntad de los padres para procrear.
- En materia de Impugnación quien se presuma padre ahora con la Ley 1060 de 2006 podrá impugnar en los 140 días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no lo era, para ello se podrá recurrir al proceso con documento de identificación, Registro Civil de Nacimiento del menor, Remisión. Pruebas documentales o testimoniales que puedan probar que el padre o madre no es el pariente legítimo del menor. Documento de identificación. En los casos de hijos reconocidos en matrimonio se deberá adjuntar copia del registro civil de matrimonio. Todo esto ante el juzgado de familia por solicitud radicada ante el ICBF.
- La Constitución Política de Colombia al tener un corte garantista establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los personalísimos del padre o la madre, al presentarse choque entre los derechos del menor y de los adultos, se buscará un equilibrio y armonización entre sus derechos, pero de ser imposible prevalecen los del menor.

ENTRE OTRAS

- 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.
- Según las pocas disposiciones que existen en nuestra legislación sobre 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.
- La Corte Suprema de Justicia está 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.

RESPECTO A LA FILIACIÓN:

- 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.
- El ordenamiento jurídico colombiano debe regular 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. Así las cosas, se está a favor del argumento 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.
- La Patria Potestad, debe estar 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.
- 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.

- 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.
- 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.
- 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. Debe entonces 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.

EN CUANTO AL PARENTESCO:

- 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 de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 64 numeral 4 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.

EN LO QUE TIENE QUE VER CON LA MATERNIDAD:

- 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. Con esto no se quiere decir 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.

- 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.

MATERNIDAD SUSTITUTA O SUBROGADA

- 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.

- 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.
- 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.

- 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.

EN LO REFERENTA A LA PATERNIDAD:

- Tanto en la inseminación artificial heteróloga como en la fecundación in vitro heteróloga, 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.
- 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.
- 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 se cree que es 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.

EN FIN:

- 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 afrontamos un mundo, lleno de descubrimientos y de proyecciones científicas sumamente importantes para el desarrollo humano, con repercusiones a nivel social, económico, cultural y ecológico.

5. BIBLIOGRAFIA

- Código Civil Colombiano.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil.html
- Código de Procedimiento Civil Colombiano. Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil.html
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (Octubre, 2012), de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125#FichaDocumento>.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL “Sentencia T- 191 de 1995”, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo, J.G., Bogotá.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL “Sentencia C-004 de 1998”, M. P.: Jorge Arango Mejía, J.G., Bogotá.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL “Sentencia C-243 de 2001”, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, J.G., Bogotá.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL “Sentencia C- 808 de 2002”, M. P.: Jaime Araujo Rentería, J.G., Bogotá.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-510 de 2003”, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. J.G., Bogotá.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL “Sentencia C-310/2004”, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, J.G., Bogotá.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-355 de 2006” Magistrados Ponentes: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL “Sentencia T-875 de 2007”, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, J.G., Bogotá.

- COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, D. C., abril 24 de 2012. Mg. Ponente Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez. Ref: Exp. 1100131100142005-00078-01.
- COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, febrero 3 de 1998. Mg. Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta. Ref: Expediente No. 5000.
- COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. Bogotá, diciembre 1 de 1982. Mg. Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén. G.J. 2406.
- CONGRESO DE COLOMBIA Ley 1ª de 1976, art. 22., Diario Oficial 34.492, del 18 de febrero de 1976.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y otro. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Edit. Temis 4ª Ed. actualizada. 1994.
- BETTI, Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, Trad. José Luis de los Mozos, T. V.
- MONTOYA OSORIO, Marta Elena, MONTOYA PÉREZ, Guillermo. *Las Personas en el derecho civil colombiano*. Bogotá, Leyer 2001.
- VALENCIA ZEA, Arturo: *Derecho Civil- Derecho De Familia*. Bogotá: Editorial Temis. Sexta Edición.
- PETIT, Eugene: *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Abogados Asociados Editores. Novena Edición.
- MAZEAUD, Henry, Léon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas. Europa-América.
- DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. "La familia en las constituciones modernas". 1952 Tomo III.
- AWAD CUCALON, María Inés; DE NARVAEZ CANO, Mónica; *ASPECTOS JURIDICOS EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA EN COLOMBIA*, Pontificia Universidad Javeriana.
- GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. *Los retos Jurídicos de la Genética*. Universidad Externado de Colombia.

- YEDO YAGUE, Francisco. Fecundación artificial y derecho. España: Editorial Tecnos S.A.
- ASPECTOS JURIDICOS EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA EN COLOMBIA, Pontificia Universidad Javeriana.
- NARANJO RAMÍREZ, Gloria Patricia, “Problemas jurídicos en relación con la filiación”, seminario de grado, Especialización Derecho de Familia.
- DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA. Documento sobre selección de sexo. CASADO, M. (Coord.) Signo. Barcelona. 2003. Disponible en:
http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Seleccion_de_sexo.pdf. Compulsada el 27/08/2010
- LAMM, Eleonora. Revista de Bioética y Derecho, núm. 24 Enero de 2012. Publicación del Máster de Bioética y Derecho.
http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_Master.pdf
- INTERNET. Técnicas de Reproducción Asistida.