

*Reproducción asistida y filiación. Tres casos**

Julia Sandra Bernal Crespo**

Recibido: julio 14 de 2013
Aprobado: septiembre 27 de 2013

Resumen

Este artículo analiza uno de los principales problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción asistida: determinar la filiación del nacido y la forma en que nuestros jueces de la República han resuelto este conflicto en los casos específicos de alquiler de vientre, inseminación asistida con donante, e inseminación post-mortem, teniendo en cuenta que, a diferencia de la filiación biológica, el consentimiento de los donantes de gametos y de los receptores es un elemento necesario para determinar la paternidad.

Palabras clave: reproducción asistida, filiación, paternidad, autonomía, consentimiento.

* Resultado del proyecto de investigación sobre Bioética, financiado por la Universidad del Norte, que inició en el año 2008 y que se encuentra actualmente en curso. La autora es la investigadora principal y es profesora Investigadora integrante del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política en la Universidad del Norte-Barranquilla.

** Abogada de la Universidad de los Andes, Doctora en Derecho de la UNED (Madrid); Profesora de derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla. Correo electrónico sbernal@uninorte.edu.co

Assisted Reproduction and Affiliation. Three Cases.

Abstract

This article analyzes one of the main juridical problems arising from assisted reproduction techniques: to determine affiliation of the newborn and the way our judges of the Republic has used to solve this conflict in specific cases of surrogacy, donor-assisted insemination, and post-mortem insemination, bearing in mind that, unlike the biological affiliation, consent of gamete donors and recipients is a mandatory element to determine parenthood.

Key words: assisted reproduction; affiliation; parenthood; autonomy; consent.

Introducción

Desde mediados del siglo pasado, se han producido grandes avances científicos y tecnológicos en campos como la genética y la biología; por ejemplo, la forma de procrear seres humanos se ha ampliado más allá de la relación sexual, y ahora es posible que se pueda superar la falta de capacidad fecundadora de algunos individuos, a través de lo que se ha denominado las técnicas de reproducción humana asistida (Vidal, 1998, p. 12). Sin embargo, estas nuevas tecnologías han planteado cuestionamientos al derecho y a la ética en temas como la filiación, el consentimiento y la autonomía (Morán 2004), de forma que el derecho y la biología se han visto obligados a dialogar y a generar reflexiones éticas y jurídicas, o, si se quiere, denominarlas, bioéticas y biojurídicas (Gafo, 1998, p. 10; Junquera, 1998, p. 11-14).

Han transcurrido más de 20 años desde cuando la Constitución Política de Colombia de 1991 consagró en el inciso 6 del artículo 42 la igualdad de los derechos y deberes de los hijos procreados con asistencia científica¹, pero el Congreso no ha legislado sobre el asunto y ha dejado que los conflictos que se han suscitado sean resueltos por nuestros jueces, quienes invariablemente han hecho manifiesta su inconformidad por la falta de legislación específica sobre el tema de reproducción asistida, así como por la falta de adecuación del ordenamiento jurídico, frente a las novedades que presentan las consecuencias de estas técnicas.

La pregunta que se aborda en este trabajo es sobre la determinación de la paternidad de aquellos niños que han nacido fruto de la fecundación asistida, en especial en aquellos casos en que exista donación de gametos. Para

¹ "Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes" (República de Colombia, 1991, art. 42.inc. 6).

desarrollar el presente texto, se procederá a describir las técnicas de reproducción asistida y el marco jurídico sobre la filiación; lo anterior nos permitirá presentar el problema sobre la determinación de la filiación de un niño nacido mediante las técnicas de reproducción asistida.

Para la resolución del mismo se analizará la legislación existente en Colombia sobre donación de gametos y se tomará la legislación española como un referente comparativo de la forma como se ha regulado el tema de la filiación. Posteriormente se hará una descripción sintética de tres casos que han sido resueltos por nuestros jueces y los problemas jurídicos que tuvieron que resolver en cuanto a la validez jurídica del consentimiento otorgado tanto por los donantes de los gametos como por los receptores de los mismos, para definir la paternidad de los niños concebidos mediante estas técnicas.

1. Técnicas de reproducción asistida y la filiación

Las técnicas de reproducción asistida pueden ser clasificadas así²:

1. Inseminación artificial. Se produce cuando se depositan espermatozoides en el interior de la mujer, mediante cánula, o jeringa o cualquier otro tipo de dispositivo.

2. Fecundación in vitro. La principal diferencia técnica con la inseminación artificial es que la fusión de gametos masculino y femenino es realizada de manera extracorpórea –*in vitro*–, para posteriormente ser implantados en la mujer.

3. Transferencia intratubárica de gametos. Es una técnica intermedia entre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. En este caso no se transfiere el preembrión o el embrión sino los gametos que han sido previamente recolectados, para luego ser transferidos a las trompas

² Sobre las técnicas consultar en Mendoza (2011).

de Falopio, con el fin de que se produzca la fecundación de manera natural.

Los anteriores procedimientos constituyen una alternativa para paliar el problema de infertilidad de algunas parejas, por lo que es factible que la pareja decida que quieren ser padres, aun si alguno de ellos o los dos no puede(n) serlo biológicamente. En estos casos existe la posibilidad de acudir a un centro de fertilidad y solicitar la utilización de gametos o preembriones previamente congelados, y que han sido donados con este fin.

En el caso de Fecundación *in vitro* y de transferencia intratubárica de gametos, se puede presentar que tanto el gameto masculino como el femenino sean de donantes, a diferencia de la inseminación artificial, en la cual siempre existirá la identidad biológica al menos de la madre.

Se entiende por filiación la relación entre dos personas, el engendrante y el engendrado (Abello, 2007, p. 25). Es la relación de parentesco entre madre e hijo y padre e hijo. El derecho regula el vínculo jurídico entre los padres y los hijos, y determina los derechos y las obligaciones derivados de ese vínculo.

Aunque la regulación jurídica de la relación paterno-materno filial descansa en *gran parte* en la verdad biológica, pues la maternidad se determina por el parto y es padre el hombre que aportó los espermatozoides, también nuestra legislación acepta la existencia de un vínculo jurídico entre un niño, y un padre y una madre que no lo han engendrado, vínculo que se genera con la adopción y que produce los mismos efectos jurídicos que la filiación biológica³.

³ El artículo 64 de la ley 1098 de 2006, que trata sobre los efectos jurídicos de la adopción, establece en el numeral 1: "Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo" (Congreso de la República de Colombia, 2006A, art.64)

Con las técnicas de reproducción asistida se puede producir una disociación entre sexualidad y procreación, entre procrear y la paternidad o maternidad, lo que pone en entredicho los conceptos clásicos de maternidad y paternidad desde el punto de vista biológico y jurídico (Sanz, 2002, p. 18-20).

2. Marco jurídico en Colombia sobre la filiación

A pesar de que la Constitución Política de Colombia de 1991 consagra en el artículo 42 la igualdad de derechos y obligaciones de los hijos, sin discriminación alguna por su origen, entendemos que en las técnicas de reproducción asistida hay un paso adicional a la reproducción natural, pues es asistida técnicamente por un médico, lo que significa que debe haber un consentimiento previo para que se proceda a la fecundación. Pero, además, surge el cuestionamiento sobre la validez jurídica de la toma de decisiones en relación con la filiación del niño que nace fruto de este tipo de fecundación, en especial en aquellos casos en que exista donación de gametos. Por una parte, se debate si el donante de gametos puede válidamente renunciar a la paternidad o maternidad, y por la otra, si con la aceptación de la donación y la fecundación con el gameto o gametos donados se genera el vínculo jurídico paterno-materno filial de un hijo que no lo es biológicamente.

En otras palabras, mientras que en la reproducción biológica es la fecundación que procede de la relación sexual la que determina la filiación, sin importar que el padre o la madre o ambos manifestaran su voluntad de querer procrear, en la adopción lo que determina la filiación, además del cumplimiento de los requisitos legales, es la voluntad de unas personas que no han procreado al niño, pero que quieren ser padres. Pero, en el caso de las técnicas de reproducción asistida, no es clara la determinación de la filiación de los nacidos mediante

estas técnicas, con especial atención a las que suponen la intervención de terceros como donantes de gametos o madres subrogadas y en el caso de fecundación *post-mortem*.

Los cuestionamientos sobre la validez de la donación en cuanto a filiación, las presunciones de maternidad o paternidad, la posibilidad de desvirtuar estas presunciones y los acuerdos en los que se renuncia a la maternidad, están siendo resueltos por nuestros jueces quienes tienen en cuenta la doctrina y la legislación comparada.

Donación de gametos y fecundación post-mortem

El Decreto 1546 de 1998 expedido por la Presidencia de la República de Colombia (1998), modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, reglamentario de las Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988 (Presidencia de la República de Colombia, 2004), regula lo relativo a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos, y en particular su trasplante e implante en seres humanos, así como el funcionamiento de los denominados "Bancos de Componentes Anatómicos" y de las "Unidades de Biomedicina Reproductiva". En su artículo 2, que trata de las definiciones, establece en relación con la donación de gametos y preembriones que serán utilizadas en las Unidades de Biomedicina Reproductiva, lo siguiente:

Donante de gametos o preembriones. Es la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados con fines terapéuticos o investigativos.

Donante homólogo: Es la persona que aporta sus gametos para ser implantados en su pareja con fines de reproducción.

Donante heterólogo. Es la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados

en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción.

Receptor. Es la persona en cuyo cuerpo se trasplantan componentes anatómicos biológicos.

Receptora de gametos o preembriones. Es la mujer que recibe los gametos de un donante masculino o femenino, el óvulo no fecundado, fecundado, o un preembrión, con fines reproductivos (Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1546 de 1998, artículo 2).

De lo anterior se desprende, por una parte, que en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra autorizado el procedimiento de reproducción humana asistida, y, por la otra, que se ha establecido la posibilidad de mantener en secreto la identidad del donante de gametos en las inseminaciones artificiales heterólogas, de lo que se infiere que está permitida legalmente la renuncia a la paternidad por una parte, y por la otra, quien(es) acepta(n) la donación quiere(n) asumir la paternidad y/ o maternidad como vínculo jurídico generador de derechos y obligaciones.

El fundamento de la validez de estas manifestaciones de la voluntad lo encontraríamos en la Constitución Política de Colombia de 1991 que consagra y garantiza, dentro de los principios de autonomía, de dignidad y de pluralismo que rigen a una sociedad democrática, el derecho que tienen las personas para tomar decisiones que le afecten a su propia vida, entre las que encontramos el derecho a formar una familia. Como bien expresa la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-503 de 2010, "Toda persona es libre y autónoma para elegir opciones entre diversas alternativas que se le presentan en relación con aquellos asuntos que le interesan, dentro de los límites del ordenamiento jurídico" (Corte Constitucional de Colombia, 2010).

Sin embargo lo anterior, cuando revisamos el Código Civil colombiano encontramos que la

maternidad se determina por el parto (artículo 90)⁴ y que se presume la paternidad cuando el niño nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio o a la unión marital de hecho (artículos 213, 214)⁵; presunción que es simplemente legal lo que permite demostrar en un proceso de impugnación de paternidad que no es el padre. En el caso en que la fecundación se produzca con un gameto de donante heterólogo –no proveniente del cónyuge o compañero permanente–, nos encontramos con que el padre biológico es diferente al padre jurídico, pues con la presunción de paternidad el padre jurídico sería el cónyuge o compañero permanente.

En el supuesto en que mediante la técnica de fecundación *in vitro* el embrión a implantarse sea producto de la pareja, pero la madre gestante sea otra, el niño tiene por padres genéticos a los cónyuges o compañeros permanentes, pero jurídicamente estamos bajo la presunción de maternidad, por el hecho del parto, de la madre gestante o portadora.

La otra modalidad se presenta cuando hay un acuerdo que tiene por objeto que la mujer gestante aporte su gameto y el marido o compañero permanente aporte el suyo; en este caso la madre genética y la que da a luz es la misma persona, pero se busca que la madre jurídica sea la cónyuge o compañera permanente. Las preguntas que se plantearían son en torno a la validez de la donación de sus óvulos y la del convenio de ser madre gestante para luego entregar el niño a la pareja y, en consecuencia, renunciar a la filiación materna.

Por otra parte, y en relación con la fecundación post-mortem, encontramos que al no existir legislación que prohíba o permita que una cónyuge o compañera permanente sea inseminada con el semen de su esposo o compañero ya fallecido o le sea implantado un embrión de la pareja, nos encontramos que si el niño nace después de los 300 días subsiguientes a la muerte del mismo, biológicamente es hijo del fallecido, pero jurídicamente no estaría bajo la presunción de paternidad (Código Civil colombiano, artículos 92 y 220)⁶.

⁴ La normativa es la siguiente: "Artículo 90 inc.1. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre".

⁵ La normativa referida es la siguiente: "Artículo 213. El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho, tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de impugnación de paternidad".

"Artículo 214. El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o 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 un proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la ley 721 de 2001".

⁶ La normativa referida es la siguiente: "Artículo 92. 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 de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento".

"Artículo 220. A petición de cualquier 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 esa imposibilidad.

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

El derecho español

Aunque son varios los Estados (entre los que se encuentran Suecia, Inglaterra, Alemania, Francia, Italia, Canadá y algunos estados de Estados Unidos) que han legislado sobre el tema objeto de este artículo, la legislación española es muy clara sobre la forma en que lo han resuelto, por lo que ha sido tomada como referencia por nuestros jueces, en especial en las sentencias que se analizan en este trabajo.

Cuando se trata de *donación de gametos o preembriones con fines reproductivos*, en España la Ley 14 de 2006 consagra en su artículo 5º la necesidad del consentimiento escrito entre los donantes y el centro autorizado.

En cuanto a la determinación legal de la filiación que se encuentra regulada por el artículo 8, establece en el numeral 1º que "ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación"⁷. En el numeral 3º del mismo artículo se consagra que "la revelación del donante no implica en ningún caso determinación legal de la filiación" (Reino de España, ley 14 de 2006, 2006).

El artículo 9 que trata sobre *premorienza del marido* consagra la necesidad del consentimiento previo del marido para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce (12) meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a

su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que produce la filiación matrimonial. Consagra, además, la presunción de consentimiento cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

El artículo 10 sobre *Gestación por sustitución* establece en su numeral 1º la nulidad de pleno derecho el contrato de gestación, con o sin precio. Como consecuencia de lo anterior, en el numeral 2º determina que la filiación materna será determinada por el parto, y en el numeral 3º, faculta al padre biológico para entablar la acción de reclamación de la paternidad.

3. Tres sentencias en Colombia

En esta segunda parte se procederá a describir, para luego analizar en las consideraciones y conclusiones, tres sentencias en relación con fecundación post-mortem, maternidad subrogada e inseminación artificial heteróloga.

3.1 Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Familia. 2 de agosto de 1994.

Proceso ordinario de ROSA REINA ACOSTA GONZÁLEZ en su calidad de representante de los menores JUAN SEBASTIÁN Y DIEGO FELIPE ACOSTA contra los herederos indeterminados de TEODULO VACA NOVOA. M. P. Martha Lucía Núñez de Salamanca.

La señora Rosa Reina Acosta González, en su calidad de madre y representante legal de sus hijos menores de edad Juan Sebastián y Diego Felipe, instauró una demanda de filiación extramatrimonial contra los herederos indeterminados de Teódulo Vaca Novoa, solicitando se declare que Juan Sebastián y Diego Felipe son hijos extramatrimoniales del difunto Teódulo Vaca Novoa quien era su compañero permanente.

⁷ Con la expedición de la ley 3 de 2007 se adiciona el apartado 3 del artículo 7 de la ley 14 de 2006, que establece que "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última puede manifestar ante el funcionario competente encargado del registro civil, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido" (Reino de España, Ley 3 de 2007, 2007).

A la señora Rosa Reina Acosta se le practicó el día 19 de diciembre de 1987, una cirugía en el Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad CECOLFES ubicado en la ciudad de Bogotá, con el fin de revertir la fertilidad, procedimiento que no tuvo éxito. El día 11 de junio de 1988, el señor Teódulo Vaca Novoa congeló su semen en CECOLFES, con la finalidad de que fuera utilizado posteriormente por la señora Rosa Reina Acosta. El día 15 de noviembre de 1988 falleció el señor Teódulo Vaca Novoa.

El día 2 de febrero de 1989, la señora Rosa Reina Acosta ingresó al programa "Bebé Probeta" de la citada institución. El día 17 de febrero se le realizó la transferencia de 3 embriones, producto de la fertilización *in vitro* con semen del señor Teódulo Vaca Novoa. El 9 de octubre de 1989, la señora Rosa dio a luz a dos gemelos.

La demanda fue admitida por el juez 29 Civil del Circuito de Bogotá, que ordenó su notificación a los demandados en los términos de ley. Cumplido el emplazamiento con el lleno de los requisitos y ante la no comparecencia de ninguna persona al proceso, se designó un *curador ad litem*. La curadora contestó la demanda manifestando que no se opone a las pretensiones siempre y cuando la parte demandante acredite los supuestos de hecho de la filiación extramatrimonial y propuso como excepciones la falta de fundamento legal e inexistencia de causal para demandar y la de inexistencia de autorización para utilizar el método de inseminación artificial, sustentando la primera de ellas en el hecho de que la inseminación artificial no está contemplada en la ley como causal para declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, pues el artículo 6° de la ley 75 de 1968 contempla taxativamente los casos en los cuales se presume la paternidad extramatrimonial, entre los cuales no está contemplado el caso de la inseminación artificial; y la segunda, esto es, la inexistencia de autorización para utilizar el método de inseminación artificial, en el hecho de que la demandante no allegó prueba alguna

de la autorización dada por el señor Teódulo Vaca Novoa para que su semen congelado fuera utilizado para concebir meses después de su muerte, por la señora Rosa Reina Acosta González, así como tampoco existe prueba alguna de que dicho señor hubiese ingresado al Instituto y que el semen que se utilizó fuera de él.

El apoderado de la parte demandante manifestó, en relación con las excepciones propuestas, que si bien es cierto que la ley no contempla el caso materia de ese proceso, también es cierto que la ciencia ha avanzado posibilitando el hecho que ahora nos ocupa, y que aunque este no haya sido objeto de regulación legal, no es una razón para que el Estado desconozca los derechos que les son innatos a las personas por el solo hecho de existir.

El Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, a quien le correspondió continuar con el conocimiento del asunto una vez entró en funcionamiento la jurisdicción de Familia, dictó sentencia mediante la cual declaró que los menores Juan Sebastián y Diego Felipe son Hijos extramatrimoniales del señor Teódulo Vaca. Ordenó, asimismo, oficiar al Notario Veinticinco de Bogotá, para que al margen de los registros civiles de los dos menores, se anote que son hijos extramatrimoniales del señor Teódulo.

Teniendo en cuenta que el fallo proferido fue adverso a la parte pasiva que estuvo representada por un curador *ad litem*, y que el mismo no fue apelado, se sometió el mismo a consulta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala de Familia, para quienes el problema jurídico a ser resuelto fue: ¿En el caso de fecundación *in vitro post mortem*, el consentimiento del cónyuge o compañero permanente que ha dejado su semen con el fin de ser utilizado después de su fallecimiento para fecundar a su pareja, determina la paternidad?

Para la Sala de Tribunal es claro que el inciso 6° del artículo 42 de la Constitución Política

de Colombia de 1991, al consagrar que *los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica*, (subrayado fuera del texto) *tienen iguales derechos y deberes*, amplió el ámbito de posibilidades de predicar la filiación.

Considerando que la legislación comparada y la doctrina

[...] privilegian el consentimiento para la práctica de un determinado procedimiento destinado a la génesis de un ser humano, a efectos de determinar las relaciones propias de la filiación, a diferencia de la procreación natural en la cual la gestación se anexa a la relación sexual, de modo que las relaciones parentales, creadas en virtud de ese procedimiento de génesis artificial, son exactamente las buscadas (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de familia, 1994).

El Tribunal decidió confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, el día 16 de noviembre de 1993 y adicionarla, en el sentido de declarar no probadas las excepciones de fondo propuestas por el curador *ad litem*, bajo el entendido que

[...] es clara la presunción de paternidad, con fundamento en la expresa voluntad del presunto padre, en el consentimiento anterior del mismo y compañero permanente de la madre de los menores, y de la circunstancia de que fue éste el depositante del semen para el procedimiento de inseminación artificial, lo cual tampoco es excluyente de la buena fe contractual, en últimas las dos tesis universalmente imperantes en esta materia (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de familia, 1994).

3.2 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001-3110-002-2006-0537-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

El señor Javier Alejandro García Rodríguez instauró acción de impugnación de paternidad

para que se declarara que el menor XXX no era su hijo. El señor Javier contrajo matrimonio civil con la señora Jannet Eloyne Toquica Osorio el día 28 de septiembre de 1998 e hicieron vida marital hasta el mes de marzo de 2006, fecha en que de común acuerdo decidieron separarse de cuerpos e iniciar el proceso de divorcio

Durante el matrimonio la pareja trató de concebir un hijo, lo cual no fue posible, pues se estableció médicamente que el señor Rodríguez presentaba bajo recuento de espermatozoides y para poder superar esta deficiencia debía someterse a un tratamiento. Los cónyuges estudiaron otras opciones para el caso en que el tratamiento no funcionara, optando por la inseminación asistida con donante de semen, en este caso del padre del demandante. No obstante la señora Jannet quedó embarazada sin que el demandante hubiera iniciado el tratamiento, el niño nació el 19 de noviembre de 2004 y el señor Javier lo registró como hijo suyo.

El señor García, dado su estado clínico, y que no se ha sometido a ningún tratamiento para superar la deficiencia espermática, interpuso la mencionada demanda, la cual correspondió al Juzgado Segundo de Familia de Bogotá, y fue notificada a la señora Toquica, en representación de su hijo menor, quien, a través de apoderada, manifestó allanarse a las pretensiones. En audiencia realizada el 4 de junio de 2007 aseveró que se realizó una inseminación artificial en el Hospital Militar.

Decretada y practicada la prueba genética de paternidad, se concluyó que la paternidad del demandante era incompatible con relación al menor XXX. Por lo tanto el Juzgado en sentencia del 10 de diciembre de 2008, declaró que el niño XXX no era hijo del señor Javier. El Defensor de Familia, adscrito al juzgado de conocimiento apeló el fallo de primera instancia, el cual fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala de Familia, el día 25 de enero de 2010.

El Defensor de Familia en su escrito de apelación manifestó que la sentencia emitida por el Juez de Familia debe ser revocada, puesto que en "el debate del proceso" no se indagó sobre la paternidad del menor y porque, además, el procedimiento para la práctica de la inseminación no se hizo de forma legal, ni de acuerdo con las disposiciones clínicas o médicas que tal práctica requiere.

El Tribunal puntualizó en relación con la aplicación del artículo 6° de la Ley 1060 de 2006, que modificó el artículo 218 del Código Civil colombiano, que la vinculación del presunto padre biológico al proceso debe hacerse siempre que fuere posible (Congreso de la República de Colombia, 2006B), y para este caso en concreto ni la madre ni la médica que realizó el procedimiento de inseminación conocen el origen del semen. El incumplimiento del procedimiento para la práctica de la inseminación asistida no afecta en nada la sentencia impugnada, porque no forma parte de los hechos que se investigan.

El Defensor de Familia interpuso el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil. En la demanda de casación el recurrente manifiesta que al no haberse indagado en el transcurso del proceso sobre la paternidad biológica del menor XXX, se le está vulnerando su derecho fundamental a conocer su origen biológico o genético, que le permita saber quién es su padre, y en consecuencia de ello se defina el ejercicio de la patria potestad, la custodia, la responsabilidad parental y la fijación de la obligación alimentaria. También argumentó que se violaron todos los protocolos que existen en relación con la inseminación artificial, en el sentido que no hubo participación conjunta de los esposos, ni autorización por escrito del cónyuge, no se conoce el origen del semen y tampoco hay certeza de que la concepción haya sido fruto de esa intervención médica.

Para el Defensor de Familia el recurso de casación tenía como propósito la unificación de la jurisprudencia de la Corte para que en los asuntos relacionados con la familia se resuelvan todos los aspectos que se derivan de la paternidad, con fundamento en la protección integral que propende la Constitución Política de Colombia de 1991 en el artículo 44 y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada como legislación interna mediante Ley 12 de enero de 1991 y que se subsume en el artículo 93 de la misma Constitución.

Los interrogantes de los cuales partió la Corte Suprema de Justicia para conocer de este proceso fueron: ¿El cónyuge tiene el derecho de impugnar la paternidad de un hijo concebido dentro del matrimonio, cuando este es fruto de una inseminación artificial heteróloga y no ha manifestado de forma expresa su consentimiento al procedimiento? ¿La persona que ha donado sus gametos para que sean utilizados con fines de reproducción, renuncia a la paternidad?

Para la Corte el objetivo de la Ley 1060 de 2006 fue modificar las reglas correspondientes a los procesos de impugnación de la maternidad y de la paternidad, pero no lo fue, explícitamente, el de introducir cambios a las disposiciones disciplinantes de las controversias judiciales relacionadas con la investigación de la paternidad y la maternidad. En otras palabras, la ley no tuvo el propósito de alterar las reglas de los procesos encaminados a determinar la paternidad o maternidad de una persona, sino que simplemente allanó el camino al menor y en aras de proteger sus derechos, a tener una verdadera identidad, y consagró en el artículo 6° la obligación-deber del juez, que adelanta el proceso de impugnación, de vincular al mismo, si ello fuera posible, al presunto padre o madre biológico con el fin de ser declarada la paternidad o maternidad.

Al destacar que en el trasfondo de la acusación del Defensor de Familia se encuentra la vigencia

del principio que ha sido denominado como de "la verdad biológica" o "el derecho a conocer sus orígenes", con base en el cual las personas tienen el derecho a conocer la identidad de sus padres, la Corte consideró que en el caso específico en donde el menor es fruto de una inseminación artificial heteróloga, es necesario analizar este derecho en relación con las normas pertinentes que regulan la donación de componentes anatómicos:

Al respecto es pertinente señalar que el Decreto 1546 de 1998, modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, reglamentario de las leyes 9° de 1979 y 73 de 1988, reguló la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos, y en particular su trasplante e implante en seres humanos, así como el funcionamiento de los denominados "Bancos de Componentes anatómicos" y de las "Unidades de Biomedicina Reproductiva". En dicha normatividad (sic) se define, en el artículo 2°, al donante heterólogo como la "persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizadas en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción". De lo anterior se desprende, por una parte, que en el ordenamiento jurídico nacional el citado procedimiento de reproducción humana asistida se encuentra reconocido y que las entidades encargadas de prestar dichos servicios están sometidas a regulación estatal, y por la otra, que se ha establecido la posibilidad de mantener en secreto la identidad del donador de gametos en las inseminaciones artificiales heterólogas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2013).

Al realizar un estudio de derecho comparado sobre el tema, la Corte concluye, que en general, cuando se trata de inseminación artificial heteróloga prevalece la confidencialidad del donante sobre el principio de la verdad biológica, y se establece como principio rector la imposibilidad de establecer relaciones paterno-filiales entre el

donante y el hijo fruto del respectivo tratamiento de fecundación.

Por otra parte, en lo que respeta a la relación paterno-filial entre el hijo fruto del tratamiento de fecundación artificial heteróloga de una mujer casada y el marido, para la Corte, y teniendo en cuenta el derecho comparado, el consentimiento expreso del marido es el fundamento de la filiación; por el contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de fertilización con semen de un donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad con el fin de desvirtuar la presunción de la misma. Con lo anterior la Corte concluyó que las decisiones adoptadas NO fueron lesivas de los derechos del menor.

3.3 Sentencia T- 968 de 2009 de 18 de diciembre de 2009 Corte Constitucional-Sala Segunda de Revisión. Expediente T-2220700. M. P María Victoria Calle Correa

La ciudadana Sarai interpuso acción de tutela contra la sentencia 395h del 29 de agosto de 2008 proferida por el Juzgado Décimo (10) de Familia de Cali, por considerar que desconocieron los derechos fundamentales de sus hijos a tener una familia y a no ser separados de ella, a la igualdad y la aplicación de los tratados internacionales que consagran los derechos de los niños, consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991 en los artículos 44, 43 y 93, respectivamente.

El señor Salomón de nacionalidad colombiana, casado por más de 14 años con Raquel, de nacionalidad dominicana, residentes en Estados Unidos, deseaba tener un hijo y en un principio Sarai aceptó realizarse varios tratamientos con el fin de que el señor Salomón fuese padre, a pesar que no se conocían personalmente y su único contacto había sido telefónico.

Sarai acudió al centro Fecundar y allí le implantaron los óvulos de la cónyuge del señor Salomón, tratamiento que no dio resultado

porque su cuerpo rechazó dichos óvulos. Ante el fracaso de este tratamiento, el señor Salomón viajó a Colombia para conocer personalmente a Sarai, la visitaba frecuentemente en su residencia en el Valle del Cauca, iniciaron una relación y al cabo de un tiempo le pidió que se realizara un nuevo tratamiento de fertilización pero con sus propios óvulos. A cambio le prometió una *"buena posición económica para que tuviera el niño y que ese niño lo criarían los dos"*.

La señora Sarai accedió y procedió a realizarse un tratamiento de fertilización *in vitro* en el Centro Imbanaco de Cali con sus propios óvulos y los espermatozoides del señor Salomón, el cual dio como resultado un embarazo gemelar. Salomón pagaba la EPS de Sarai y le enviaba mensualmente la suma de \$149.000 para su manutención, pagos que efectuó cumplidamente hasta cuando ella cumplió cinco (5) meses de embarazo. El día 21 de marzo de 2006, como producto de la inseminación artificial consentida, nacieron los mellizos Samuel y David. La madre registró el nacimiento de los niños con sus dos apellidos y posteriormente el padre los reconoce como hijos suyos.

El 20 de diciembre de 2006, cuando los niños tenían nueve (9) meses de nacidos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Yumbo le retiró a la madre la custodia y cuidado personal de los menores, la cual fue asignada de manera provisional a la tía paterna, Isabel. Tal decisión se originó en el estado de afección gripal que presentaban los menores debido a que la casa en que vivían estaba ubicada al lado de un horno de cal, y a pesar de que estaban siendo atendidos por su madre, no eran víctimas de maltrato y el padre conocía la situación de la vivienda y las condiciones económicas de la señora Sarai.

El padre de los menores presentó demanda de permiso de salida del país con el fin de que los niños pudiesen residir en los Estados Unidos. La demanda dirigida contra la madre corres-

pondió al Juzgado Décimo de Familia de Cali quien mediante sentencia del 29 de agosto de 2008, concedió el permiso de salida del país de los niños, Samuel y David, con destino a los Estados Unidos en compañía del padre, quien deberá permitir el contacto de los menores con su madre, suministrándole la dirección de residencia, teléfono y permitiéndole las visitas.

La decisión del Juez Décimo de Familia se basó en las siguientes consideraciones:

- (i) Entre Salomón y Sarai existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel.
- (ii) Sarai después de recibir una alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños.
- (iii) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas.
- (iv) Las diferentes autoridades que inicialmente conocieron del caso (ICBF y Juzgado de Vijes) consideraron pertinente que ante la situación de salud que estaban viviendo los niños, se le adjudicara a la tía paterna de manera provisional su custodia y cuidado personal, la cual posteriormente fue ratificada en cabeza del padre.
- (v) Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza en que viven en la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado.

(vi) El padre de los menores tiene un mejor derecho a estar con ellos, porque él fue quien buscó por todos los medios y con muchos sacrificios su concepción.

Para garantizar los derechos de la madre, el Juez dispuso que el padre "deberá traerlos o permitir que ellos vengan a esta ciudad y estén al lado de su madre dos veces al año, en época de vacaciones de mitad y de fin de año. Cuando la señora Sarai pueda ir a los Estados Unidos, bien sea por sus propios medios económicos o por ayuda que le pueda brindar el señor SALOMÓN, se entiende que se cumple con el compromiso de las visitas".

La accionante interpuso acción de tutela solicitando que se revoque la Sentencia proferida el 29 de agosto de 2008 por el Juzgado Décimo (10) de Familia de Cali, por ser violatoria de los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, de acuerdo con los artículos 43 y 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991. El proceso de tutela correspondió en primera instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, el cual mediante sentencia de 10 de diciembre de 2008, dejó sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado Décimo de Familia de Cali por haber incurrido en defecto fáctico y sustantivo.

Para el Tribunal, el juez desconoció que la Declaración de los Derechos del Niño que forma parte integrante del bloque de constitucionalidad, contempla que "salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre". El juez pasó por alto esta disposición por creer que lo que se trataba en este caso era de hacer cumplir un contrato de alquiler de vientre y que la madre incumplió, debido a que se generaron lazos afectivos con sus hijos. Para el tribunal, el Juez tampoco tuvo en cuenta el precedente constitucional según el cual: para poder determinar cuál es la opción más favorable para un menor, se deben tener en cuenta necesariamente los derechos de las personas

vinculadas con el mismo, especialmente, de los padres biológicos o de crianza.

El señor Salomón impugnó el 24 de febrero de 2009 la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, pero la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decidió confirmar el fallo proferido por dicho Tribunal.

La Corte adoptó como problemas jurídicos a ser resueltos en este caso: ¿Están legitimados los convenios o acuerdos respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que "Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes"? ¿Incorre la sentencia proferida el 29 de agosto de 2008 por el Juzgado 10 de Familia de Cali, que otorgó el permiso de salida a los menores, en violación de los derechos fundamentales de los menores a no ser separados de su madre, al considerar que lo que había era un incumplimiento del contrato de alquiler de vientre por parte de la madre gestante?

La Corte en su sentencia cita el concepto de Yolanda Gómez Sánchez⁸ sobre el alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, como "el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este". En este sentido las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y, una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada

⁸ Ver Gómez (1994).

de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre. Para la Corte este contrato no se encuentra prohibido en nuestra legislación si la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos, pues si lo aportara estaríamos frente a la hipótesis de que la mujer se compromete a entregar a su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, comportamiento que prohíbe nuestro ordenamiento jurídico por constituir trata de seres humanos.

La Corte Constitucional manifestó que en este caso realmente no existió la figura de alquiler de vientre, puesto que Sarai es la madre biológica de los dos menores.

Considerando que ante la clara evidencia de la vulneración injustificada de los derechos fundamentales de los menores, y del enorme perjuicio que las decisiones han generado en su desarrollo psico-afectivo, por la separación abrupta y definitiva de los niños de su progenitora en una etapa crucial en su desarrollo, confirmó la sentencia del 24 de febrero de 2009 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que a su vez confirmó la decisión del 10 de diciembre de 2008 de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el sentido de dejar sin efectos la sentencia 395h del 29 de agosto de 2008 del Juzgado Décimo de Familia de Cali, por medio de la cual se autorizó la salida del país de los menores.

4. CONCLUSIONES

Es importante anotar que en las tres sentencias los falladores recalcan sobre la necesidad de legislar sobre la reproducción asistida, con el

fin de que se protejan y garanticen los derechos fundamentales de los niños nacidos fruto de estas técnicas, se evite que se realicen actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley y se regulen los conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

En la primera sentencia que trata sobre inseminación *post-mortem*, para el Tribunal es claro que el consentimiento previo del compañero permanente para que su semen congelado sea utilizado con el fin de procrear un hijo luego de su muerte hace presumir la paternidad. Consideramos que este consentimiento previo es el reconocimiento de su paternidad del hijo nacido mediante este tipo de fecundación. No obstante, queda sin resolver lo relacionado con los efectos jurídicos patrimoniales de este reconocimiento, pero pensamos que en razón a la igualdad de los derechos de los hijos, estos tendrían los mismos derechos sucesorios que los demás hermanos paternos. En relación con los atributos de la personalidad, en cuanto al nombre con el cual debería registrarse el nacimiento el niño, llevaría el apellido del padre seguido del apellido de la madre; su filiación en este caso es extramatrimonial debido a la relación de compañeros permanentes de los padres.

En la segunda sentencia que trata sobre inseminación asistida con donante heterólogo en una mujer casada sin el previo consentimiento del cónyuge, la Corte resuelve que el cónyuge puede impugnar la paternidad debido a que no consintió previamente en el tratamiento y, por tanto, no asume jurídicamente la paternidad de ese niño. En relación con el donante manifiesta que al donar anónimamente su semen, renuncia a su paternidad y no puede solicitarse judicialmente a pesar de ser el padre biológico, pues prevalece la confidencialidad frente a la "verdad biológica". Una duda que queda y que ha sido planteada por Borda (2008, p. 15-16) es si un donante del semen puede reclamar la paternidad y reconocerlo como hijo. En relación

con los derechos del niño a tener una familia, el derecho a su identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre y filiación, derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y en el artículo 25 del Código de la Infancia y Adolescencia -Ley 1098 de 2006- (Congreso de la República de Colombia, 2006A), pensamos que si bien la familia monoparental es una realidad colombiana, el niño, al igual que como sucede en la adopción, debería tener el derecho a solicitar el levantamiento de la reserva y el acceso a la información, de acuerdo con los requisitos consagrados en el artículo 75 de la citada ley.

En la tercera sentencia que trata sobre maternidad subrogada, la Corte Constitucional interpretó que la modalidad en la que realmente hay alquiler de vientre es cuando la madre gestante no aporta su óvulo. Manifiesta que este contrato no se encuentra prohibido por nuestra legislación y por el contrario tiene más ventajas que la adopción, pues los padres genéticos serán los padres jurídicos. En este caso consideró que con el fin de desvirtuar la presunción de maternidad por el hecho del parto, se debe aportar como documentos antecedentes del registro civil de nacimiento, el contrato de alquiler de vientre y las pruebas genéticas de filiación. Por el contrario, negó la validez del contrato por tener objeto ilícito, cuando la madre gestante, además, aporta su óvulo y, por lo tanto, es la madre biológica y no puede darlo en venta. Falta por resolver si sería válido el contrato cuando no se establece una remuneración⁹; ¿estaríamos hablando de adopción?, si es así, de acuerdo con el artículo 66 del Código de la Infancia y Adolescencia, el contrato estaría viciado de nulidad¹⁰.

⁹ Una aproximación al tema en Ravetllat (2011).

¹⁰ "No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo

Por lo anterior es claro que se hace necesario regular el tema del consentimiento que deberá ser apto, asesorado e informado y las consecuencias jurídicas en relación con la filiación. Es necesario adecuar el tema de presunciones de paternidad y maternidad vigentes en el Código Civil colombiano en relación con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. El legislador deberá tener como criterio fundamental la garantía de los derechos fundamentales de los niños, la no discriminación por razón del nacimiento, que son sujetos de especial protección del Estado, la sociedad y la familia, y que sus derechos prevalecen sobre los demás.

Referencias bibliográficas

- Abello, J. (2007). *Filiación en el derecho de familia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Borda, G. A. (2008). *Tratado de derecho civil. Familia*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Congreso de la República de Colombia. (2006A). *Ley 1098 de 2006*. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2006B). *Ley 1060 de 2006*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia T-968 de 2009*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia T- 503 de 2010*. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2013). *Sentencia del 28 de febrero de 2013, Referencia 11001-3110-002-2006-0537-01*. Colombia.
- Gafo, J. (Ed.). (1998). *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Gómez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.
- Junquera, R. (1998). *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*. Madrid: Tecnos.
- de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante" (Congreso de la República, 2006A, inc. 4 art.66).

Mendoza, H. A. (2011). *La reproducción humana asistida*. México: Fontamara.

Morán, C. (2004). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima: ARA editores.

Presidencia de la República de Colombia. (1998). *Decreto 1546 de 1998*. Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (2004). *Decreto 2493 de 2004*. Colombia.

Ravetllat, I. (Coord.) (2011). *Derecho de la persona*. Barcelona: Bosch.

Reino de España. (2006). *Ley 14 de 2006*. España.

Reino de España. (2007). *Ley 3 de 2007*. España.

República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Colombia.

Sanz, J. E. (2002). *Fecundación asistida. Ideas estructurales para la regulación de los métodos de procreación asistida*. Medellín: Ibáñez.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia. (1994). *Sentencia del 2 de agosto de 1994*. Colombia.

Vidal, J. (Coord.). (1998). *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Granada: Comares.