

**CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD EN
LOS CASOS DE REPRODUCCION ASISTIDA**

MARIA FERNANDA CAÑON URREGO

**DR. HUMBERTO LIBRADO
COORDINADOR DE INVESTIGACIONES**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DIPLOMADO EN DERECHO PROCESAL Y JURISPRUDENCIA
BOGOTÁ D.C. OCTUBRE DE 2014**

RESUMEN

El presente artículo reporta un breve estudio sobre las técnicas de reproducción asistida y las consecuencias jurídicas que surgen a raíz de poca regulación en el sistema judicial colombiano, en especial en el momento que el Juez debe determinar la filiación del nacido en aquellos casos en donde la paternidad ha sido impugnada por vicios del consentimiento en la práctica la inseminación asistida o fecundación in-vitro. Lo anterior, parte de la Línea de Investigación Familia Conflictos Sociales y Proyección social de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento, Familia, Filiación, Impugnación, Paternidad, Reproducción asistida.

ABSTRACT

This present article report a brief study of the techniques of assisted reproduction and the legal consequences that arise from little regulation in the Colombian Judicial System, especially when the Judge must determine the filiation of the child in cases where paternity has been challenged for vices of consent in practice assisted insemination or in-vitro fertilization. This part of the Family Research Line Social Conflict and Social projection of the Faculty of Law of The Gran Colombia University

KEY WORDS: Consent, Family, Filiation, Parenthood, Assisted Reproduction;

CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD EN LOS CASOS DE REPRODUCCION ASISTIDA

Las técnicas de reproducción asistida se han convertido en la solución a los problemas de infertilidad en los seres humanos, sin embargo ante la poca regulación en el sistema jurídico colombiano resulta importante analizar los alcances de dicho procedimiento a la luz del Derecho de Familia, en especial su relación en materia de filiación.

Las investigaciones científicas han dado resultados sorprendentes en materia de reproducción humana, que ayudados por la tecnología buscan contrarrestar los casos infertilidad a nivel mundial. Aunque en Colombia son pocas las personas que han acudido a las técnicas de reproducción asistida, los altos índices de infertilidad han conseguido que se fije la atención y se acuda a la aplicación de estos métodos, por lo que se hace necesario suplir los vacíos jurídicos existentes como medida de prevención y protección al derecho de la familia, como núcleo de la sociedad.

Es importante entender que la reproducción asistida se presenta cuando no puede llevarse a cabo y de forma natural la fecundación de los gametos femenino y masculino o cuando en alguna de las etapas debe acudir a la ciencia. Las técnicas de reproducción asistida hasta hoy conocidas son la fecundación in vitro, la inseminación artificial homologa y heteróloga, la transferencia intra-tubaria de cigotos y transferencia intra-tubaria de gametos. El general, el fin de la reproducción asistida es brindar la posibilidad de procrear a aquellas parejas que no podían hacerlo de forma natural.

De otra parte, la familia en sentido amplio es entendida como el conjunto de personas que están unidas por los vínculos del matrimonio o del parentesco, sin embargo, a medida que la sociedad avanza los tipos de unión entre las personas también cambian.

El Constituyente de 1991 en el artículo 42 de la Carta Política señaló que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos y el Estado y la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

De lo anterior, se colige que para el Estado Colombiano la familia es la institución básica de la sociedad y por ende goza de especial protección; así mismo, establece que los hijos producto de la unión familiar tienen igual derechos y deberes sin hacer distinción alguna por la forma de concepción o vinculación en la familia, siendo la primera inclusión al ordenamiento jurídico de las técnicas de reproducción asistida.

Para el Derecho de Familia la vinculación que existe entre un padre o madre con el hijo es conocido como Filiación, esa relación es la que le proporciona una identidad a la persona y le atribuye derechos y obligaciones entre estos. La Ley 12 del 22 de enero de 1991, por medio de la cual se aprueba la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su artículo 7° establece que todo niño, niña adquiere desde que nace el derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, normatividad que va acorde con lo estipulado en el artículo 44 de la Constitución Nacional. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF], 2013).

La Corte Constitucional en Sentencia C 109-95 indicó que:“(…) toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres sino a obtener

certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo y para que se cumplan, en beneficio suyo, las obligaciones de sus progenitores (...) El derecho del menor a un nombre y al conocimiento de su filiación resulta fundamental no solamente por el ya aludido mandato constitucional sino por cuanto en ello está de por medio su dignidad humana, ya que supone la posibilidad de ser Identificado y diferenciado respecto de los demás individuos y el ejercicio de otros derechos, como los relativos a su alimentación, crianza, educación y establecimiento”.

La legislación colombiana ha establecido el proceso de impugnación de la paternidad o maternidad ante la autoridad competente, para que la parte interesada, pueda hacer exigibles sus derechos, cuando no se logre voluntariamente el reconocimiento del menor como hijo. Sin embargo, la adecuación del caso a la normatividad jurídica es casi imposible por lo que las sentencias, deben acudir a la doctrina y a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en ese sentido.

El Legislador no ha prestado mayor interés en regular la práctica de las técnicas de reproducción asistida y su impacto en la sociedad, por una parte, lo relacionado con los límites al manejo de estos procedimientos y por otra, a la luz del Derecho de Familia, no se han establecido las consecuencias jurídicas en el caso que la paternidad sea impugnada cuando la fecundación haya sido asistida y presente vicios del consentimiento.

Para desarrollar esta problemática, se realizara una breve descripción de las técnicas de reproducción asistida así como de la filiación, tipos y procedimientos para la impugnación de la misma, observando lo establecido por la Corte Constitucional en dichas materias con el fin de

identificar cuáles son los vicios jurídicos y las posibles consecuencias de no existir legislación sobre dicho tema.

1. Técnicas de Reproducción Asistida

La imposibilidad del ser humano para reproducirse ha sido uno de los mayores problemas sociales y médicos a lo largo de toda la historia pues es visto como una amenaza para la prolongación de la sociedad. Hace aproximadamente treinta años la única alternativa que tenían las parejas infértiles para ser padres era la adopción, pero gracias a los avances científicos hoy se cuenta con numerosas herramientas de ayuda tanto para mujeres como para hombres.

El proceso natural de la fecundación ocurre con la unión de los gametos femenino y masculino, específicamente cuando el espermatozoide se introduce en el ovulo madurado y se fusionan todos sus componentes. Al transcurrir un periodo entre ocho y diez días, el embrión es transportado de la trompa de Falopio al útero para anidarse y lograr su pleno desarrollo. Sin embargo, cuando el proceso descrito anteriormente no pueda realizarse de forma natural y sea necesaria la intervención de la medicina en alguna de sus etapas, se está frente a lo denominado como fecundación asistida.

Hacia el año 1976 nació la primera “bebe probeta” en Inglaterra cuya concepción se produjo en un laboratorio y luego ser implantado en el útero materno donde tuvo una gestación normal. Este fue el primer logro de la ciencia en el tratamiento de la esterilidad y al pasar de los años, las investigaciones avanzan a pasos agigantados permitiendo que hombres y mujeres con limitaciones fisiológicas puedan concebir.

Los principales tratamientos de la fecundación asistida es la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la transferencia intratubarica de gametos.

1.1 Inseminación Artificial

Esta técnica consiste en la introducción de espermatozoides en la cavidad uterina por medios distintos al coito con el fin de lograr la fecundación. De acuerdo al origen del semen se conocen dos tipos de inseminación: la inseminación artificial homóloga, en donde el semen procede de la pareja y la inseminación artificial con donante anónimo, caso en el cual se recurre a un banco de semen.

Este procedimiento debe realizarse en varias etapas a saber: a) estimulación del ovario, b) preparación del espermatozoide y c) la inseminación en sí misma. Así mismo, la inseminación artificial puede realizarse entre vivos, cuando los miembros de la pareja aún viven o *post mortem*, cuando el marido dador del semen ha fallecido.

1.2 Fecundación In vitro

En la fecundación *in vitro* FIV la unión de los gametos se realiza de manera extracorpórea, es decir fuera del útero y posteriormente el embrión es implantado en dicha cavidad para terminar su proceso de gestación y desarrollo. En esta técnica la pareja también debe ser sometida a la práctica de exámenes físicos para determinar su procedencia y principalmente es practicado en aquellas mujeres que padecen enfermedad en las trompas de Falopio, lugar en donde generalmente se produce la fecundación.

Este procedimiento se realiza en los siguientes pasos: estimulación ovular, extracción quirúrgica de óvulos, fertilización en laboratorio de los gametos femenino y masculino e implantación del embrión en el útero. La práctica ha demostrado que este es uno de los tratamientos más costosos debido a la complejidad de sus etapas y a la necesidad de intervención de distintos profesionales de la salud.

1.3 Transferencia Intratubárica de Gametos

Esta técnica no es tan popular como la inseminación artificial o la fecundación in vitro, pero se utiliza cuando las otras no han dado los resultados esperados. Es un tratamiento muy similar a la FIV pero su diferencia radica en que la fecundación se produce en las trompas de Falopio en forma natural y no extracorpóreamente como ocurre con la in vitro.

Así mismo, se recurre a la estimulación ovárica a través de medicamentos con el fin de extraer los óvulos madurados y combinarlos con los espermatozoides de la pareja o del donante, y luego implantarlos en las trompas de Falopio. Una de las desventajas en la práctica de este tratamiento es la posibilidad de embarazo múltiple debido a la implantación de varios óvulos combinados.

En Colombia existen centros de fertilidad en ciudades como Cali, Bogotá, Medellín, en donde se implementan las técnicas de reproducción asistida descritas anteriormente, que si bien son de libre acceso no todas las parejas pueden ser beneficiarios de dichos procedimientos debido a sus elevados costos.

El Constituyente de 1991 reconoció la reproducción asistida como uno de los métodos para concebir y tener familia, es por ello que el numeral 6° del artículo 42 de la Constitución Política de 1991 reza lo siguiente:

“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable.”

Dicha normatividad fue establecida en procura del respeto del derecho a la igualdad de los hijos concebidos en el matrimonio sin importar su forma de concepción, consagrado en el artículo 1° de la Ley 29 de 1982 sin embargo, esta pequeña exposición no resuelve las inquietudes que surgen en la práctica de las técnicas de reproducción asistida.

En la legislación Colombiana no existe una regulación clara sobre la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida pues si bien, el Decreto 1546 de 1998 y el 2493 de 2004 consagran las normas a seguir respecto a la obtención, preservación y disposición final de los componentes y procedimientos de los implantes o trasplantes en los seres humanos, hasta la fecha no se ha prestado mayor atención al tema de la reproducción humana asistida.

Algunas mujeres que han visto frustrado su sueño de ser madres y conformar una familia, han decidido acudir a sus EPS para ser valoradas y atendidas por su problema de fertilidad, sin embargo, las Entidades Promotoras de Salud se niegan a brindar los servicios pues no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, razón por la cual acuden ante la Jurisdicción Ordinaria en busca de la protección de su derecho a la vida, al libre desarrollo de la personalidad y a la familia. De igual manera, aunque el acceso no está prohibido, la doble moral que existe en la sociedad hace evidente la discriminación en hombres y mujeres que sin importar su condición sexual, desean acceder al servicio y ven afectados sus derechos.

2. La Filiación en Colombia y la Normatividad Relativa a la Impugnación de la Paternidad

Otro de los problemas que han surgido en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, tiene relación con el Derecho de Familia, en especial a lo que concierne con la filiación, pues claramente el legislador ha sido indiferente ante los tipos de familia, el desarrollo psicosocial del ser humano y los avances de la tecnología.

El Derecho de Familia Colombiano tiene como principal referencia el matrimonio a pesar de estar reconocidas las uniones maritales de hecho y ahora, la unión de parejas del mismo sexo. Ahora bien, se entiende por *filiación* la relación o vínculo de descendencia que existe entre el padre o la madre y el hijo; considerada por el lado del padre se denomina paternidad y con relación a la madre, maternidad. (Lopez de la Pava, 1978).

Al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de marzo de 1984 MP. Doctor Humberto Murcia Ballén señaló lo siguiente:

“El vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado, encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal.” (P.108)

De conformidad con lo establecido en la Ley 29 del 24 de febrero de 1982, existen tres clases de filiación: a) legítima, b) extramatrimonial y c) adoptiva. La Filiación legítima es producto de la concepción o nacimiento del hijo durante el matrimonio o la unión marital de hecho. Al respecto el artículo 213 del Código Civil consagra la presunción de la paternidad de los hijos concebidos durante la vigencia del matrimonio o la unión marital salvo que se demuestre lo contrario, veamos:

“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 investigación o de impugnación de paternidad”.

Respecto a la filiación extramatrimonial el artículo 52 *ibidem* expresa que los hijos de padres no casados o de madre soltera o viuda son considerados naturales o extramatrimoniales; y por su parte, la filiación adoptiva no tiene origen en la procreación sino en el acto jurídico por el cual una persona atribuye a otra la calidad de hijo en virtud de autorización legal. (López de la Pava, P. 172)

Como se mencionó anteriormente, el Código Civil en sus artículos 213, 214 y 216 establece una serie de presunciones legales respecto a la paternidad y /o maternidad del menor, situaciones que con el inicio de un proceso de impugnación de la paternidad pueden ser desvirtuadas; sin embargo, en los procesos que se inicien y tengan relación con las técnicas de reproducción asistida, el Juez tendrá serios vacíos normativos pues la ley no está ajustada para ese tipo de casos.

Lo anterior sin desconocer los avances significativos en materia de filiación respecto a la distinción de los hijos y a la no afectación de derechos y obligaciones ante la ley.

Como se ha podido observar, la filiación está muy sujeta a la unión de parejas bajo el vínculo del matrimonio o de la unión marital de hecho, surge entonces el interrogante respecto a las parejas que hayan acudido a la práctica de algún método de reproducción asistida ya que el ordenamiento jurídico no prevé dichos eventos.

2.1 Posibles Vacíos Jurídicos en el tema de la Filiación con respecto a las técnicas de Reproducción Asistida

En el evento que la pareja haya decidido acudir a la práctica de la inseminación homóloga, es decir que el procedimiento se lleva a cabo con los gametos de cada uno de ellos, no existiría vacío jurídico como tal, pues el método simplemente otorga una mayor facilidad para cumplir con uno de los fines del matrimonio que es la reproducción.

Sin embargo, es importante que exista especial atención a los casos en donde la mujer decida realizar el procedimiento de inseminación con los espermatozoides de su esposo fallecido; (conocido como inseminación artificial *post mortem*), técnica posible gracias a los métodos de crio-preservación, que conserva el semen con todos sus componentes sin que pierda fertilidad.

El legislador otorgo derechos al que está por nacer para efectos de la sucesión, a condición de que nazca con vida, tal y como consta en el artículo 93 del Código Civil Colombiano que reza lo siguiente: “Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron.”

De lo anterior pueden ocurrir dos eventos, el primero es que la concepción haya ocurrido 300 días antes de la muerte del marido, caso en el cual se presume concebido en el matrimonio según lo establecido en el artículo 220 *ibídem*, y el segundo, que la mujer acceda al tratamiento pasados los 300 días que establece la norma, caso en el cual se tendrá como hijo extramatrimonial si se puede garantizar la práctica de la prueba de paternidad.

Un aspecto positivo es que en la legislación no existe diferencia alguna entre los derechos de los hijos concebidos en el matrimonio o fuera de él, pues ambos gozan de iguales derechos ante la ley.

Sin embargo es pertinente garantizar la participación del menor en la partición de herencia sin desconocer los derechos de los demás y resolver el interrogante respecto a cuánto tiempo se puede dejar que transcurra hasta iniciar el proceso de sucesión.

En los casos de inseminación artificial heteróloga en donde un tercero (donante) interviene en el proceso de reproducción, surgen inquietudes respecto a la impugnación de la paternidad, pues si bien la mayoría de los casos la donación es anónima y no implica ninguna responsabilidad futura por reconocimiento de los hijos, alimentos y demás obligaciones propias de un padre, puede presentarse el evento en el que el esposo o compañero permanente de la madre impugne la paternidad del menor.

El marido que a bien tenga impugnar la paternidad deberá desvirtuar la presunción del artículo 92 del Código Civil, señalando que durante el término comprendido entre 180 y 300 días antes del nacimiento del menor, no tuvo acceso a la mujer. Sin embargo, esta normatividad esta

presta a malas interpretaciones pues posibilita al padre que impugne la paternidad de un hijo que ha sido concebido de su propio semen.

Es importante tener en cuenta que los avances de la ciencia han demostrado que la concepción de un nuevo ser humano es posible por métodos diferentes a una relación sexual, eventos que deben analizarse desde el Derecho con el fin de estar de la mano de los avances tecnológicos y evitar posibles enfrentamientos jurídicos.

Quienes se dedican al desarrollo y aplicación de las diferentes técnicas de reproducción asistida es claro que el consentimiento de quienes actúan como donantes y de quienes acceden al tratamiento es fundamental a la hora de practicarlo, acto que desde el punto de vista jurídico tiene mayor importancia, pues cómo puede un padre impugnar la paternidad si expresó consentir la práctica del tratamiento de asistencia científica, caso en el cual el demostrar el no acceso a la mujer durante el término de presunción establecido por la ley no sería su sustento.

Lo mismo ocurriría en los casos de inseminación heteróloga, en donde el marido biológicamente no es el padre pero si consintió que su mujer se practicara dicho procedimiento con el fin de procrear, ¿acaso puede desconocerse lo declarado con anterioridad y eximirle de responsabilidad como futuro padre?

En el evento que la inseminación artificial con semen de un donante no haya sido consentida por el marido y que la mujer fue quien decidió unilateralmente engendrar el niño, no puede exigírsele que reconozca al menor como hijo y atribuirle la paternidad, le corresponde entonces probar que él no consintió la práctica de dicho tratamiento.

Aunque pocos han sido los casos de impugnación de paternidad frente a la práctica de una de las técnicas de reproducción asistida, no lejos está la posibilidad de que existan vicios del

consentimiento a la hora de aceptar o no el tratamiento de asistencia con donación de un tercero, caso en el cual el Estado deberá acceder a las pretensiones del padre y no obligarlo a reconocer al menor como hijo.

De lo anterior, se suscitan otras consecuencias con relación al menor, puesto que si su padre biológico (donante) no está obligado a reconocerlo como hijo y su padre legal (marido) impugnó la paternidad, ¿en dónde quedan los derechos a la familia, a la filiación y a la herencia reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico?

La Corte Constitucional en Sentencia C-109/95 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero señaló lo siguiente: *La filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona, concluye entonces la Corte que el derecho a la filiación, 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.*

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos ha señalado que conocer quiénes son sus progenitores es un derecho fundamental de la persona humana y que la ciencia ha prestado un apoyo al derecho de familia y probatorio, al punto de presentarse hoy día la petición de escuchar al experto y no al juez en los procesos de impugnación de la paternidad o maternidad debido a que la pregunta antes de jurídica es biológica, es decir científica.

Para el caso que nos ocupa, es necesario que el Legislador supla los vacíos jurídicos existentes con relación a la práctica de las técnicas de reproducción asistida y su relación con el derecho de familia, teniendo como fin el ayudar a la población con problemas de fertilidad, ya que penalmente la ley ha establecido taxativamente los delitos por manipulación genética,

prohibición de repetibilidad del ser humano o clonación, fecundación y tráfico de embriones en los artículos 132 a 134 de la Ley 599 de 2000 actual Código Penal Colombiano.

Considerando que en un proceso de impugnación de la paternidad sea favorable a las pretensiones del padre, deben observarse con total cuidado los derechos del menor de manera tal que las decisiones no afecten el desarrollo social, emocional y afectivo.

3. Conclusiones

- Reconocer las técnicas de fecundación asistida como método de tratamiento de la infertilidad y esterilidad, sujeto a reglamentación y control por parte del Estado.

- Dichos tratamientos tienen como fin exclusivo servir como alternativa para las parejas que padecen de esterilidad o infertilidad, los cuales siempre irán en procura del respeto por la vida y la dignidad humana.

- Dada la importancia, es necesario establecer que el consentimiento previo para acceder o cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sea ley para las partes, entendiendo que dicho acto reconoce la paternidad del hijo concebido con asistencia.

- La igualdad de derechos herenciales a los hijos concebidos en el matrimonio, extramatrimoniales y mediante fecundación asistida, no deber tener distinción alguna por no cumplir con la presunción legal establecida en el Código Civil respecto a los días de fecundación, pues para aquellos casos se tendrá como referencia el consentimiento del padre que acepta congelar el semen para que este sea utilizado tiempo después de su muerte o que consiente la donación de semen.

