

Medellín, 28 de enero de 2021

Señores

Comité de Trabajos de Grado

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

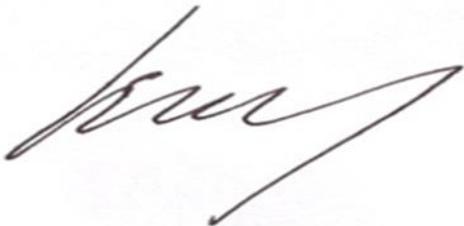
Universidad de Antioquia

Cordial saludo.

El suscrito, en mi calidad de asesor del trabajo de grado titulado **NUEVOS PARADIGMAS: FILIACION POST MORTEM EN COLOMBIA. Importancia de la regulación de la filiación por inseminación artificial post mortem en Colombia**, elaborado por el estudiante **Dayany Orozco Grajales**, como producto de la actividad de investigación en el Curso de Profundización en Derecho de Familia “Conformación de la familia en Colombia”, me permito solicitarles atentamente, se dignen nombrar evaluador para el mismo.

El trabajo, a efectos de ser sometido para su aprobación, reúne los requisitos exigidos por el Consejo de la Facultad.

Atentamente,



MIGUEL ÁNGEL MONTOYA SÁNCHEZ
Profesor

Medellín, 9 de febrero de 2021

Señores

Comité de Trabajos de Grado

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Cordial saludo,

En mi calidad de evaluador del trabajo de grado titulado “Nuevos Paradigmas: Filiación Post Mortem en Colombia”, presentado por DAYANY OROZCO GRAJALES, siguiendo los lineamientos establecidos por el Comité, APRUEBO el mismo, teniendo en cuenta que el texto es claro y coherente, sus fuentes son pertinentes, realizó un adecuado desarrollo temático, en lo que atañe a las relaciones del saber jurídico y otros saberes, llevó a cabo un trabajo impecable, e igualmente, hizo un adecuado uso del sistema de citación de fuentes.

Atentamente,

Jorge Luís GONZÁLEZ ROJAS

Evaluador

NUEVOS PARADIGMAS: FILIACION POST MORTEM EN COLOMBIA

Importancia de la regulación de la filiación por inseminación artificial post mortem en Colombia

Dayany Orozco Grajales*

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Resumen

Las técnicas de reproducción humana asistida, en adelante TRHA, están cobrando cada vez más relevancia a nivel mundial, por lo tanto, es imperante y necesario que sus efectos jurídicos estén regulados legalmente, con el fin de evitar, que la práctica de estas quede sujeta tanto a la ética de los sujetos intervinientes como a la discrecionalidad de los jueces en caso de existir controversia. Con el propósito de establecer la importancia de la regulación de la filiación post mortem en Colombia, es necesario brindar una perspectiva histórica de la figura de la filiación de manera general y estudiar concretamente el tema mediante el derecho comparado.

Palabras clave: Filiación, inseminación post mortem, reproducción asistida, derecho comparado, derecho fundamental, conformación de la familia, ADN.

Importancia de la regulación de la filiación por inseminación artificial post mortem en Colombia

Una de las estructuras de la sociedad¹ más importante y de más rápida evolución es la familia, tratar de definirla en un solo concepto se hace imposible, si se tienen en cuenta todas las formas en las que se puede conformar. En Colombia el legislador se sigue quedando corto al tratar de regular esta institución en todos sus aspectos, se puede observar como ejemplo, el tema central de este trabajo “LA FILIACION EN CASOS DE INSEMINACION ARTIFICIAL POST MORTEM”, ya que su tratamiento legal en Colombia ha sido prácticamente nulo, a excepción de un solo caso estudiado de manera jurisprudencial, dejando las decisiones a la discrecionalidad total de los jueces porque a este momento no hay ninguna ley que regule este tema en específico.

En este ensayo, con la finalidad de desarrollar el tema de investigación propuesto, se hará inicialmente una breve referencia al concepto de filiación, buscando establecer una base desde la cual se va a entender esta institución a lo largo del documento, se relaciona a su vez el avance que ha tenido la filiación en Colombia, su carácter fundamental y las clases en las que está dividida.

Seguidamente, con el objetivo de abarcar la Filiación Post Mortem desde otro ordenamiento más avanzado en el tema, se estudiará la legislación de España, enfatizando en la normativa vigente con la que cuenta este país en la materia.

Luego, en el tercer capítulo se indaga sobre el avance jurisprudencial que ha tenido la figura de la filiación post mortem en Colombia, estudiando de manera detallada el caso resuelto por el tribunal, para con ello, establecer la pertinencia de la regulación legal de la filiación post mortem en el marco del Derecho de familia, y culminar brindando algunas conclusiones de la investigación realizada y la información obtenida.

Naturaleza Jurídica de la Filiación

La filiación es una institución fundamental del Derecho de Familia. Consiste o se puede definir, como la relación existente entre hombre y mujer (padre y madre) y la procreación de los hijos, hecho que implica un cúmulo de derechos y deberes correlativamente dentro de la familia (Grosso, 2012).

La filiación es un supuesto jurídico, que procura como consecuencia jurídica, el otorgarle a todo sujeto jurídico (individual o colectivo), una identidad. Esta identidad supone la relación jurídica entre los padres y sus hijos, definiendo los derechos y las obligaciones, tanto de padres como de los hijos.

Es importante considerar que actualmente, a todos los hijos se les reconoce igualdad de derechos², aunque haya diferencias en el nacimiento y el estado civil de los padres. Es decir, no se tienen en cuenta las circunstancias que determinan el tipo o la clase de filiación (Abello, 2007) (Abello, 2007).

Según Grosso (2012) el reconocimiento de la filiación, consiste en la comprobación del origen y la procedencia de una persona, y tiene como consecuencia la protección legal y efectiva que le es atribuida a una persona para conocer su raíz familiar y reclamar sus derechos. Los hijos tienen el derecho fundamental a solicitar y a conocer su filiación paterna y materna, así como a llevar el apellido de sus progenitores (pág. 20).

Como complemento de las exposiciones doctrinarias, se expondrá a continuación, el concepto que sobre esta figura elabora la Corte Constitucional en sentencia C 258 de 2015.

La define, como “el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros. Además,

a través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana” (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

La filiación: Un derecho fundamental

Si bien, la Constitución Colombiana de 1991 no consagra la filiación como un derecho fundamental, lo cierto es, que con anterioridad a la promulgación de la Constitución, la filiación como derecho fundamental, fue reconocida por la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y acogida por Colombia mediante Ley 12 de 1991, donde se 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 ellos³.

El ICBF teniendo como referencia la Convención de los Derechos del Niño y haciendo una interpretación extensiva del artículo 44 de la Constitución Nacional, artículo que no consagra expresamente la filiación como un derecho fundamental, emitió el siguiente concepto:

Es así que por este Tratado a todos los niños, niñas y adolescentes se les reconoce el derecho fundamental a esclarecer su verdadera filiación, derecho que es a su vez reconocido en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia. (CONCEPTO 169 DE 2014)

Tipos de filiación

Existen 4 tipos de filiación:

- *La filiación matrimonial*: la define la Corte Constitucional como aquella que se genera del nacimiento de un niño, luego de celebrado el matrimonio o inclusive 300 días después de disuelto.

- Este vínculo también se aplica a los hijos nacidos después de la declaración de la unión marital de hecho, en tanto, la presunción de paternidad opera para los cónyuges o compañeros permanentes. Al efecto, se lee la Sentencia C 131 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado
- *filiación extramatrimonial*: Es aquella filiación que no proviene de un matrimonio, es decir, se establece frente a los hijos que nacen fuera del matrimonio. En estas circunstancias el legislador buscando que todos los hijos tengan los mismos derechos y obligaciones ha creado diversos instrumentos jurídicos para determinar su verdadera filiación y obtenerla legalmente. Instrumentos tales como la acción de reclamación para el reconocimiento del estado civil, o la acción mediante la cual se impugna la paternidad (Acción de impugnación de la paternidad). Al respecto conceptúa el ICBF (concepto 81 de 2013 del ICBF junio 25).
- *filiación adoptiva o adopción*: Esta figura de la filiación adoptiva o adopción la define el código de Infancia y adolescencia⁴, como una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

La definición que trae el Código de Infancia y Adolescencia, resulta precaria e insuficiente, a tal punto que la Corte Constitucional en sentencia C-814 de 2001, elabora el siguiente complemento:

La adopción es el procedimiento que establece la relación legal de parentesco paterno o materno filial entre personas que biológicamente no lo tienen. Las consecuencias inmediatas de la adopción, consisten en establecer la relación de padre o madre a hijo.

Pero más allá de ello, es también una forma de incorporar al adoptivo a la familia del adoptante. En efecto, el adoptado entra a formar parte de tal familia, en cuanto la adopción establece el llamado parentesco civil, que se da no sólo en relación con quien adopta, sino también respecto de los parientes consanguíneos y adoptivos suyos. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

- *filiación asistida*: Esta categoría de reciente aparición, se refiere a la otorgada a los hijos concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida. (Casas, Díaz, & Mantilla, 2012)

Las técnicas más usadas son:

la Inseminación Artificial -depósito de semen en forma artificial en el tracto genital femenino – y la Fecundación in Vitro- fusión de gametos masculino y femenino realizada de manera extracorpórea para posteriormente ser implantados en la mujer (Medina & Rios, 2015)

La filiación asistida, comprende una modalidad que consiste en la Filiación por inseminación artificial Post Mortem.

Es definida como aquélla, donde se utiliza material reproductivo del hombre (existiendo así un vínculo de consanguinidad entre padre e hijo), para realizar la fecundación del óvulo y se caracteriza porque previamente a su constitución o realización, se ha producido el fallecimiento del progenitor⁵. (Dominguez, 2009)

Esta modalidad de la filiación asistida, o sea, la filiación post mortem, que constituye el objeto y objetivo central de este escrito, requiere un ingrediente adicional que contribuya a una más completa contextualización, en dirección a una adecuada comprensión.

En consecuencia, se discurrirá a continuación sobre la evolución que la figura de la filiación ha tenido en Colombia.

Proyectiva de la Filiación en Colombia

A renglón seguido, se realizará un breve recuento, de la evolución que ha tenido la legislación colombiana en materia de filiación, destacando los cambios más importantes, de los que ha sido objeto esta figura en los últimos años.

Posterior a la Constitución de 1886⁶, mediante Ley 57 de 1887, que unificó el código civil y le adicionó el título III, se clasificó a los hijos así: como legítimos, ilegítimos y naturales.

Al respecto, los artículos 6 y 7 de la mencionada ley consagran:

Art. 6°. Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero ó (sic) putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción.

Todos los demás son ilegítimos.

Art. 7°. Se llaman naturales los hijos habidos fuera del matrimonio, de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre, madre ó (sic) ambos, otorgado por escritura pública, ó por acto testamentario, ó de conformidad con el artículo 368 del mismo Código.

No obstante, lo dispuesto en el aparte que presente (sic), se reputarán hijos naturales, respecto de la madre, y para todos los efectos civiles, los habidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción.

Aunque ley 57 de 1887 sigue vigente, los 2 artículos mencionados anteriormente fueron derogados por la ley 1 de 1976 y la ley 45 de 1936⁷ respectivamente.

Con posterioridad a la ley 57 de 1887, en ese mismo año, la Ley 153 en sus artículos 23 y 24, estipuló que los hijos que eran declarados legítimos bajo el imperio de una ley, no perderían esta calidad por ninguna ley posterior, aunque sus derechos, en virtud de una nueva ley, podían cambiar, mientras no se causaren perjuicios a la sucesión legítima.

Esta ley, también establece que el reconocimiento de los hijos naturales es un acto libre y voluntario de los padres.

Otra disposición que proyecta la figura de la filiación, es la consagrada en la Ley 95 de 1890.

Tal normativa le otorgaba al marido el derecho, que consistía en la posibilidad de impugnar la legitimidad de un hijo concebido dentro del matrimonio. Tal impugnación procedía, cuando el nacimiento de la criatura ocurriera 10 meses después de que la mujer abandonara el hogar conyugal (sin que hubiere vuelto a ser recibida), o si la causa de divorcio, fuere por adulterio y el marido demostrara que en el tiempo durante el cual el hijo fue concebido, no había habido vida conyugal con la mujer. El mencionado derecho de impugnación, otorgado únicamente al marido, fue derogado por la ley 1060 de 2006.

Adicionalmente, la ley antes citada, también dispuso que se presumía el reconocimiento de la madre con respecto a los hijos concebidos por ella estando soltera o viuda y que estos hijos tendrían el carácter de naturales.

En esta proyección legislativa sobre la filiación, resulta oportuno, referenciar la Ley 45 de 1936, que dispone exclusivamente sobre filiación natural con respecto a los siguientes asuntos:

- Establece la irrevocabilidad del reconocimiento de los hijos naturales.
- el procedimiento para la realización de dicho reconocimiento.
- regula los casos en los cuales se presume la paternidad.

- reforma varios artículos del código civil sobre la repartición de la herencia respecto de los hijos naturales
- instituye algunas reglas frente a la patria potestad y el deber de los padres de proporcionar alimentos.

Esta ley fue reformada por la Ley 75 de 1968, la cual además de crear el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁸, estipuló algunas normas sobre filiación, como el procedimiento para el reconocimiento de los hijos naturales, las causales donde se presume la paternidad natural, la obligación de los jueces de decretar la prueba antro-po-heredo-biológica, la legitimación en la causa (activa y pasiva) en los procesos de filiación, entre otros.

Con posterioridad a la ley 75 de 1968 se promulgaron varias leyes y decretos⁹ que la modificaron, sin que se puedan advertir cambios significativos, de relevancia e interés para el tema objeto de este escrito, razón por la cual han sido omitidos en esta proyección normativa. Con excepción del Decreto 2820 de 1974, que además de otorgar iguales derechos y obligaciones a los hombres y a las mujeres, en su artículo 2 dispone que la edad para casarse libremente es de 18 años para ambos (modificando el código civil) y otorgaba a ambos padres la patria potestad de sus hijos, la dirección del hogar, la educación, crianza y sustentación de los hijos.

En el año 1982 se dicta la Ley 29, una de las más importantes y que representa un gran avance en materia de filiación, debido a que define a los hijos como legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, además les otorga iguales derechos y deberes, significando esto que la distinción se realiza exclusivamente con el objetivo de determinar la clase de filiación (legítima, extramatrimonial o adoptiva), que todas ya fueron explicadas en párrafos precedentes.

Posteriormente la Constitución de 1991, realiza una breve referencia a la familia en su artículo 42, caracterizándola como núcleo fundamental de la sociedad y que puede ser creada por vínculos naturales o jurídicos, de forma libre y responsable. Resaltando que todos 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 721 de 2001 dictó todo el procedimiento a seguir para establecer la filiación, explicando que la realización de la prueba de ADN es determinante para declarar probada la paternidad o maternidad (si es más alta de 99.9%) o contrario sensu, para absolver si el resultado es menor al 99.9%. Sentencia C-808-02 de 3 de octubre de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería.

Por último, se encuentran la Ley 1060 de 2006 y el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que respectivamente, modifican las normas para la impugnación de la paternidad y la maternidad; y establecen que el derecho que tienen los niños a la identidad, se encuentra constituido por el nombre, la nacionalidad y la filiación¹⁰.

Dando por concluido este breve recuento histórico-legal de la Filiación en Colombia, desarrollado de manera general y con el objetivo de profundizar de manera concreta en el estudio de la filiación post mortem, se hace necesario analizar esta figura desde el derecho comparado Español¹¹, puesto que en Colombia todavía no se ha legislado sobre el tema.

Filiación post mortem en el derecho comparado (España)

En España la Filiación post mortem se comenzó a regular a finales de la década de los 80 a través de la Ley 35 de 1988 que establecía normas sobre las técnicas de Reproducción Asistida Humana, y que en su artículo 9 numeral 1, decretaba que no se podía reconocer ninguna relación jurídica o filiación entre el hijo nacido por la aplicación de TRHA y el marido fallecido si el

semen no se hallaba en el útero de la mujer a la fecha de la muerte de este. Sin embargo, establece una excepción en el apartado 2 del mismo artículo, cuando el marido por escritura pública o testamento, otorga consentimiento para que se pueda utilizar su material reproductor, por parte de su mujer o compañera en los 6 meses siguientes a su muerte. Consentimiento que puede ser revocado en cualquier momento antes de la realización de cualquiera de las técnicas.

Esta legislación fue derogada mediante la Ley 14 de 2006 que, siguiendo la misma línea de la anterior, también en el artículo 9 establece los efectos de la premoriencia del marido, donde modifica y amplía el tiempo del consentimiento de 6 a 12 meses siguientes al fallecimiento del varón y además crea la figura de la presunción del consentimiento, cuando la mujer fue sometida a un proceso de reproducción asistida antes de la muerte del marido.

De este artículo también se concluye que de estos casos se excluyen a las mujeres, pues como el mismo título del artículo lo menciona, se habla de la premoriencia del marido, dando a entender que sí, contrario sensu, es la mujer la que se muere, el hombre no puede solicitar que se implanten sus óvulos en otra mujer y así lo reafirma el artículo 10 de la misma ley que establece la nulidad de la maternidad por sustitución (Rodríguez, 2015).

Es claro que esta figura en el Derecho Español se encuentra regulada de manera excepcional y que con el avance de la tecnología pueden surgir muchos supuestos que estén por fuera de esta norma, no obstante, esto ya marca un precedente y sienta unas bases, para que los jueces no tengan discrecionalidad absoluta en el tema.

Filiación post mortem en Colombia

Como se estableció en apartados anteriores, en la actualidad los hijos tienen iguales derechos y deberes, ya sean adoptados o procreados de manera natural o científica, a pesar de ello, en Colombia existe poco desarrollo frente al tema de la procreación asistida debido a la falta

de interés del legislador para regular estas técnicas y los efectos que pueden producir (Naranjo, 1995), a excepción de algunas resoluciones del ministerio de salud, que actualmente forma parte del ministerio de protección social, emitidas con el fin de regular aspectos técnicos y sanitarios de los laboratorios que realizan estas prácticas (Medina A. L., 2004).

La falta de regulación también se debe, en gran medida a que el Código Civil Colombiano, siendo el instrumento que codifica y regula especialmente las relaciones entre los particulares, data del año 1873 -Siglo XIX-, implicando esto que para entonces era impensable que un niño pudiera ser concebido después de la muerte de su padre, lo cual hacía imposible la regulación de esta institución en dicha legislación, aun con esto, no se puede negar la falta de regulación en cuanto a los efectos que puede tener la declaración de la Filiación Post Mortem.

Aunque la regulación positiva de este tema es prácticamente nula, de manera jurisprudencial se ha revisado y estudiado particularmente 1 solo caso, el cual es mencionado por Bernal Crespo en su texto “Reproducción asistida y filiación”¹², y que será detallado a continuación.

La sentencia es del año 1994, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Magistrada Ponente Martha Lucía Núñez de Salamanca, la demandante es Rosa Reina Acosta González, quien actúa en representación de sus dos hijos Juan Sebastián y Diego Felipe Acosta, quien en proceso de Filiación Extramatrimonial demanda a los herederos indeterminados de Teódulo Vaca Novoa.

Aduce la demandante que, en el año 1987 en el Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad -CECOLFES-, ella se realizó sin éxito alguno una cirugía para revertir la fertilidad y casi 7 meses después el señor Teódulo Vaca Novoa, decide congelar su semen en el mismo

centro para que este fuera utilizado posteriormente por la señora Rosa Acosta; el 15 de noviembre de 1988 el señor Teódulo Vaca Novoa fallece.

Dos meses más tarde, el 17 de febrero de 1989 se le realiza a la demandante la transferencia de 3 embriones mediante fertilización *in vitro* con semen del señor Teódulo Vaca Novoa y consecuentemente, el 9 de octubre de ese mismo año la señora Rosa Reina Acosta dio a luz a 2 gemelos.

Después de ser admitida la demanda por el Juez 29 Civil del Circuito de Bogotá y realizar las respectivas notificaciones a los demandados, y en vista de que nadie se notificó en el tiempo señalado, se procedió a designar *curador ad litem*, quien al contestar la demanda no se opuso a las pretensiones, siempre y cuando, la parte actora probara los supuestos de hecho para declarar la filiación extramatrimonial y propuso como excepciones la inexistencia tanto de causales para demandar como de autorización para utilizar el método de inseminación artificial.

Estas dos excepciones fueron sustentadas explicando que la inseminación artificial no estaba contemplada dentro de la ley 75 de 1968 como causal para declarar la paternidad extramatrimonial, ya que esta ley de manera taxativa trae los supuestos en los que se presume la paternidad extramatrimonial y la inseminación artificial no hace parte de ellos, además agregó que la demandante no allegó ninguna prueba de que el señor Teódulo Vaca Novoa hubiera otorgado su autorización para que su semen fuera congelado y utilizado por la demandante meses después de la muerte, ni tampoco que el semen utilizado para la fertilización *in vitro* fuera de él.

La parte demandante refutó los anteriores argumentos, explicando que, si bien es cierto que la legislación colombiana no contempla este caso, eso no es razón suficiente para que el Estado no reconozca los derechos fundamentales a los que es acreedor cualquier persona por el solo hecho de existir.

Después de entrar en vigor la jurisdicción de familia, este caso pasó a conocimiento del Juzgado Tercero de Familia de Bogotá, el cual dictó sentencia declarando la paternidad extramatrimonial del Señor Teódulo Vaca Novoa respecto de los niños Juan Sebastián y Diego Felipe Acosta.

Dado que el fallo fue totalmente adverso para la contraparte y este no fue apelado, fue enviado a Consulta a la sala de familia del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, quien expresó que el artículo 42 de la Constitución Política al establecer iguales derechos a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, amplió las posibilidades para determinar la filiación.

En cuanto al caso, explicó que es clara la presunción de paternidad, si se tiene en cuenta el consentimiento expreso del padre fallecido, compañero permanente de la señora Rosa Reina para la utilización del semen que el mismo depositó y que esto no es excluyente de la buena fe contractual, por lo anterior el Tribunal confirma la Sentencia y además la adiciona dejando en claro que no se probaron ningunas de las excepciones propuestas por la curadora.

Como se alcanzó a evidenciar en el caso anteriormente descrito, el juez tomó en cuenta para resolverlo la presunción de la paternidad, el consentimiento previo del padre fallecido y la buena fe de los contratantes; no obstante, si se presentara un caso donde se hallen otros descendientes o cualquier otro heredero o legatario que se oponga abiertamente a las pretensiones de la demanda, es de gran ayuda por no decir necesario, solicitar la realización de la prueba de ADN, para determinar con mayor grado de probabilidad si existe o no la vinculación filial entre el padre fallecido y el hijo concebido post mortem.

Frente a este tema la Corte Suprema de Justicia citando el artículo 6 de la Ley 721 de 2001 y la Ley 1060 de 2006 ha dicho y subrayado que

el examen de ADN es el medio de prueba necesario, indispensable y suficiente para determinar la paternidad o establecer la inexistencia de nexos biológico entre ascendiente y descendiente con un muy alto grado de probabilidad, de modo que con apoyo en dicha probanza, la Administración de Justicia puede garantizar la efectividad del derecho superior de cada persona a conocer su origen biológico, es decir, su verdadera filiación, y a los presuntos parientes de darle certeza a la relación jurídica derivada del lazo de sangre, permitiéndoles la conformación de la familia con las personas que están llamadas a integrarla. (Corte Suprema de Justicia SC9226-2017 Magistrado Ponente ARIEL SALAZAR RAMÍREZ)

Para realizar la práctica de la prueba de ADN el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) ha explicado que en el caso de que el presunto padre haya fallecido y no sea posible obtener muestras biológicas (restos óseos, manchas de sangre post mortem o células conservadas en parafina derivadas de biopsias), es necesario contar con familiares en primer grado de consanguinidad en número mínimo. Y añadió

Ahora bien, con base en la experiencia en el análisis de pruebas de investigación de paternidad y en cumplimiento de sus políticas de calidad, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses ha establecido el número y parentesco de los familiares que pueden garantizar la obtención de resultados concluyentes definiendo en su orden, respecto a la posibilidad de reconstruir un perfil genético así:

- *Presuntos abuelos paternos*
- *Hijos biológicos del presunto padre fallecido o desaparecido (mínimo tres), la o las madre(s) biológica(s) de esos hijos, madre biológica y supuesto hijo (a).*

— *Hermanos biológicos (mínimo tres) del presunto padre fallecido o desaparecido, uno de los supuestos abuelos paternos, la madre y el supuesto hijo (a).* (CONCEPTO 169 DE 2014 emitido por el ICBF).

Tratándose de Filiación Post Mortem, Colombia sólo cuenta con el anterior precedente de carácter jurisprudencial y ningún fundamento legal en el cual, puedan sentar bases los jueces al momento de resolver casos similares, sin embargo es necesario regular este tema para ofrecer un panorama legal más claro al respecto, ya que, estas técnicas se vienen desarrollando cada vez mas no solo a nivel de Colombia sino del mundo, y es el “Estado quien debe ofrecer seguridad jurídica a los diferentes actores que intervienen en el proceso, incluyendo a los niños que nacen bajo este sistema, y el material genético que puede llegar a ser susceptible de manipulación” (Monroy, 2013).

Es preciso resaltar que la procreación y/o filiación post mortem no es una práctica unánimemente permitida en el derecho comparado debido a la complejidad de sus efectos jurídicos. Por ejemplo, Alemania, Noruega, Suiza, Italia, entre otros, prohíben la utilización de gametos después de la defunción, en algunos casos hay penas privativas de la libertad o sanciones pecuniarias, aunque en el caso de Italia se permite la implantación post mortem del embrión que fue fecundado antes de morir el padre; por otro lado, países como Canadá, España y Reino Unido permiten la fecundación post mortem si existe consentimiento previo¹³.

Importancia de la regulación de la filiación post mortem en Colombia

Como quedó expuesto en el capítulo anterior, la legislación colombiana está completamente desprovista de regulación frente al tema de filiación post mortem, aunque después de la sentencia C 004 de 1998 que estableció que la duración de la gestación no se puede considerar un factor definitivo en la prueba de la filiación y que ahora se demuestra

principalmente, por las características heredo-biológicas análogas entre el hijo y su presunto padre, y por la prueba antro-po-heredo-biológica (ADN), se amplió la posibilidad de que sea demostrable la filiación entre padre e hijos cuando se utilicen técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), como la inseminación artificial, la fecundación in vitro, entre otras.

(Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA)

Es necesario aclarar que estas TRHA, se encuentran reguladas en el país desde el año 1998 mediante el Decreto 1546 el cual crea las Unidades de biomedicina reproductiva que son todas aquellas que entre otras funciones, brindan tratamiento con técnicas de reproducción asistida que contemplan la obtención de preembriones, buscando el beneficio de la recuperación de la fertilidad tanto de la mujer como del varón, la obtención de material biológico con el mismo fin y la posibilidad del logro de un embarazo.

A pesar de la expedición del anterior decreto y de que la Constitución reconoce expresamente la existencia de métodos de reproducción asistida y consagra igualdad de derechos y deberes entre los hijos nacidos por dicho medio y los hijos procreados de forma natural (Casas, Díaz, & Mantilla, 2012), el tema no se ha seguido desarrollando, lo que deja en interrogantes la posibilidad de la determinación de la filiación post mortem, cuando la fecundación se realiza después de la muerte del marido o compañero permanente y el niño nace después de los 300 días siguientes a dicha muerte, considerando que en Colombia se presume que, si los niños o niñas nacen dentro de los 300 días contados a partir de la disolución del matrimonio o de la muerte del padre se reputan hijos o hijas legítimos del marido muerto (Abello, 2007) y dicha legitimidad les otorga todos los derechos consagrados en la ley.

Hay que añadir que talvez una de las razones por las cuales no se ha desarrollado el tema de la filiación post mortem en Colombia es que no ha habido ningún caso que haya causado

controversia alguna (Casas, Díaz, & Mantilla, 2012) por lo tanto, la preocupación del legislador ha estado más encaminada a regular aspectos administrativos y económicos generales de las TRHA (Medina A. L., 2004).

Siendo la finalidad de este trabajo investigativo establecer o mostrar algunas razones por las cuales se considera relevante realizar una regulación legal de este tema, se tiene que:

En primer lugar, es posible que, en Colombia, siguiendo el ejemplo de la legislación española, se regule de manera positiva la filiación post mortem, argumentando el deber que tiene el Estado de garantizar los derechos sexuales y reproductivos que poseen todas las mujeres, como el derecho a decidir sobre el tipo de familia que desean formar o el número de hijos o hijas que quieren tener, así como también recibir toda la información necesaria para poder tomar decisiones libres e informadas sobre el cuerpo, la sexualidad y reproducción¹⁴.

Contrario sensu se podría prohibir esta práctica, si se tiene en cuenta que su utilización genera un aspecto polémico y complejo por el hecho de que se crea y se concibe un ser humano que de manera intencional estará huérfano de padre, como se expuso en el proyecto de ley 151 de 2001 del senado, el cual intentaba modificar los códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, que prohibía la aplicación de las TRHA a las mujeres cuyo esposo o compañero permanente falleciere antes de la aplicación de ellas y aunque ya se hubiere realizado el depósito de los gametos del esposo o compañero permanente, justificando tal prohibición con el objetivo de garantizar el derecho de los niños a tener una familia (Ortega Moadie, 2015).

Casi 20 años después se sigue sin legislar sobre este tema en Colombia, aun cuando la falta de límites legales a estas prácticas puede suponer la conversión del país en un paraíso para las

TRHA donde no existe restricción alguna y se deja la decisión a la discrecionalidad ética de los intervinientes (Monroy, 2013).

Para terminar se debe estar en procura de crear una reglamentación en Colombia para las TRHA, en donde se respeten los derechos fundamentales a la vida, a el libre desarrollo de la personalidad, donde se garantice íntegramente la libertad en la conformación de la familia, la decisión responsable sobre cuantos hijos se quiere tener, una legislación que brinde seguridad a las personas que acuden a este tipo de técnicas, y que los seres que nacen de ellas tengan unos derechos protegidos y garantizados por el estado, sin limitante alguna como el derecho a la vida, a la integridad física, psicológica y existencial, el derecho a una identidad genética, el derecho a una familia y a la identidad, es decir, se debe crear una legislación para las TRHA que tenga en cuenta todos los derechos fundamentales que protege la Constitución (Monroy, 2013).

Conclusión

Las técnicas de reproducción humana asistida resultan de mucha utilidad en el momento en que parejas o mujeres con problemas de fertilidad desean procrear hijos, no obstante, también generan un sinnúmero de problemas de carácter jurídico cuando se busca determinar la filiación del niño nacido mediante estas técnicas (Varsi Rospigliosi, 2017).

A lo largo de la investigación se puede visualizar la falta de regulación existente en la legislación colombiana frente a la filiación post mortem, debido por una parte, al rápido avance biotecnológico (Ortega Moadie, 2015), y más si se tiene en cuenta que las normas que regulan este tema fueron creadas con base en la procreación natural (Varsi Rospigliosi, 2017) y por otra parte por el dilema que conlleva ponderar los derechos fundamentales de los progenitores con los del niño nacido.

De un lado se encuentra la libertad que otorga nuestra Carta Política en cuanto a la conformación de la familia y esto se traduce en varios derechos, tales como la voluntad procreacional de las partes, la autonomía de cada ser humano para formar una familia según sus gustos o preferencias y del otro lado se encuentran los derechos del niño, que intencionalmente será huérfano de padre (Ortega Moadie, 2015) y que el deber del Estado es garantizarle una protección integral en cuanto a su filiación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, integridad física, seguridad social, a tener una familia, entre muchos otros derechos fundamentales, que prevalecen -como lo establece la Constitución- frente a los derechos de los demás. (CONCEPTO 139 DEL 2012 DEL ICBF)

Es cierto que, en Colombia hasta ahora, no se han presentado muchos casos de Filiación Post Mortem, no obstante, esto no implica que no pueda existir una reglamentación para las TRHA, en la cual se respete la vida, el libre desarrollo de la personalidad, donde se pueda garantizar la libertad de todas las personas frente a la conformación de la familia y a decidir cuantos hijos se quiere tener responsablemente. Una legislación que brinde seguridad tanto a las personas que acuden a este tipo de recursos tecnológicos, como a los seres que nacen mediante estas técnicas, y que estos seres desde antes de su nacimiento tengan unos derechos (Monroy, 2013).

Con el incontenible avance tecnológico la reproducción y/o procreación asistida y la filiación son temas recurrentes y cotidianos, que se encuentran en aumento, y en la mayoría de casos, no se puede frenar sus prácticas ni dar solución a los problemas derivados de estos. Se requiere interés por parte del Estado, para generar una solución eficiente y eficaz en beneficio del ser humano, la familia y la sociedad. (Varsi Rospigliosi, 2017)

Referencias

Abello, J. (2007). Programa de Formación Judicial Especializada para el Área de Familia Filiación en el Derecho de Familia. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.

Bernal, Julia Sandra. (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. Opinión Jurídica, Vol. 12, N° 24, pp. 135-150 - ISSN 1692-2530 • Julio-Diciembre de 2013 / 200 p. Medellín, Colombia

Casas, D. F., Díaz, L. A., & Mantilla, E. F. (2012). Análisis a partir del Derecho Comparado - Normativa Vigente de España, Doctrina y Proyectos de Ley en Argentina- de la Situación Jurídica del Estado Civil y los Efectos patrimoniales del Hijo Producto de Inseminación Artificial Post Mortem en Colombia. TEMAS SOCIO-JURIDICOS, 163-204.

Colombia, Congreso de la república. Ley 12 de 1991 por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Colombia, Congreso de la república. Ley 1098 de 2006 Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Colombia, Congreso de la república. Ley 95 de 1890 Sobre reformas civiles.

Colombia, Congreso de la república. Ley 45 de 1936 Sobre reformas civiles (filiación natural).

Colombia, Congreso de la república. Ley 75 de 1968 Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Colombia, Congreso de la república. Ley 29 de 1982 Por la cual se otorga la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.

Colombia, Congreso de la república. Ley 721 de 2001 Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.

Colombia, Congreso de la república. Ley 1060 de 2006 por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.

Colombia, Congreso de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84 de 1873 (Código Civil Colombiano)

Colombia, Consejo Nacional Legislativo. Ley 57 de 1887 Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional.

Colombia, Consejo Nacional Legislativo. Ley 153 de 1887 Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

Colombia, Presidencia de la república. Decreto 2820 de 1974 Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones.

Colombia, Presidencia de la república. Decreto 1546 de 1998 Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9a. de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares.

Constitución Política de Colombia 1991

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

Corte Constitucional Sentencia C-258 de 2015 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional Sentencia C-131 de 2018 Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional Sentencia C-814 de 2001 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional Sentencia C-004 de 1998 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía

Corte Suprema de Justicia Sentencia SC9226-2017 Magistrado Ponente ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Domínguez, M. C. (2009). Breve Referencia a la Filiación Post Mortem. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

España, Juan Carlos I, Rey de España. Ley 35 de 1988. Sobre técnicas de reproducción asistida o artificial.

España, Juan Carlos I, Rey de España. Ley 14 de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Grosso, M. d. (2012). El procedimiento de investigación de la paternidad post mortem: "ADN como prueba determinante de filiación". Córdoba: Universidad Empresarial Siglo 21.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto 169 de 2014.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto 81 de 2013.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto 139 del 2012.

Medina, A. L. (2004). Reproducción Asistida Post Mortem a la Luz de la Ley 721 de 2001.

Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

Medina, J. D., & Ríos, J. C. (2015). Efectividad de las Demandas de Investigación de Paternidad Presentadas por el ICBF en San José de Cúcuta, Norte de Santander Periodo 2014. San José de Cúcuta: Universidad Libre de Colombia.

Monroy, J. P. (2013). Técnicas de Reproducción Asistida y su Incidencia en Colombia. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.

Naranjo, G. P. (1995). La Ley Colombiana Ante la Reproducción Asistida. Medellín: IV Simposio Internacional de Infertilidad.

Ortega Moadie, V. (2015). Reflexión Crítica Sobre la Fecundación Post-Mortem como Técnica de Reproducción Asistida en el Ordenamiento Jurídico Colombiano y su Incidencia en el Ámbito Filial y Sucesoral. Buenos Aires: IX Jornadas de Sociología. Universidad de Buenos Aires.

Rodríguez, A. M. (2015). La Reproducción Artificial Post Mortem en España: Estudio Ante un Nuevo Dilema Jurídico. Revista Boliviana de Derecho, 292- 323.

Varsi Rospigliosi, E. (2017). Determinación de la Filiación en la Procreación Asistida. IUS Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 9-23.

Notas al pie

*Artículo realizado para optar por el título de abogado, resultado de la profundización en Conformación de la Familia dictada por el docente Miguel Ángel Montoya Sánchez

¹Las estructuras sociales son acuerdos y formas adoptadas de organización de la sociedad (relaciones entre individuos) alrededor de los asuntos de poder social como la ideología, la riqueza, la milicia y el estado. Estas se van desarrollando naturalmente debido a presiones ambientales, laborales, demográficas y conflictivas, entre otros. También se relacionan de maneras complejas entre sí, haciendo jerarquizarlas. La familia, la religión, la ley, la economía, el gobierno son todas diferentes formas de estructuras sociales. Véase Tello, Nelia. Modelos matemáticos de la sociedad y aplicaciones. Estructuras sociales y gobierno. REDES- Revista hispana para el análisis de redes sociales.

² La Constitución en el artículo 42 establece la igualdad entre todos los hijos y consagra 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”.

³ Artículo 7. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

⁴ Artículo 61. Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia.

⁵ En la Filiación o Fecundación Post Mortem se habla de que es el hombre quien fallece, porque contrario sensu, si fuere la mujer quien falleciere y se implantara el óvulo crio-conservado en otra mujer, estaríamos frente a un caso de Maternidad subrogada (o por sustitución) y no de Fecundación post mortem.

⁶ Se debe tener en cuenta que el Código Civil Colombiano, Ley 84 de 1873, se encuentra vigente y data desde antes de la Constitución de 1886, sin embargo, es a partir de la ley 57 de 1887, que se adopta y se unifica este Código por esto la proyectiva realizada de la figura de la filiación comienza con esta ley.

⁷ Ley 1 de 1976 “por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de Derecho de Familia” Artículo 31. Esta Ley rige desde el día de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en especial los artículos 6 de la Ley 57 de 1887 y 52 de la Ley 153 del mismo año.

Ley 45 de 1936 “Sobre reformas civiles (filiación natural)” Artículo 30. Derogase los artículos 52, 56, 57, 58, 59, 1046, 1047, 1048, 1050, 1242 y 1253 del Código Civil, 7o. y 8o. de la Ley 57 de 1887, 53, 54, 56, 58 (causas 3a. 4a. y 5a.), 59, 66, 67, 70, 71, 72, 74 y 86 de la Ley 153 de 1887, y las demás disposiciones contrarias a la presente Ley.

⁸ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es creado como establecimiento público, es decir, como una entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Este instituto tiene como fin esencial proveer a la protección del menor y, en general al mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas.

⁹ Decreto 2820 de 1974, Ley 5 de 1975, Ley 29 de 1982, Decreto Ley 237 de 1983, Decreto 2737 de 1989, Decreto 2272 de 1989, Ley 6 de 1992, Ley 1395 de 2010, Ley 1564 de 2012.

¹⁰ La ley 1060 de 2006 también establece la presunción de la paternidad y maternidad por parte de los cónyuges o compañeros permanentes, cuando el niño nace pasados los 180 días siguientes a la configuración del vínculo, exceptuando cuando se pruebe lo contrario.

¹¹ Se escogió España para realizar el estudio de Derecho Comparado, teniendo en cuenta que es un país que ha avanzado bastante en el derecho de familia y que frente al tema de filiación post Mortem tiene una regulación permisiva, además de que su jurisprudencia es tomada en cuenta por la Corte Constitucional cuando realiza análisis de temas de derecho comparado en familia como se puede ver en las siguientes sentencias: C-507 de 2004, C-355 de 2006, C-174 de 2009, C-577 de 2011, SU-617 de 2014, C-071 de 2015, C-341 de 2017, T- 384 de 2018, entre otras.

¹² Este caso fue extraído en totalidad de esta investigación, puesto que no fue posible encontrar la fuente primaria del caso, esta sentencia no se encuentra en ninguna base de datos accesible a la autora.

¹³ Al respecto, véase Herrera, Marisa. Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Barcelona, 2017.

¹⁴ Véase derechos sexuales y reproductivos en <https://profamilia.org.co/aprende/cuerpo-sexualidad/derechos-sexuales-y-derechos-reproductivos/>