

REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM

A LA LUZ DE LA LEY 721 DE 2001

ALBA LUCÍA MEDINA LUNA

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIOPOLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

BUCARAMANGA

2004

**REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM
A LA LUZ DE LA LEY 721 DE 2001**

ALBA LUCÍA MEDINA LUNA

Trabajo de Grado para optar al título de Abogada

Director

Mary Verjel Causado

Abogada especialista en Derecho de Familia

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIOPOLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
BUCARAMANGA
2004**

A mi esposo Germán y a mis hijas
Laura Catalina y Juliana Lucía, por
su comprensión. Con todo mi amor.

AGRADECIMIENTOS

En primer momento quisiera expresar mis agradecimientos a la doctora Mary Vergel, abogada, profesora catedrática de la Universidad Industrial de Santander y de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, especialista en Derecho de Familia, quien pacientemente escuchó mi propuesta para llevar a cabo este trabajo de grado, supo entenderla y colaboró en su construcción.

A la doctora Clara Inés Vargas, médica cirujana de la Universidad Industrial de Santander, Magíster en Biología con énfasis en Genética Clínica de la Universidad Javeriana de Bogotá, especialista en Docencia Universitaria de la UIS, Profesora Asociada de la UIS y Jefe del Laboratorio de Genética de la UIS, por hacer fático mi acercamiento al quehacer del perito que practica las pruebas de ADN, y por sus aportes documentales.

Al profesor Bernardo Mayorga, matemático y doctor en matemáticas, profesor titular de la UIS adscrito a la Escuela de matemáticas; por su aporte para una mejor comprensión de este texto.

A todos los profesores de la carrera de Derecho de la UIS, que con sus enseñanzas me motivaron a la construcción de este trabajo y en su momento aportaron ideas y crearon interrogantes en mi labor como estudiante.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	11
1. REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM	15
1.1. CONCEPTUALIZACIÓN	15
1.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	16
1.2.1. FIV : Fertilización In Vitro	18
1.2.2. ICSI : Inyección intracitoplasmática en el espermatozoide	21
1.2.3. <i>Hatching</i> asistido	21
1.2.4. IAIU : Inseminación artificial intrauterina	21
1.2.5. IIUD : Inseminación Intrauterina de donante	22
2. LA FILIACIÓN	23
2.1. CONCEPTUALIZACIÓN	23
2.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL PROCESO DE FILIACIÓN	25
2.3. LAS PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO DE FILIACIÓN	29
2.3.1. Procedimiento para llevar al juez a conocer la verdad	29
A. <i>Cuando el juez comprueba por sí mismo la verdad de los hechos</i>	29
B. <i>Cuando el juez llega a la verdad por razonamiento crítico</i>	30
C. <i>Cuando el juez llega a la verdad por medio de terceros</i>	31
2.4. PROCEDIMIENTO DE FILIACIÓN SEGÚN LA LEY 721 DE 2001	32
2.4.1. Desarrollo de la prueba con marcadores Genéticos de ADN	35
A. <i>La prueba de ADN en el laboratorio</i>	38
B. <i>La cadena de custodia</i>	45

2.5. ASPECTOS PROBATORIOS A TENER EN CUENTA ANTE UN PROCESO DE FILIACIÓN POR REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM	46
2.5.1. Aportes	47
2.5.2. Inexactitudes	49
A. <i>Efectividad de la práctica de la prueba pericial de ADN</i>	49
B. <i>Ausencia de legislación en reproducción asistida post mórtem</i>	54
3. DERECHO COMPARADO SOBRE REPRODUCCIÓN POST MÓRTEM..	57
3.1. PROHIBICIÓN EXPRESA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM	57
3.2. ACEPTACIÓN REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM	59
3.3. AUSENCIA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM	61
CONCLUSIONES	67

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo 1. Contrato para inseminación heteróloga	76
Anexo 2. Ley 35 de 1988 (ESPAÑA), Congreso de los Diputados	78
Anexo 3. Ley 721 de 2001 (COLOMBIA)	96
Anexo 4. Entrevista con la Dr. Clara Inés Vargas, jefe del Laboratorio de Genética de la UIS	100
Anexo 5. Pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia	104
Anexo 6. Pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional	131

RESUMEN

TÍTULO: REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM A LA LUZ DE LA LEY 721 DE 2001*

AUTOR: ALBA LUCÍA MEDINA LUNA**

PALABRAS CLAVES: Filiación, reproducción asistida, post mórtem, prueba antropoheredobiológica, paternidad, alelos, cadena de custodia

DESCRIPCIÓN

El presupuesto biológico fundamental de la relación filial en Colombia lo constituye la procreación, hoy natural y artificial, la reproducción artificial puede darse aún con ausencia del padre (fallecido). En Colombia se conoce públicamente de dos casos de paternidad post mórtem, que fueron definidos a partir del análisis de la prueba pericial.

Frente al reconocimiento de la paternidad de los hijos que nacen por reproducción asistida post mórtem, el abogado encuentra gran dificultad para hacerlo y por ello debe recurrir al manejo probatorio expedito para esta circunstancia en particular.

En este trabajo se pretende demostrar que aspectos inciden para que la prueba pericial actual según la Ley 721 de 2001, sea eficiente y contundente dentro de un proceso de filiación por reproducción asistida post mórtem, así como determina cuales son las deficiencias legales que se presentan en la actualidad para que una prueba pericial de alto contenido de certeza (99.99%), sea a la vez altamente eficiente en los estrados judiciales.

En cuanto a las conclusiones que se establecieron está entre otras; el establecer mecanismos legales que mejoren la celeridad de la prueba pericial de ADN, darle valor de confesión inequívoca de la paternidad al contrato consensual de inseminación heteróloga implementado actualmente por las clínicas de fertilización y dotar las diversas instituciones del Estado para la realización de la prueba pericial en cadáver.

*Trabajo de grado

**Facultad de ciencias sociopolíticas. Escuela de Derecho.

SUMMARY

TITLE: ASSISTED REPRODUCTION POST MÓRTEM TO THE LIGHT OF THE LAW 721 OF 2001 *

AUTHOR: MEDINA L., Alba L. **

PASSWORDS: Filiation, assisted reproduction, post mórtem, proves antropoheredobiológica, paternity, alelos, custody chain

DESCRIPTION

The fundamental biological budget of the filial relationship in Colombia constitutes the procreation, natural and artificial today, the artificial reproduction can still be given with the father's absence (deceased). In Colombia it is known openly of two cases of paternity post mórtem that were defined starting from the analysis of the pericial prove. In front of the recognition of the paternity of the children that they are born for assisted reproduction post mórtem, the lawyer finds great difficulty to carry out it for that he must appeal to the expedite probatory handling for this circumstance.

In this work it is sought to demonstrate that aspects impact so that the current opinion evidence according to the Law 721 of 2001, be efficient and overwhelming inside a filiation process for assisted reproduction post mórtem, as well as it determines which are the legal deficiencies that are presented at the present time so that an opinion evidence of high content of certainty (99.99%), be at the same time highly efficient in the judicial courtrooms.

As for the summations that they settled down it is among other; establishing legal mechanisms that improve the velocity of the opinion evidence of DNA, to give him value of unequivocal confession from the paternity to the consensual contract of insemination heteróloga implemented at the moment by the fertilization clinics and endow the diverse institutions of the State for the realization of the opinion evidence in cadaver.

* Grade work

** Ability of sociopolitical sciences. School of Right.

INTRODUCCIÓN

El presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica filial entre padres e hijos lo constituye la procreación, entendiéndose dentro de ella hoy día tanto la procreación natural como la artificial. Para llegar a la anterior deducción, el Derecho ha tenido que irse ajustando a la par con los avances técnicos y tecnológicos. Sin embargo, en Colombia el atraso en esta materia es notorio.

La Carta Política de 1991 en el artículo 42 trató de subsanar este aspecto, al adoptar las técnicas de reproducción asistida como un medio a través del cual una pareja de forma voluntaria logra conformar una familia por métodos diferentes a los naturales “...**Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes**”¹. Pese a lo anterior, el desarrollo legal respecto de la reproducción asistida en Colombia no ha pasado de resoluciones del Ministerio de Salud, hoy parte del Ministerio de la Protección Social, que buscan reglamentar el manejo de los laboratorios de fertilización humana en los aspectos técnico, sanitario, competitivo y ético. Quizá una de las razones de la ausencia de legislación se deba, a que ha sido más cómodo para el legislador dejar estos temas para ser tratados por médicos.

Sin embargo ha de considerarse que alrededor de la reproducción asistida, se manejan una serie de derechos constitucionales, que no pueden ser dejados al amparo de un grupo de médicos investigadores sino de juristas. Tal es el caso de los derechos consagrados en la Constitución Nacional (C.N.) en el artículo 44 sobre el derecho a un *nombre y a una familia* que tiene *todo niño* y en el artículo 5, en el que se consagra que el Estado debe reconocer la *primacía de los derechos inalienables de la persona* y amparar *la familia como institución básica de la sociedad*. Además de lo anterior ha de considerarse que con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se toca el ordenamiento legal en materia de *filialción y el procedimiento que se adelanta para ella*, estipulado en las leyes 45 de 1936, Ley 75 de 1968 y Ley 721 de 2001, así como con el Código del menor en el artículo 5 el cual se estipula que todo menor tiene *derecho a que se le defina su filialción*. Asimismo con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida post mórtem, se entra a desvirtuar el contenido del artículo 92 sobre la presunción de la concepción y del artículo 90 sobre la existencia legal de la persona.

Por lo tanto no es posible que en Colombia se mantenga un vacío jurídico en materia de reproducción asistida, cuando lo que se observa es que el

¹COLOMBIA, Constitución Nacional de 1991.

implemento de estas técnicas ha aumentado en los últimos años y con grandes éxitos.

De la misma forma, en la actualidad el nacimiento de los hijos luego del fallecimiento del padre mediante la implementación de la reproducción asistida post mórtem, ha generado múltiples conflictos alrededor de la filiación de los hijos y de los derechos que estos tienen como tales.

Públicamente se conoce el caso de *kim casali* en Londres, quien fue concebido luego de 17 meses de fallecido su padre, y de *Corine Richard* en Francia, quien luego de 2 años del fallecimiento de su pareja decide inseminarse, en los dos casos anteriores a pesar de no existir legislación específica en ese tema en esos países, los jueces optaron por determinar la filiación de estos hijos siguiendo el procedimiento normal de un proceso de filiación, con el fin de garantizar derechos constitucionales inalienables de la persona. En Colombia, también existe un precedente en la determinación de la paternidad por reproducción asistida post mórtem, siguiendo el procedimiento de un proceso de filiación común. Tal es el caso de los ejemplos que menciona la doctora Margarita Delgado en su trabajo de grado "La procreación humana asistida frente a la legislación Colombiana en materia de filiación", en donde, los tribunales del Distrito Superior de Cali (sentencia de enero 31 de 1991) y del Distrito Superior de Santafé de Bogotá (sentencia de agosto 2 de 1994), reconocen la filiación de los menores nacidos por inseminación artificial post mórtem. La decisión del juzgador se basó principalmente del análisis que se realizó luego de allegada la prueba pericial de ADN.

Por consiguiente vale la pena analizar, cual es la importancia probatoria que tiene la prueba pericial en la actualidad frente a los procesos de inseminación post mórtem, dado que ya se han presentado procesos de filiación luego de realizada la inseminación post mórtem. Aunque la frecuencia de estos procesos sea mínima, vale la pena apreciar la aplicación de la prueba pericial dentro de estos procesos en un momento dado, así como de determinar cuales son los vacíos que se encuentran hoy frente a las pruebas periciales y los factores que en un momento dado están afectando la efectividad de las mismas.

La trascendencia probatoria de la prueba pericial, se fundamenta en el alto contenido de **certeza** que esta tiene (entendiéndose por certeza la convicción de la verdad, el conocimiento claro y seguro de alguna cosa, la ausencia de

duda sobre un hecho ²), la cual nos revela la verdad sobre la maternidad o la paternidad en porcentaje de probabilidad del 99.9%.

El ejercicio profesional permite afirmar que el decreto de la prueba pericial no determina, que esta se haga realmente efectiva. La **efectividad** como logro de la conducta prescrita o como concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a este orden³, permite establecer que frente a este hecho, la efectividad va a depender de hechos ajenos al contenido científico de la prueba. Es decir, la efectividad de la prueba pericial a allegar dentro del proceso de filiación estará determinada por la posibilidad que tengan las personas partes del proceso a que se practique la prueba con celeridad y con el logro del objetivo para lo cual fue propuesta.

Ante la absoluta imposibilidad de allegar la prueba pericial, estipula la Ley vigente (Ley 721 de 2001), que le queda al juez recurrir a los demás medios probatorios subsidiarios. Ahora, si se trata del proceso de filiación cuando el hijo nace por reproducción asistida post mórtem, la dificultad para obtener la prueba pericial aumenta, ya que aquí, uno de los padres ha fallecido lo cual implica recurrir a la exhumación del cadáver, de tal manera que la efectividad de la prueba dependerá además de los factores anteriormente señalados y de otros factores tales como; la toma de la muestra, la calidad del material biológico seleccionado, etc. Es aquí donde es posible hallar algunos vacíos en la legislación vigente que regula lo relacionado con la filiación y la prueba de ella y que en un momento dado a falta de legislación específica en el tema puede ser aplicable por analogía procesal en los procesos de filiación por reproducción asistida post mórtem. Tal como se mencionará en el contenido de este trabajo.

Por lo tanto en esta monografía, se pretende establecer **que aspectos afectan la efectividad de los medios probatorios en los procesos de reconocimiento de los hijos post mórtem, nacidos mediante la técnica de procreación asistida, a la luz de la Constitución Nacional, las normas del Código Civil y las Leyes 45 de 1936, 75 de 1968 y 721 de 2001, que regulan lo relacionado con los procesos de filiación y la prueba pericial de ADN.**, partiendo del hecho que la Constitución Nacional de Colombia contempla la posibilidad de tener un familia por métodos artificiales y vela por que los derechos de esta se respeten, así como consagra el derecho de toda persona a tener una filiación, independientemente de su origen.

² BOHÓRQUEZ BOTERO Luis Fernando Y BOHÓRQUEZ BOTERO Jorge Iván. *Diccionario jurídico Colombiano*. Bogotá, Editorial jurídica Nacional, 3ª edición, 2000. Pág. 139.

³ OSORIO Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Montevideo (Uruguay), editorial Obra Grande S.A. 1963, Pág. 275.

Reconociendo, que el legislador colombiano es quien se ha quedado corto ante la reglamentación de los avances técnicos y tecnológicos, desafortunadamente no prevé los acontecimientos, sino que espera a que se repitan las violaciones a los derechos de las personas para luego entrar a regular dichas conductas.

Dentro del contenido de este trabajo, el lector encontrará *primero*; lo concerniente a las técnicas de reproducción asistida post mórtem aplicables en Colombia. *Segundo*, se desarrolla lo relativo a la filiación de los hijos procreados naturalmente, para plantear la posibilidad de adoptar este procedimiento frente a hijos que nacen por procreación artificial post mórtem, se indica cual es la normatividad vigente en materia de pruebas como punto central de todo proceso y se señalan las debilidades que por el momento afectan la efectividad de la prueba pericial, siendo esta última la prueba reina dentro de los procesos de filiación en Colombia. *Tercero*, se describe la legislación extranjera, con el fin de rescatar los aportes que en momento dado el derecho comparado puede hacer al derecho colombiano, respecto del reconocimiento de los hijos nacidos por reproducción asistida post mórtem.

Para finalmente concluir, sobre aquellos aspectos que están afectando la efectividad de la prueba pericial a allegar dentro de los procesos de filiación, ya sea por cuestión procesal o por vacíos de la legislación vigente en materia de pruebas, y que en un momento dado pueden ser definitivas a la hora de reconocer la filiación de un hijo que nacen por reproducción asistida post mórtem.

En cuanto al diseño de la monografía, se utilizó una metodología deductiva documental, partiendo de la interpretación de la norma colombiana y del derecho comparado aplicable al caso en particular.

1. REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM

1.1.. CONCEPTUALIZACIÓN

La fertilización post mórtem constituye un mecanismo de reproducción denominado **asistido**, que se lleva a cabo luego del fallecimiento de uno de los padres. En estos casos, al igual que si los participantes estuviesen vivos, se debe someter a un tratamiento previo con el fin de que este procedimiento constituya una alternativa viable de procreación con alta probabilidad de éxito.

Es posible que al fallecimiento de uno de los usuarios exista en un banco de semen una muestra conservada que en cualquier momento (previa autorización), pueda ser utilizado por él o la cónyuge; a la vez, pueden existir también en un banco de oocitos los gametos femeninos listos para ser fertilizados, o embriones listos para ser implantados, cuando los cónyuges o un miembro de la pareja lo desee hacer. La técnica a emplear depende del resultado del análisis previo a la pareja, así como de la dificultad que esta presente para poder integrar una familia; la decisión dependerá del diagnóstico realizado por el médico tratante.

En Colombia esta decisión se deja al libre albedrío de la pareja y a la ética profesional del médico especialista que practica esta técnica, dentro del medio de los especialistas, se maneja un contrato cuando la inseminación es heteróloga en el cual se expresa la voluntad de las partes respecto de la aplicación de la técnica (ver anexo 2) y se asumen responsabilidades frente a los efectos que se deriven del hecho.

En cuanto a la práctica post mórtem, se tiene conocimiento de casos en personas que viven en países como Francia, España, Argentina, México y Países Bajos, entre otros, que han tenido que llegar a los estrados judiciales para decidir aspectos legales del ser por nacer, o incluso de los gametos y embriones depositados en bancos especializados. En Colombia no existe una relación de casos en esta materia. Por lo menos a la luz pública, estos están bajo la reserva del médico y del paciente que se la practica.

Lo que sí es claro es que en un momento dado se han desarrollado conflictos de carácter patrimonial y lesivos a los derechos fundamentales del hijo, como lo son su filiación o el derecho a tener una familia, donde han sido la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia las que han tenido que

intervenir para dirimir o aclarar dichos conflictos en materia probatoria; en el momento se nota la preocupación del legislador al entrar a regular a través de la norma legal los diversos problemas de esta índole, que por el momento constituyen proyectos de ley que más adelante se discutirán.

1.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La reproducción asistida corresponde al mecanismo alternativo al cual recurren las parejas que presentan dificultad para producir de forma natural un embarazo, o para aquellas parejas en las cuales los tratamientos convencionales médicos y quirúrgicos no resultaron exitosos para la procreación de un nuevo ser.

Desde el nacimiento de Louis Brown por fertilización in Vitro (FIV) en 1978, se reprodujo en el mundo una revolución en reproducción humana, y Colombia no ha sido un país ajeno a este avance en materia tecnológica, tanto a nivel médico como genético, prueba de ello son los éxitos obtenidos por el doctor Elkin Lucena (pionero en las técnicas de reproducción asistida en Colombia), en 1985, con su primer bebé probeta.

La aplicación de estas técnicas especializadas básicamente persiguen tres objetivos:

- Extraer y conservar gametos para luego fusionarlos y producir una fecundación.
- Poner en contacto gametos por extracción a la pareja o provenientes de un banco.
- Conservar adecuadamente los cigotos, para luego proceder a la nidación.

Desde el punto de vista médico existen diversas razones que justifican la práctica de la reproducción asistida; ellas generalmente están asociadas con patologías que afectan tanto al hombre como a la mujer, como consecuencia de la dificultad para que una pareja pueda conformar una familia. Esta situación es superada para algunas parejas que encuentran en este proceso de reproducción humana una alternativa de realización personal, siempre y cuando se logre conocer la falla en el proceso y se encuentre la alternativa de solución.

La doctora Rosa Herminia Castro de Arenas, en su libro la reproducción humana asistida, plantea que las causas más frecuentes que originan la dificultad para procrear son agrupadas por especialistas en aquellas que se

deben a la imposibilidad de realizar el acto sexual y en aquellas que se causan por esterilidad.⁴

Entre las causas más frecuentes de este tipo que se presentan en el hombre tenemos:

- Las ocasionadas por factores que impiden el acto sexual, entre ellas encontramos:

- Por impotencia propiamente dicha.
- Por vicios en la eyaculación (eyaculación precoz)
- Cuando se está frente a defectos peneales.
- Por atrofia o hipertrofia del pene.
- Por deformaciones adquiridas, ya sea traumáticas, infecciosas o virulentas.
- A consecuencia de una enfermedad venérea o intoxicación.

-Y las causales de esterilidad:

- Por concentración anormal y deficiente de espermios en el semen.
- Por necroespermia (alto porcentaje en el semen de espermatozoides muertos o sin movilidad).
- Por aspermatismo (falta de eyaculación)
- Por dispermatismo (el espermio no llega a su destino normal)
- Por existencia de tumores en los testículos.

Por otra parte, como causas fundamentales que afectan la reproducción en la mujer se encuentran aquellas que generan impotencia, y están asociadas con patologías relacionadas con la vulva o la vagina e impiden la introducción del miembro viril. Entre ellas se tiene:

- Por atresia o cierre de la entrada de la vagina.
- Soldadura de los labios.
- Ausencia o estrechez de la vagina.
- Tumores en el útero.
- Problemas y lesiones en las trompas de Falopio.
- Endometriosis.

- Cuando se trata de causas relacionadas con la infertilidad, están:

- Presencia de anticuerpos antiespermatozoides en el moco cervical.

⁴ CASTRO H. Rosa. *La reproducción humana asistida*. Bogotá: Forum Pacis, 1995, pág.62-66.

- Ausencia de ovario o atrofia del mismo.
- Ausencia de óvulos aptos para la fecundación.

Hoy día es una realidad, incluso en países como Colombia, reducir a nivel médico las causas que afectan la reproducción humana. Aun cuando resulta imposible la práctica de la cirugía, o cuando luego de ella se sabe que tampoco será posible recuperar la fertilidad, la medicina ofrece la alternativa de la reproducción asistida para aquellas parejas que libremente han decidido conformar una familia y que responsablemente asumirán el cuidado, la educación y crianza de ese hijo tal cual como lo expresa la normativa constitucional.

Conozcamos algunas de las técnicas de reproducción asistida o fertilización que pueden ser utilizadas también de forma post mórtem.

1.2.1. **FIV: Fertilización “In vitro”**

Literalmente significa “en vidrio”, indicando que la fertilización se realiza en el laboratorio, en una cápsula que antes era de vidrio, y se trata de fertilización extracorpórea (fuera del cuerpo) en oposición a la fertilización natural intracorpórea (dentro del cuerpo). FIV es un método de reproducción asistida en el cual los espermatozoides y los oocitos se unen fuera del cuerpo, en una cápsula de laboratorio. Si la fertilización ocurre, el embrión resultante es transferido al útero, donde se implantará por sí solo.

Esta resulta ser una razonable elección para parejas con varios tipos de infertilidad. En la actualidad su aplicación se extiende a esterilidad causada por endometriosis, factor masculino, causas inmunológicas y esterilidad sin causa aparente.

▪ **Pasos básicos para realizar fertilización in vitro FIV :**

a. Estudios previos

Toda pareja que se someta a una técnica de reproducción asistida deberá realizar una serie de estudios previos al procedimiento, a nivel hormonal; a nivel fisiológico se revisa la cavidad uterina, y se realiza una evaluación prequirúrgica, así como también se estudia la calidad y capacidad fecundante del semen.

b. Estimulación de la ovulación

Durante esta etapa los medicamentos utilizados tienen la finalidad de estimular a los ovarios para que produzcan varios oocitos maduros, ya que las posibilidades de lograr el embarazo son mayores si se fertilizan y transfieren más de un oocito por ciclo de tratamiento.

c. Rescate o aspiración de oocitos

La aspiración de los óvulos se realiza por vía transvaginal bajo control ecográfico. Este es un procedimiento que se realiza en quirófano, con anestesia general, aunque puede realizarse con anestesia local y analgésicos. Otra forma de aspirar los folículos es con laparoscopia. También es un procedimiento realizado en quirófano y con anestesia general.

Inseminación-fertilización y cultivo del embrión

Una vez aspirados los oocitos se examinan en el laboratorio y se los clasifica por su madurez. El día de la aspiración folicular el varón entrega una muestra de semen, y en el laboratorio se separa el plasma seminal de los espermatozoides. El procedimiento tiene como fin separar los espermatozoides con mayor movilidad de aquellos inmóviles o muertos. Los espermatozoides móviles se colocan junto a cada oocito obtenido, en placas que contienen medios de cultivo y son incubados a una temperatura igual a la del cuerpo humano. En algunos casos en los cuales se pueden obtener muy pocos espermatozoides o existe un factor masculino severo, existe la posibilidad de usar técnicas especializadas de micromanipulación de gametos (ICSI).

Luego de efectuada la inseminación en el término de 16 a 18 horas, se comprueba la fertilización a través de la visualización de los pronúcleos masculino y femenino. A las 12 horas de la fertilización, el embrión obtenido se divide en dos células. Luego continúa la división celular, y luego de 48 a 72 horas los embriones están listos para ser transferidos al útero.

d. Transferencia embrionaria

Este paso se realiza en forma ambulatoria. No requiere anestesia ya que es indoloro. En posición ginecológica se coloca un espéculo para ver el cuello uterino. Los embriones a transferir, sumergidos en un medio de cultivo, se colocan en un catéter de transferencia (tubo estéril largo y delgado). Suavemente se guía este catéter a través del cuello uterino y se coloca el contenido en la cavidad uterina.

e. Seguimiento y recomendaciones postransferencia

Luego de la transferencia se recomienda reposo. La paciente recibirá una medicación hormonal (progesterona) hasta confirmar el resultado del test de embarazo. El mismo deberá ser realizado cuando el profesional así lo considere, alrededor de 12 días luego de realizada la transferencia.

Existen en el medio en la actualidad **variaciones de la fertilización in Vitro**; tal es el caso de las técnicas denominadas GIFT, ZIFT y TET. Estos procedimientos de reproducción asistida difieren de la FIV en que el ovocito, fertilizado o no, es transferido a las trompas de Falopio en vez de al útero. Veamos algunos aspectos sobresalientes de ellas:

- **GIFT** (transferencia intratubárica de gametos)

Es la transferencia de gametos (óvulo y espermatozoides) a la trompa, antes de que ocurra la fertilización. Este procedimiento se practica en mujeres con trompas de Falopio sanas, incluyendo aquellas con endometriosis leve, infertilidad sin causa aparente, factor masculino (leve), cervical o inmunológico. Durante el procedimiento los oocitos y el esperma se ponen en contacto y se transfieren a una o ambas trompas de Falopio. La fertilización tiene lugar en la trompa al igual que la fertilización natural. Luego de ello, el embrión viaja hacia el útero espontáneamente.

Los pasos para realizar son similares a los usados para la FIV. Los oocitos y los espermatozoides son colocados en una cánula especial y son transferidos directamente a las trompas de Falopio durante la realización de la laparoscopia.

- **ZIFT** (transferencia de cigotos a la trompa)

El cigoto es el ovocito fertilizado antes de que la división ocurra. Se practica la inyección de oocitos, y para llevarla a cabo se necesita contar con un microscopio especial de alta resolución al cual se le adosa un sistema de pequeños brazos que sujetan micropipetas. Estos brazos regulan sus movimientos por un sistema hidráulico y electrónico comandado por pequeñas palancas. A través de las micropipetas se fija un óvulo y se le inyecta un único espermatozoide recuperado, ya sea del eyaculado o directamente del testículo. Entre las 12 y 18 horas posteriores a la introducción de espermatozoide dentro del óvulo se realiza la visualización de los pronúcleos para confirmar la fertilización.

- **TET** (transferencia de embriones a la trompa)

El ovocito fertilizado comienza su división y al alcanzar la etapa de embrión de 4 células es transferido a la trompa. Estas técnicas requieren que la paciente tenga sus trompas en buenas condiciones. *Son procedimientos más invasivos y costosos que la FIV*, pues se llevan a cabo en el quirófano para colocar los embriones en las trompas. Entre las 48 y 72 horas de realizado el ICSI se concreta la transferencia embrionaria, similar a la descrita para Fecundación in Vitro.

1.2.2. **ICSI (Inyección intracitoplasmática de un espermatozoide)**

Continuando con los procedimientos, tenemos ahora la ICSI que es un procedimiento de micromanipulación de gameto incorporado para el tratamiento de la esterilidad masculina en aquellos casos en que la calidad del semen no alcanza para la FIV. Para llevarla a cabo se debe cumplir con los siguientes pasos:

- Estimulación de la ovulación
- Rescate de oocitos o aspiración ovocitaria
- Inyección de oocitos
- Transferencia

Los pasos 1 y 2 son similares a los descritos para Fertilización in VITRO.

1.2.3. **Hatching Asistido**

Esta técnica consiste en el adelgazamiento y apertura de un pequeño agujero en la zona pelúcida del embrión (membrana externa que protege al embrión), con el fin de promover su implantación. El Hatching asistido se recomienda en pacientes mayores de 38 años, con hormona folículo estimulante (FSH) elevada, embriones altamente fragmentados y con varios intentos de FIV sin éxito, o que presentan embriones cuya zona pelúcida está engrosada.

1.2.4. **IAIU (Inseminación artificial intrauterina)**

Consiste en la colocación del semen preparado en la cavidad uterina. Este procedimiento se conoce científicamente como Inseminación Intrauterina.

Esta técnica consta de varios pasos, que son: la estimulación del ovario, la preparación del semen y la inseminación.

La estimulación del ovario se realiza mediante hormonas que se dan a la paciente para inducir la ovulación; la preparación del semen consiste en optimizar la concentración de los espermatozoides móviles en la muestra y reducir el contenido de plasma seminal que contiene factores que inhiben la fertilización normal y prostaglandinas que pueden causar contracciones uterinas. La fracción que contiene los mejores espermatozoides se recupera e insemina. Esta técnica se conoce como *swim-up* o recuperación de espermatozoides móviles (REM).

La inseminación es un proceso sencillo, durante el cual el médico en el consultorio coloca un espéculo en la vagina de la mujer y pasa por el canal cervical una cánula que contiene la muestra con los espermatozoides y los deposita en el fondo del útero. Una inseminación intrauterina está indicada en casos que haya una pobre interacción de los espermatozoides con el moco cervical; cuando el conteo espermático se encuentra por debajo de los parámetros normales o en casos de infertilidad de origen inmunológico o inexplicada. La paciente debe ser perseverante e insistir en el tratamiento. Una inseminación intrauterina puede no ser suficiente para lograr un embarazo, requiriéndose en ocasiones hasta 6 ciclos de inseminación para obtener un resultado positivo.

2.2.5. IIUD (Inseminación intrauterina de donante)

Cuando la inseminación no es posible con el semen del cónyuge o compañero de la mujer, se busca una muestra idónea de semen de donante, siempre y cuando la muestra de semen de la pareja presente características significativamente anormales. Los donantes de semen son estudiados para descartar enfermedades transmisibles como el SIDA y la hepatitis.

Una vez decidido el procedimiento a efectuar, teniendo en cuenta los problemas de infertilidad que presentan los miembros de la pareja o uno de ellos al menos y analizados los gametos, se entra a decidir si la técnica será aplicada de forma homóloga o heteróloga.

¿Qué significa lo anterior? Dependiendo de la calidad del gameto, generalmente masculino, se determina si se realiza la fecundación con los gametos de la propia pareja (fecundación homóloga) o si se tiene que recurrir a la utilización de un donante desconocido (fecundación heteróloga), para quienes desean tener un hijo y ven en la aplicación de esta técnica una posibilidad de ser padres.

2. LA FILIACIÓN

Una vez la pareja decide recurrir a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y estas tienen el éxito esperado, el cual es *el hijo*, la pareja asume obligaciones frente a la sociedad y a ese nuevo ser. Entre las obligaciones se encuentra el proporcionarle a ese hijo un ambiente familiar sano, darle un nombre, tratarlo con dignidad y respeto, velar por su integridad física, síquica, etc. Independientemente de su origen.

Cuando se habla de reproducción asistida, se piensa en el logro de un hijo anhelado por la pareja fruto de una decisión libre y consensual. Por lo tanto ha de presumirse que los progenitores de este hijo cumplirán con su deber de padres, frente a la sociedad y el Estado, estén o no presentes al momento de su concepción o de su nacimiento.

Uno de los principales efectos de la procreación es el derecho que adquiere este hijo a tener una filiación (como atributo de la persona), de igual manera, los hijos nacidos por reproducción asistida post mórtem tienen este mismo derecho así uno de sus progenitores ya halla fallecido al momento de darse la concepción o el nacimiento.

En este capítulo se desarrollara lo concerniente a la filiación y el proceso para adelantarla en la actualidad, pretendiendo con ello lograr establecer que tan viable es adelantar un proceso de filiación con las herramientas legales actuales para un hijo que nace por reproducción asistida post mórtem, indicando las fortalezas, las falencias y los vacíos de la legislación actual.

2.1. CONCEPTUALIZACIÓN

Se entiende por *filiación*, según el doctor Jorge Angarita Gómez, “la dependencia de unas personas respecto de otras por haber sido engendradas por ellas”⁵. La definición lleva intrínseca la decisión libre y voluntaria de la pareja para conformar una familia y está en consonancia con lo reglado por la Constitución Nacional (C.N.) de 1991 en el artículo 42, al señalar que es decisión libre y responsable de la pareja el tener hijos y

⁵ANGARITA Gómez Jorge. *Lecciones de Derecho civil*. Bogotá, Temis S.A., 1998, pág 34.

conformar una familia. A su vez, este artículo contempla la posibilidad de que estos hijos no solo provendrán de la procreación natural o de la adopción, sino que también podrán ser derivados de la asistencia científica que reciba la pareja.

En términos de Fabio Enrique Bueno Rincón, investigador de la universidad Externado de Colombia, la filiación corresponde “al vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre, y consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado”⁶. Es decir, *la filiación* es un *estado jurídico* que la ley asigna a determinada persona deducido de la relación natural de procreación, y que hoy día debe abarcar también la procreación con técnicas de reproducción asistida. Lo interesante está en el vínculo que se establece con la otra persona. Se dice que es *estado social* en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas, y es un *estado civil* por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Los efectos que se derivan de la filiación son principalmente las relaciones familiares producto del parentesco, instituciones jurídicas de indiscutible trascendencia tales como las órdenes sucesorales y el derecho a alimentos, de igual manera, la filiación es factor determinante de la nacionalidad, como ocurre en el artículo 96 de la C.N. Por último, la filiación genera la patria potestad y la autoridad de los padres. Temas que de por sí requieren de un estudio, y que en este trabajo es imposible abordarlos, debido a la complejidad de cada uno de ellos.

Para determinar la filiación de una persona se hace necesario su reconocimiento como hijo ante las autoridades competentes. Este reconocimiento se lleva a cabo principalmente por el padre en el acta de registro civil, o por medio de testamento; a falta de este, se hace necesario promover un proceso de filiación ante el juez de familia competente, haciéndose obligatorio el recurrir a los diversos medios probatorios que permite la ley para probar la calidad de hijo.

Cuando se trata del reconocimiento de la filiación del hijo que nace por técnicas de reproducción asistida post mórtem en Colombia, se encuentra el abogado con la dificultad de la inexistencia de una reglamentación específica en materia de reproducción asistida; sin embargo, este no sería un obstáculo para que se de dicho reconocimiento. Por el momento se haría necesario recurrir *al principio de la analogía procesal* frente al vacío jurídico.

⁶BUENO R. Fabio E. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994.

Para hacernos una idea clara de las dificultades sorteadas hasta el momento por la legislación en materia de filiación y vislumbrar una posible solución al conflicto que se avecina, fruto del incremento de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, se propone advertir sobre los antecedentes en materia legislativa sobre este aspecto.

2.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL PROCESO DE FILIACIÓN

En los procesos de filiación es necesaria la utilización de medios de prueba para lograr establecer a través de una sentencia judicial la existencia de un vínculo biológico y jurídico entre dos personas (padres e hijos). La finalidad de este es conocer y hacer efectivos todos los derechos y obligaciones que adquiere la persona para con su pariente al conocer la verdadera filiación.

Dentro del proceso de la investigación de la paternidad juega un papel fundamental el material probatorio allegado a él. Hoy día los avances tecnológicos y técnicos han permitido desarrollar este aspecto de tal forma que constituyen una herramienta fundamental a la hora de decidir el juez.

Si en Colombia el proceso de reconocimiento de un hijo y su posterior filiación, a pesar de contar con buenos medios probatorios, se hace difícil, debido a la falta de compromiso de los padres al momento de concebir los hijos, aun siendo ellos producto de una relación coital y con padres que al momento de concebirlo estaban vivos. Aún mayor es la dificultad cuando uno de los progenitores ha fallecido al momento de la concepción, y la familia es renuente al reconocimiento de este hijo.

Por esta razón se hace necesario tener claridad sobre las pruebas que se pueden allegar dentro de un proceso de filiación, con el fin de hacer de este una forma expedita de lograr reconocerle a ese hijo los derechos y deberes que adquiere en calidad de hijo y de persona.

Veamos algunas de las modificaciones que ha tenido la filiación en la legislación colombiana en materia de pruebas con el fin de tener una idea sobre la evolución de las mismas y analizar las posibles soluciones a los vacíos jurídicos de la legislación actual, cuando se presenta un proceso de filiación por reproducción asistida post mórtem.

- a. En materia de filiación se ha podido establecer que **existen pronunciamientos legales desde 1887**, fuera de lo establecido por el Código Civil colombiano en los títulos X, XI, XII y XVI, sancionado el 26 de mayo de 1873.

Anterior a estos, cuando se trataba de comprobar el estado civil de una persona los denominados *prefectos* podían disponer a solicitud de parte que se exhibieran los libros que llevaban los ministros del culto católico con el fin de compulsar el testimonio o copia solicitada (C.C.C., art. 409), como única prueba del Estado Civil de la persona.

- b. Con la adopción de la **Ley 57 de abril de 1887**, para determinar la filiación se necesitaba, entre las pruebas que acreditaban a una persona como hija, las certificaciones que expedían los sacerdotes párrocos insertadas en las actas o partidas existentes en los libros parroquiales (Art. 22), los cuales solo se podían examinar con orden de autoridad judicial. Respecto de la impugnación no se hablaba nada.
- c. La **Ley 153 de agosto de 1887** en materia probatoria cuenta que los hijos nacidos fuera del matrimonio y no legitimados por él tendrían la calidad de naturales respecto del padre o la madre que los hubiere reconocido voluntariamente. Dicho reconocimiento se hacía por “instrumento público entre vivos o por acto testamentario” (Art.56). Así mismo podía ser impugnado el reconocimiento por toda persona que tuviera un interés actual en ello (Art. 58 de la Ley 153 de 1887).

En cuanto a los hijos ilegítimos, bastaba con la declaración juramentada ante el juez del presunto padre. Si el padre era citado ante el juez y este no comparecía, se miraría como reconocida la paternidad (Art. 68 y 69 de Ley 153 de 1887); en cuanto a la maternidad, la única prueba que servía para demostrarla era el testimonio fehaciente que establecía el hecho del parto y la identidad del hijo (Art. 75 de la Ley 153 de 1887).

- d. **Ley 45 de 1936** reforma la filiación natural en cuanto al proceso de filiación; establecía quiénes eran parte dentro del proceso y lo podían promover (el hijo natural, su representante legal o curador y el Ministerio Público). Los trámites debían surtirse a través de abogado. El reconocimiento de los hijos naturales debía darse en el acta de nacimiento, por escritura pública, por manifestación directa y expresa ante juez y por testamento (Art. 2 de la Ley 45 de 1936). Había lugar a la declaración judicial de la paternidad natural, según los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 45 de 1936, cuando:

- La concepción se daba como consecuencia de raptó o violación que coincidiera con la época de la concepción.

- En caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que existiera un principio de prueba por escrito que emanara del presunto padre.

- Por la existencia de escrito del pretendido padre donde confesare la paternidad de manera inequívoca.

- Por existencia notoria de relaciones sexuales entre los presuntos padres, siempre que el hijo naciese luego de 180 días contados a partir de que empezaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron.

- Por último, cuando se lograba establecer la posesión notoria del estado de hijo natural.

En materia de impugnación la Ley 45 de 1936 no modificó nada de lo ya establecido.

- e. Con la **Ley 75 de diciembre de 1968** se dictan normas en materia de filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar familiar (ICBF). En ella se mantiene como prueba de la paternidad el reconocimiento libre del padre en el acta de nacimiento o en escritura pública, por manifestación directa y expresa ante juez y por testamento. Se contempla la posibilidad de reconocimiento del hijo antes del nacimiento del mismo, cuando se hacía dicha manifestación por declaración del padre ante el juez, por escritura pública o por testamento.

Continúa la presunción de la paternidad natural y había lugar a declararla judicialmente cuando se daban las circunstancias descritas en el artículo 6 de la Ley 75 de 1968, anteriormente descritas en los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 45 de 1936.

La forma como se pone al juzgador en contacto con los hechos que conforman el tema de la prueba, la encontramos en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 75 de 1968, en concordancia con el Código de Procedimiento Civil (Art. 175 de C.P.C.), de forma taxativa: la declaración de parte, juramento, testimonio, dictamen pericial, documentos, indicios y presunciones.

La novedad en materia probatoria la constituye en esta ley la *prueba pericial antropoheredobiológica* con análisis de grupo sanguíneo, caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales

transmisibles (Art. 7, Ley 75 de 1968), la cual era valorada según su fundamentación y pertinencia.

Muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad podrá iniciarse contra sus herederos y cónyuge. En cuanto a la impugnación, establece que se mantienen las causales del artículo 248 y 336 del C.C.

- f. La expedición del **Decreto 2737 de 1989** (por el cual se expide el Código del Menor), establece básicamente como uno de los derechos del hijo, “la definición de su filiación”. Los medios probatorios que prevalecen en él son aún los establecidos en la ley 75 de 1968. Importante en este decreto es la trascendencia que adquiere la determinación de la filiación del hijo, en un país donde muchos niños carecen de ella, y la garantía de un proceso adecuado de adopción para aquellos niños a quienes es posible ubicar dentro de una familia de carácter legal.

- g. Con la aprobación del TRATADO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL y del TRATADO DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL (Montevideo, 12 feb.1989) en el Título VI, aprobado mediante la Ley 33 de 1992 por el Congreso de la República, nuevamente se hace una modificación a la filiación de los hijos, en el se expresa sobre la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Sin embargo, la base probatoria continúa estando en los Art. 1, 6 y 7 de la Ley 75 de 1968; respecto de cómo y quiénes están llamados a probar la filiación, el supuesto padre, el hijo, su representante legal, el defensor de familia, el Ministerio Público, los descendientes legítimos y los ascendientes pueden iniciar la acción, teniendo en cuenta circunstancias particulares como los términos para impugnar la paternidad por parte del marido, el término legal para impugnar la paternidad por parte de los herederos del marido, por terceros que tengan un interés actual y por los ascendientes del marido (Art. 217, 218, 219, 220, 221 y 222 del Código Civil, inc. 3, Art. 3, Ley 75 de 1968).

La determinación de la filiación de una persona está encaminada a reclamar un estado civil que no tiene, es decir, a definir su situación jurídica dentro de una familia y la sociedad, hecho que a la vez determina la capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer obligaciones dentro de las anteriores instituciones.

- h. En la actualidad la ley vigente en materia de pruebas de la filiación es la **Ley 721 de 2001**, la cual señala como medio probatorio idóneo el dictamen pericial (la prueba con marcadores genéticos de ADN) y como medios subsidiarias a falta de ser absolutamente imposible obtener la prueba de ADN los demás medios probatorios como, los testimonios, los documentos y las llamadas pruebas indirectas (indicios y presunciones). Por ser esta la norma vigente se estudiará con más detalle en los próximos apartados de este trabajo.

Una vez establecido el desarrollo histórico legal de la legislación sobre la filiación en Colombia, analicemos algunos aspectos fundamentales de las pruebas relevantes para el derecho.

2. 3. LAS PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO DE FILIACIÓN

Los juristas Planiol y Ripert señalan que las **pruebas** son los diversos procedimientos empleados para convencer al juez. Son también el resultado obtenido en la investigación de la verdad, abstracción hecha de los medios empleados para llegar a ella: “Cuando la realidad de un hecho es cierta, se dice que se ha producido la prueba”⁷.

2.3.1. Procedimiento para llevar al juez a conocer la verdad

El maestro Antonio Rocha Alviria señala que, en general, existen en el derecho tres procedimientos para llegar al convencimiento del juez. El primero cuando él comprueba por sí mismo el hecho material. El segundo, cuando se llega a la verdad por medio de razonamiento, partiendo de hechos que son conocidos. El tercero, cuando se establece la verdad por medio de terceros que conocen la verdad sobre los hechos materia de estudio.

A. Cuando el Juez comprueba por sí mismo el hecho material

Dentro de la primera clasificación están los documentos y la inspección ocular; para este estudio interesan los primeros.

⁷ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. *Clásicos del Derecho*. Derecho civil. México, Editorial pedagógica Iberoamericana S.A. de C.U. (Traducción 1997), pág 570.

- **El documento** es un objeto material que se lleva ante el juez con el fin de que el compruebe por sí mismo el hecho. Se puede dar de manera extraprocesal o durante el proceso. Constituye una prueba histórica, por cuanto declara y representa hechos acaecidos en el pasado; es indirecta, real o material y preconstituida. Para este caso corresponde a un testamento, a una declaración extraproceso realizada por el presunto padre, una carta donde el presunto padre reconozca su paternidad; y respecto del tema central de este trabajo, se consideraría el contrato de inseminación autenticado que están implementando las clínicas de fertilización, (el cual no tiene un reconocimiento legal), en el que se explicita la aceptación de la paternidad del hijo engendrado por reproducción asistida heteróloga.

B. Cuando el juez llega a la verdad por razonamiento crítico

Si se trata de comprobar la verdad estableciéndola por medio del razonamiento crítico, tenemos entonces las presunciones y los indicios; en este tema en particular se consideran pruebas de este tipo: el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, la acreditación de la posesión notoria del estado de hijo y la presunción de relaciones sexuales entre los padres en la época en que se presume la concepción, entre otros (ver art. 6 de la Ley 75 de 1968).

- **Los indicios** son un tipo de prueba que exige un mayor trabajo intelectual por parte del Juez, con el fin de determinar la verdad de los hechos. La inferencia lógica se hace a partir de un hecho conocido de donde se deduce la existencia de un hecho desconocido. Los elementos integradores deben llegar a formar un todo, los hechos inferidos deben guardar cierta armonía entre sí, que permitan al juzgador por medio de la sana crítica llegar a una misma conclusión. Constituyen así una prueba indirecta.
- **La presunción** es un juicio lógico del legislador o del juez, con fundamento en las reglas de la experiencia, que le indica el modo normal cómo determinado hecho sucede, y por ello lo considera cierto o probable. Puede ser legal, cuando es establecida por ley (ejemplo de ello es la reclamación en cualquier tiempo de la legitimidad presunta del hijo estipulada en el artículo 3 de la Ley 75 de 1968), y judicial (la que admite prueba en contrario, como la presunción de la concepción del artículo 92 de C.C.).

C. Cuando el juez llega a la verdad por medio de terceros

En este caso se establece la verdad por medio de otras personas. Veamos algunos casos.

- **El testimonio:** Corresponde a un medio de prueba mediante el cual una persona que se encontraba presente, ya sea por azar o por invitación de las partes en la ejecución del acto o el hecho discutido, certifican al juez su existencia, forma y resultado. El testimonio generalmente es una reconstrucción del pasado de un acto o un hecho jurídico. Se considera equivalente a los documentos que tienen un alto contenido de verdad.
- **La prueba pericial:** Constituye un medio probatorio a través del cual y por tercera persona el juez puede convencerse de la verdad. La comprobación material supone en algunas ocasiones conocimientos técnicos que el juez no posee; en este caso se trata de una prueba que requiere de conocimientos artísticos, científicos y técnicos especializados, y que debe ser ejecutada por una persona idónea denominada perito. El peritaje se asemeja al testimonio, puesto que el juez se atiene a las declaraciones que le son hechas por una persona a la cual se le tiene confianza precisamente por sus conocimientos; se diferencia del testimonio en la medida que este recae sobre hechos presentes; el perito se dedica a examinar el estado actual de las cosas en cuanto al valor probatorio; la intervención del perito es una garantía para adquirir certidumbre de los hechos.

La prueba pericial en el proceso de filiación se introduce con la Ley 75 de 1968, denominándose prueba antropoheredobiológica con análisis de grupo sanguíneo, y más tarde con la Ley 721 de 2001, hace su aparición la prueba de ADN con marcadores genéticos.

- **Declaración de parte:** Declaración que hace una persona natural ajena al proceso, sobre hechos de los cuales se supone tiene conocimiento.
- **Confesión:** Corresponde a la declaración jurada que hace una de las partes sobre los hechos y la responsabilidad que le atañe sobre los mismos hechos. Ejemplo de ello es la aceptación que hace el padre sobre la presunta paternidad del hijo frente al juez o autoridad competente.

En síntesis, existen en Colombia diversos medios probatorios que nos permiten acercarnos a la verdad cuando se trata de determinar la filiación. Se observa que ha habido una variación, a lo largo del tiempo, respecto de la implementación de estas pruebas en este tipo de procesos, pues se ha dado hoy más importancia al documento y a la prueba pericial, que a las pruebas testimoniales, la confesión y las presunciones e indicios.

2.4. PROCEDIMIENTO DE FILIACIÓN SEGÚN LA LEY 721 DE 2001.

Este aparte tiene por finalidad describir el procedimiento de filiación que se adelanta ante los jueces de familia, hecho que permitirá entender mejor de que manera se puede adelantar un proceso de filiación para los hijos que nacen por reproducción asistida post mórtem de forma efectiva, a partir de la legislación vigente y de los aportes del derecho comparado.

Como se sabe, las fuentes de filiación son la maternidad y la paternidad. Para el Derecho la maternidad es un suceso natural de la mujer por haber tenido un embarazo y un parto; el hijo que se tiene como suyo es aquel que ha padecido estos procesos (haciendo a un lado la maternidad subrogada). El acervo probatorio para demostrar tanto el reconocimiento como el desconocimiento de la *maternidad* lo conforman dos presupuestos: el parto de la supuesta madre en una determinada fecha y la identidad del hijo cuya filiación es discutida con la del otro, y cuyo nacimiento está demostrado. Tal reconocimiento se apoya en pruebas documentales, como el acta de inscripción del nacimiento, y en los testimoniales de quienes presenciaron el parto y saben de la posesión notoria del hijo.

Y la *paternidad* es un hecho natural de un hombre que participa en la fecundación, es decir, por ser coautor de la concepción de un ser humano y que este lo tenga como padre. En materia probatoria se tiene que como se trata de un hecho no posible de comprobar por medios inmediatos y directos, sino posteriores y con ayuda de la tecnología, el legislador ha tenido que recurrir a la ley de las probabilidades para determinar, frente a la duda, la filiación del hijo. Cabe asumir que la ley establece la paternidad también a través de prueba directa, cuando se trata del hijo que nace dentro del matrimonio, art. 213 C.C.: “El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es legítimo” (presunción legal). Por lo tanto, cuando se habla de procesos de filiación se refiere a aquellos procesos de investigación de la paternidad y la maternidad extramatrimonial.

En cuanto al procedimiento, este se inicia con la demanda que se interpone ante el juez competente, es decir ante el **juez competente del domicilio del**

hijo. Conforme al artículo 7 de la Ley 721 de 2001 que modificó el artículo 11 de la ley 78 de 1968 que dice que en los juicios de paternidad o maternidad conoce el juez competente del domicilio del hijo, y **el trámite es de especial preferencia.** Ahora, una vez **muerto el presunto padre o el hijo,** conocerá el **juez de familia por el procedimiento ordinario de mayor cuantía.**

Se consideran personas llamadas a ejercer el derecho o *legitimados por activa* a los siguientes:

- Los hijos menores de edad, por medio de su representante legal, ya sea la madre, el tutor o curador.
- Los hijos mayores de edad.
- La persona que ha cuidado de la crianza o educación del hijo.
- El defensor de familia.
- El ministerio público.
- Si ha fallecido el hijo, la acción puede ejercerla sus descendientes legítimos y sus ascendientes.

Al respecto el doctor Gerardo Monrroy Cabra señala que en varias oportunidades la jurisprudencia ha expresado que todos los hijos tienen derecho a investigar judicialmente la paternidad natural, tanto los concebidos o nacidos antes de la Ley 45 de 1936, como los concebidos o nacidos con posterioridad a esta⁸.

Y se considera *legitimado por pasiva* el padre mientras viva, y la acción de investigación de la paternidad debe iniciarse contra él (Art.403). Una vez muerto el padre, puede dirigirse contra sus herederos o su cónyuge (Art. 10 de Ley 75 de 1968).

La demanda se notificará al demandado personalmente, y este dispondrá de 8 días para contestarla. En el auto admisorio de la demanda el Juez del conocimiento ordenará la práctica de la prueba de ADN. En caso de oposición o de abstención del demandado, el proceso se abrirá a pruebas por el término de diez (10) días.

Una vez vencido el término probatorio y en firme el resultado de la prueba de ADN, se surtirá nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes con intervención de las partes y los testigos, a fin de esclarecer no solo lo tocante a la filiación del hijo, sino los demás asuntos por decidir. En esta las partes podrán hacer el resumen de sus pretensiones y argumentos.

⁸MONROY CABRA Gerardo. *Derecho de Familia y de Menores.* Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001, Pág 94.

Cabe la posibilidad de estudiar en esta parte del *proceso la incurrancia en nulidad, causada por la omisión del período necesario para surtir las pruebas dentro del proceso*, ya sea por que nunca se fijó hora o día para realizarla, o porque no se le comunicó debidamente a las partes.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al poner de presente que ante las anteriores situaciones (frecuentes en los estrados colombianos), surge la *nulidad*. "...De allí que corresponda al juez que decreta esta prueba, y con mayor razón a quien por encontrarla necesaria la dispone de oficio, adoptar las medidas procesales que estime indispensables, para que, de un lado, todos los intervinientes puedan conocer de su existencia y tener la oportunidad para su práctica, y, para que, del otro, exista oportunidad y modo de cumplimiento acelerado de ella."⁹

De lo anterior se analiza, según lo sugerido por la Corte, que es deber de la entidad o personas que han de practicar la prueba determinar el día, la hora, el lugar y las demás circunstancias que estimen necesarias para la práctica de la prueba, siendo por demás indispensable que esta actuación preparatoria sea dada a conocer a las partes y a los interesados por conducto del juez competente, mediante la comunicación o notificación del caso. Pues con ella el juez, busca asegurar anticipadamente, en primer lugar, el otorgamiento de la oportunidad para la práctica de los exámenes correspondientes; en segundo término, la posibilidad de establecimiento del cumplimiento o no del deber de colaboración que le asiste a las partes y a terceros en esta prueba; y, último término, también le facilita al juez la verificación para los efectos legales de la comisión o incurrancia o no de la renuencia que con relación a ella pueda presentarse (Art. 243 y 242 C.P.C. y 7o.; Ley 75 de 1968) y en consecuencia se realmente efectiva.

De allí que, si aun con las previsiones mencionadas se omite algún acto preparatorio para la práctica de esa prueba decretada de oficio, se incurre entonces en el vicio de nulidad del proceso contemplado en el numeral 6o. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que puede alegarse inmediatamente después de ocurrida en la actuación siguiente (Art.143, inc. 5o. C.P.C.); ahora, en el evento en que ya se hubiere proferido sentencia de segunda instancia, dicha irregularidad puede alegarse en casación.

Continuando con el tema, una vez revisado el procedimiento para que no exista causal para decretar la nulidad del mismo, se convocará a audiencia, como ya se mencionó anteriormente; efectuada esta, el juez pronunciará la

⁹COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia mayo 22 de 1998, Expediente 5053, M.P. Pedro Lafont Pianeta.

sentencia dentro de los ocho días siguientes. En ella quedará expreso lo concerniente a la filiación demandada (declarándola o excluyéndola), designará a quien le corresponde el ejercicio de la patria potestad o pondrá al hijo bajo guarda. Fijará la cuantía en que se habrá de cubrir las necesidades del hijo y los derechos patrimoniales que le asistan.

Con la redacción de la Ley 721 de 2001 se nota que el legislador pretendió a través de ella darle mayor seguridad jurídica a los procesos de filiación en Colombia, como consecuencia de incoherencias que se presentaron en algunos resultados obtenidos por pruebas antropoheredobiológicas y que salieron a la luz pública a través de los medios de comunicación.

Esta información creó un ambiente confuso alrededor de las pruebas de la paternidad. Es posible que, ante este hecho, el legislador pensara en promover en Colombia la prueba con marcadores genéticos de ADN, de gran aceptación internacional, de tal manera que se constituyera en una prueba dentro de los procesos de filiación, que garantizara la inclusión o exclusión de la paternidad o maternidad con un alto nivel de probabilidad.

Cabe anotar que el legislador no pretendió dar un giro total al proceso de filiación; la prueba de ello está en el hecho de que aspectos como las formas de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, los recursos extraordinarios a interponer frente a la sentencia, lo relacionado con la impugnación y los efectos de la sentencia de filiación, no fueron modificados ni derogados.

Por lo tanto se podría pensar que en caso de encarar algún proceso de filiación donde el nacimiento del menor se halla dado por reproducción asistida post mórtem, es posible pensar que se pueda adelantar el trámite de filiación ante la jurisdicción de familia en analogía como si se tratara del hijo que nace de manera natural.

A continuación se describe el proceso de la prueba pericial de ADN, con el fin de tener claridad sobre el procedimiento que se adelanta dentro del laboratorio, antes de llevar la prueba pericial ante los estrados judiciales.

2.4.1. Desarrollo de la prueba con marcadores genéticos de ADN

En la actualidad se hace importante que el abogado, como estudioso de las normas, tenga por lo menos un conocimiento general de la prueba pericial denominada prueba de ADN o de HLA o el VNTR/RFLP o el STR, para que

a la hora de controvertirla lo haga con conocimiento de causa y bajo cierto fundamento, y no de manera empírica.

En este apartado se explicará cuál es el procedimiento que se utiliza por los diversos laboratorios de genética avalados por el Gobierno nacional y cuyo procedimiento está acorde con los estándares de calidad internacional y se analiza el procedimiento de la cadena de custodia para la prueba de ADN, una vez ordenada por el juez.

A. La prueba de ADN en el laboratorio

Luego de revisar varios estudios realizados en diversas instituciones, se decidió tomar como referencia, el método empleado por el doctor Gustavo A. Penacino en su tesis doctoral “Investigación e implementación de los sistemas de identificación de individuos por técnicas de biología molecular con especial referencia a los estudios post mórtem” (1997); ya que toca aspectos importantes en materia de recuperación de ADN sobre cadáver, y debido a que corresponde al método empleado por los laboratorios en Colombia autorizados para la toma de la prueba pericial con marcadores de ADN. El procedimiento utilizado por el doctor Penacino en su trabajo es el siguiente:

a. Extracción del ADN

La muestra biológica (sangre, uñas, o cualquier otro tejido que contenga células humanas con núcleo) se somete a la acción de detergentes, que disuelven los lípidos, y enzimas proteolíticas, que cortan las proteínas. Luego de incubar la mezcla una noche a 60 grados centígrados, se produce la ruptura de la estructura celular, liberando todo su contenido a la solución.

La mezcla se limpia mediante sucesivos lavados con solventes orgánicos (fenol, cloroformo), que coagulan proteínas y extraen los lípidos, y finalmente el ADN se separa por precipitación con alcohol en medio salino.

Eventualmente, en los casos de manchas antiguas o huesos, se realizan purificaciones posteriores por diálisis o absorción a soportes sólidos. Existen métodos alternativos en los cuales la muestra sanguínea se deposita sobre un papel especial, que la mantiene inalterada por años a temperatura ambiente. Previo al análisis, se cortan con un sacabocados pequeños fragmentos del papel (alrededor de 1 mm) y se extraen las impurezas

mediante lavados. El papel así procesado, con el ADN adherido, se analiza directamente colocándolo en la mezcla de amplificación.

b. Análisis del ADN

Existen dos metodologías diferentes:

- Corte con enzimas de restricciones, corrimiento electroforético en geles de agarosa, transferencia a una membrana de nailon o celulosa y tratamiento con sondas de locus múltiple o de locus específico. Esta técnica ha caído en desuso, además de tener alto costo, como lo asegura la doctora Clara Vargas (directora del laboratorio de genética de UIS) por lo cual no será tratada aquí.
- Amplificación mediante PCR o reacción en cadena de la polimerasa: es un proceso que consiste en imitar una actividad normal de la célula: la copia de ADN, aunque es este caso limitado a pequeños fragmentos, en los cuales están ubicadas las regiones variables.

Para ello se coloca en cada tubo una porción del ADN extraído de cada persona y una mezcla que contiene nucleótidos, sales, una enzima que "copia" ADN (denominada polimerasa) y *los primers* que reconocen la zona variable. La mezcla se somete a variaciones de temperatura en un ciclador térmico que produce sucesivamente tres temperaturas diferentes: una que desnaturaliza o separa las cadenas del ADN, otra que facilita que *los primers* reconozcan y se adhieran a la región a copiar, y la tercera que permite la extensión de la cadena copiada, mediante la unión de los nucleótidos que se encuentran en la solución, con la ayuda de la polimerasa.

Luego los amplificados se someten a un campo eléctrico en el interior de un soporte semisólido o gel (electroforesis). Como el ADN está cargado negativamente, se dirige hacia el polo positivo, los fragmentos pequeños más rápido que los grandes, produciendo su separación. Finalmente, los fragmentos separados se visualizan mediante diferentes métodos:

- Radiactivos: si uno de los nucleótidos estaba marcado radiactivamente, basta poner el gel en contacto con una película radiográfica, que se revela para observar las variantes.
- Tinción con plata: se trata el gel con sales de plata, que por su carga positiva son atraídas por la carga negativa de los fragmentos de ADN, y se revela de modo similar a una fotografía.

Tanto los métodos radiactivos como los de tinción con plata están cayendo en desuso, y en la actualidad son empleados solamente por laboratorios que poseen un escaso volumen de trabajo.

- Sistemas automatizados: son los de la última generación, en los cuales el proceso de electroforesis lo efectúa un secuenciador automático que lee mediante un rayo láser *los primers*, marcados con un fluorocromo, adheridos a las zonas variables. Una computadora permite determinar qué variantes son las que se encuentran en cada muestra.

c. Interpretación de los resultados

Según las metodologías empleadas, los resultados se visualizan como “bandas” (en los formatos radiactivos o de tinción) o como “picos” en un gráfico (sistemas automatizados, ver gráficas). Considerando que cada individuo hereda una variante de su madre y la otra de su padre biológico, supongamos los siguientes resultados para un hipotético “sistema A”:

Madre: 8 – 12

Hijo: 8 – 13

Padre alegado: 12 – 13

Es evidente que el hijo comparte una variante con su madre y la otra con su padre alegado, por lo cual podría ser hijo de ambos. Sin embargo, esa situación puede darse por azar, ya que hay muchos individuos de la población general que presenta esa variante compartida.

Entonces, ante la incertidumbre se repite el estudio con otro sistema, que analizará una zona variable diferente. El resultado para ese “Sistema B” podría ser:

Madre: 12

Hijo: 11 – 12

Padre alegado: 10 – 11

Y se confirmará así la inclusión. Para que el estudio resulte suficientemente creíble, se acepta a nivel mundial que deben analizarse un mínimo de 12 sistemas de microsátélites, por supuesto, con inconvenientes en todos los casos. Para las técnicas actuales automatizadas ello no presenta ningún inconveniente, ya que existen métodos de amplificación de 15 regiones variables en una sola reacción.

Se habla de la exclusión del padre alegado como padre biológico cuando se observa que la variante 11 está en el hijo pero no en la madre ni en el padre

alegado. Para asegurarse de que no se deba a una falsa exclusión debida a una mutación, se sugiere continuar el estudio hasta observar al menos tres situaciones como esta de no compartición de variantes entre el hijo y el padre alegado.

Las variantes mencionadas se codifican por contención, mediante un número (ubicado en el esquema en la parte inferior de cada piso), que expresa el número de veces que está repetida la secuencia que caracteriza al sistema.

Así, en nuestro hipotético “sistema A”, los resultados se expresarían como:

Madre: 8-12

Hijo: 8-13

Padre alegado: 12-12

Cualquier otro estudio, realizado en cualquier lugar del mundo, del mismo “sistema A”, debe necesariamente arrojar los mismos resultados numéricos. Si eso no ocurre, se cometió un error. Finalmente, se realiza un cálculo estadístico de la probabilidad de paternidad e índice de paternidad, basándose en análisis efectuados previamente de las variantes observadas en individuos no relacionados de la población general. Cuanto menos frecuentes en la población sean las variantes obtenidas, mayores serán la probabilidad y el índice de paternidad.

Habitualmente, para individuos vivos, la probabilidad de paternidad es superior al 99,99%. Tal como lo señala la doctora Clara Inés Vargas, directora del Laboratorio de Genética de la Universidad Industrial de Santander, en su entrevista ¹⁰, quien señala que es posible en la actualidad obtener una alta probabilidad en la designación de la paternidad disputada según las pruebas de laboratorio realizadas en ADN de presunto padre y el hijo (ver Anexo 4).

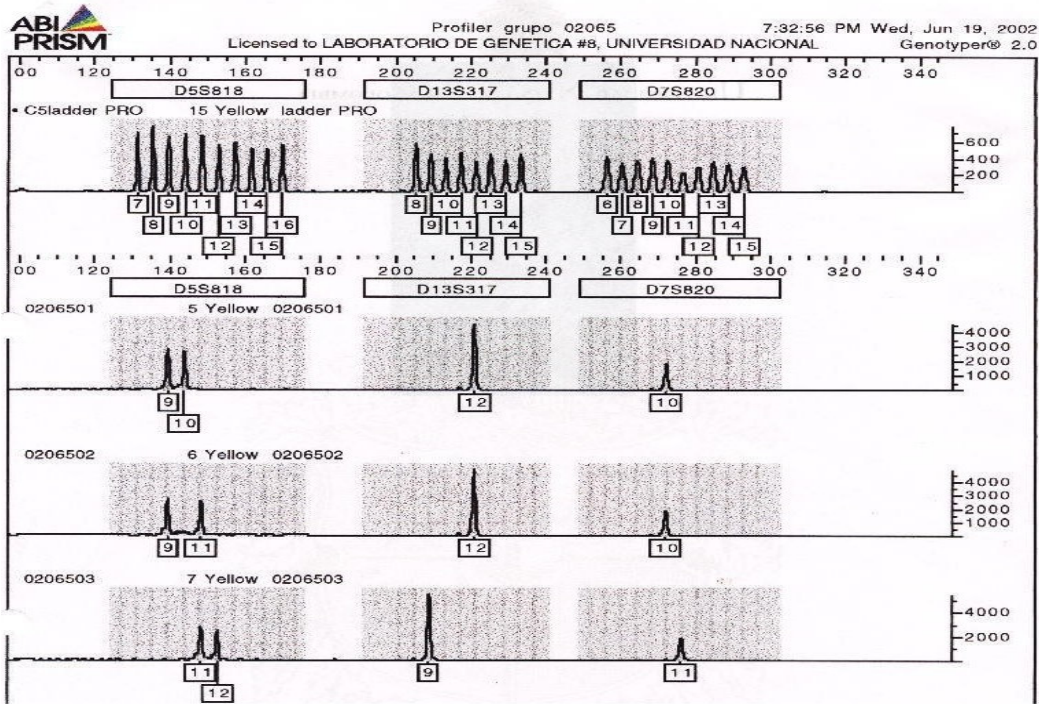
Por ejemplo, un índice de paternidad de $1,2 \times 10^6$ indica que 1 de cada 1.200.000 individuos de la población general podrían ser asignados como padres biológicos del hijo en cuestión sin serlo, es decir, por azar.

Para mayor claridad, veamos un ejemplo de los posibles resultados obtenidos en una prueba de paternidad realizada a los presuntos padres y al hijo objeto del proceso de filiación.

Inicialmente está el análisis de los alelos, cuando se trata de inclusión y de exclusión de la paternidad. Luego el cuadro sobre el cálculo del índice de probabilidad de paternidad acumulado, dependiendo de la información genética obtenida con el estudio del ADN de los posibles padres y el hijo.

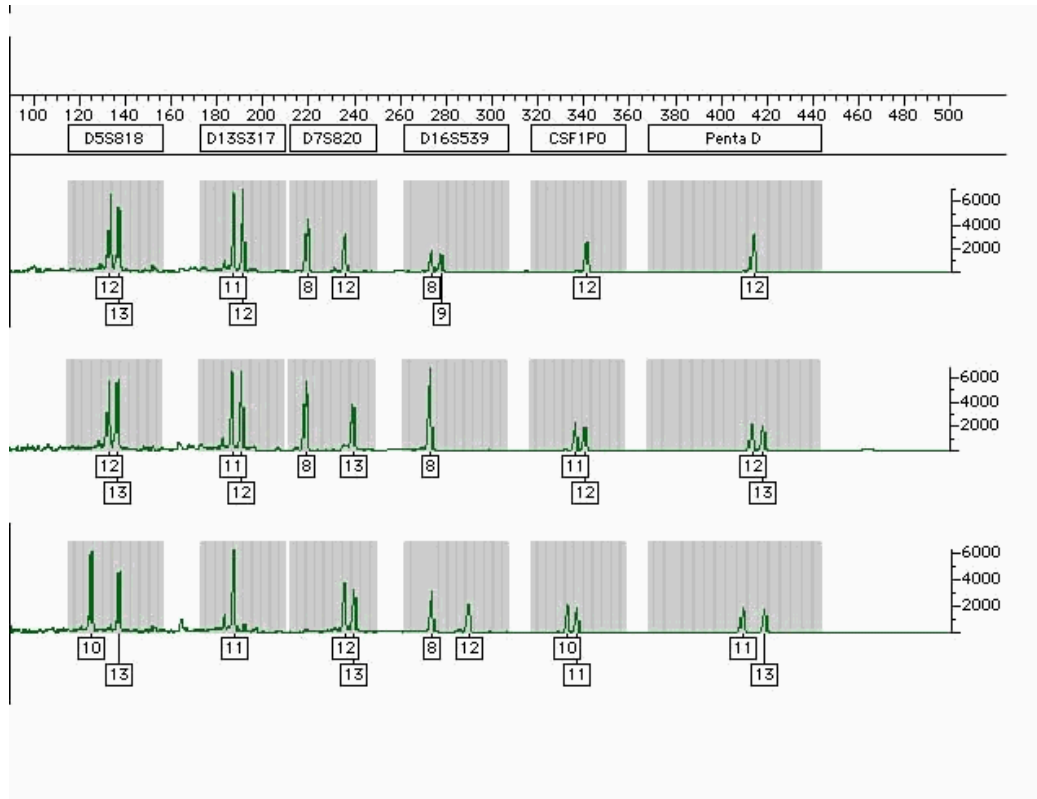
¹⁰ Entrevista con CLARA INÉS VARGAS. Directora del laboratorio de genética de la U.I.S. Bucaramanga, octubre 3 de 2003.

Exclusión de la paternidad



M: madre
H: hijo
PP: presunto padre.

Inclusión de la paternidad



M: madre

H: hijo

PP: presunto padre.

Los resultados obtenidos reflejan la inclusión de la paternidad. Los resultados de esta prueba se vienen a traducir en la siguiente tabla, que revela los cálculos matemáticos y probabilísticos.



Cálculo del Índice (IPa) y Probabilidad de Paternidad (Wa) Acumulados								
SISTEMA STR	Presunto Padre (PP)	Hijo (H)	Madre (M)	Frecuencia alelo paterno	X	Y	X / Y (IP)	W**
CSF1PO	10 / 11	11 / 11	11 / 12	0,35	(0,5)*(0,5)	(0,5)*(0,35)	1,43	0,59
D13S317	12 / 14	9 / 12	9 / 14	0,02	(0,5)*(0,5)	(0,5)*(0,02)	25,00	0,96
D18S51	15 / 15	15 / 17	15 / 18	0,27	(1)*(0,5)	(0,5)*(0,27)	3,70	0,79
D21S11	29 / 31	29 / 33.2	32.2 / 33.2	0,12	(0,5)*(0,5)	(0,5)*(0,12)	4,17	0,81
D3S1358	17 / 17	15 / 17	15 / 15	0,01	(1)*(1)	(1)*(0,01)	100,00	0,99
D5S818	11 / 12	11 / 11	9 / 11	0,15	(0,5)*(0,5)	(0,5)*(0,12)	4,17	0,81
D7S820	10 / 11	10 / 12	9 / 12	0,50	(0,5)*(0,5)	(0,5)*(0,5)	1,00	0,50
D8S1179	13 / 14	13 / 13	13 / 14	0,40	(0,5)*(0,5)	(0,5)*(0,4)	1,25	0,56
FGA	21 / 25	20 / 21	20 / 23	0,06	(0,5)*(0,5)	(0,5)*(0,06)	8,33	0,89
* IP = Índice de Paternidad				IP acumulado (IP a) =				287055,4
** W = Probabilidad de Paternidad				W acumulado (W a) =				99,9997%

Tabla 1:

Prueba de paternidad por métodos de ADN.

Unidad de Paternidad del Instituto de Genética de la Universidad Nacional. Medellín, 2003.

Ahora bien, respecto de la prueba con marcadores genéticos de ADN a practicar sobre un cadáver, se tiene una buena base para su estudio en Colombia.

Sin embargo, las mismas condiciones económicas no han permitido un desarrollo estructural para que se lleve a cabo la exhumación del cadáver y la toma de la muestra de manera acertada por especialistas, en varias ciudades del país. Esta práctica se limita a la toma de la muestra por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá, de Medellín y por parte de laboratorios especializados de Bogotá, Medellín y Cali. La toma de la muestra en otras partes del país es delegada, como lo veremos más adelante. Pero el estudio técnico se realiza en una de estas ciudades y por instituciones reconocidas y previamente autorizadas por Ley.

Al respecto, el estudio a nivel doctoral del doctor Gustavo A. Penacino refleja el alto nivel que se necesita para poder realizar esta prueba con resultados satisfactorios, máxime cuando lo que se persigue con esta es lograr reconocerle a una persona un derecho fundamental inalienable sin discriminación alguna, como correspondería a su estado civil (Art.5 C.N.).

Es de vital importancia reconocer las conclusiones a las que llega el doctor Gustavo Adolfo Penacino, importante Médico argentino, quien en su tesis doctoral titulada “Investigación e implementación de sistemas de identificación de individuos por técnicas de biología molecular, con especial referencia a los estudios post mórtem”, realizada en el Servicio de Huellas Digitales Genéticas, Facultad de Farmacia y Bioquímica (U.B.A.), Junín 956, Buenos Aires, Argentina, quien señala respecto de la prueba de identificación de un cadáver, del cual luego será deducida su relación filial con otra muestra de ADN, lo siguiente:

- Los resultados obtenidos muestran que el aislamiento de ADN de alto peso molecular, condición requerida para un análisis completo, es ampliamente dependiente del estado de conservación de la muestra.
- En cadáveres recientes es posible aislar porciones de tejido que no han sido atacados bacterianamente, obteniéndose un alto rendimiento en la prueba de ADN.
- En exhumados adquiere importancia el ámbito en que estuvo el cadáver. Por ejemplo: un clima seco presenta reducida actividad bacteriana, conservándose el ADN. Un suelo húmedo,, favorece la actividad de las bacterias, luego el efecto es contrario al anterior.
- Los huesos y dientes de adultos resultan ser adecuados como reservorio de ADN.
- La toma de la muestra es fundamental, ya que se ha comprobado que generalmente cuando no es tomada por personal especializado la muestra no permite los estudios adecuados. Por ejemplo: un cabello tomado sin el bulbo. De ahí que se opte por tomar muestras de sangre, o de músculo en buen estado.
- La presencia de formol es nociva para el ADN, ya que se combina químicamente con él dificultando o impidiendo el análisis. El grado de deterioro del ADN depende de la cantidad de formol aplicada al cadáver, y del tiempo de exposición del mismo.

Vale la pena anotar que en la parte final de su investigación el doctor. Gustavo Penacino dice que aun con tal dificultad para la toma y posterior análisis de ADN, es conveniente hacerlo, ya que en la mayoría de los casos los resultados obtenidos son positivos.

En Colombia, como ya se mencionó, también se viene practicando la prueba de ADN en cadáver, para lo cual se recurre a procedimientos similares a los siguientes:

- *Análisis practicados a las muestras:*

- Determinación de la carta genética (ADN) del presunto padre muerto, mediante el análisis de sus hijos, esposa, hermanos, padres. Se trata de la reconstrucción de los marcadores genéticos que integran la huella digital del ADN mediante el estudio de los familiares directos de un fallecido.
- Descripción de la carta genética (ADN) del fallecido mediante el estudio de los restos óseos. De acuerdo con el estado de los restos óseos de un fallecido, se puede obtener la carta genética, en especial con marcadores STR que, por su tamaño, puede recuperarse aún con ADN degradado.

- *Procedimiento de laboratorio para determinar el parentesco:*

- Determinación del parentesco por marcadores ADN del cromosoma Y, en virtud de que todos los varones de una familia reciben el mismo cromosoma Y, y con él los marcadores que se pueden reconocer con tecnología de ADN. Ejemplos como estos: hijo no reconocido e hijo reconocido, hijo demandante y tíos, hermanos del fallecido.

Si bien es cierto que el desarrollo de la prueba de ADN con marcadores genéticos dentro del laboratorio no es de interés para el abogado, como sí lo es para el médico, no se pueden dejar a un lado todos aquellos aspectos procedimentales que se tejen alrededor de ella y que sí tienen gran importancia a la hora de decretar una *nulidad frente a la prueba pericial*; de ahí la importancia que se le ha dado al desarrollo de la prueba en el laboratorio en los anteriores a partes de este trabajo.

B. La cadena de custodia de la prueba de ADN.

La cadena de custodia consiste en un procedimiento fundamentado en el principio universal de la autenticidad de la evidencia (Ley de la mismidad), que determina que lo mismo que se tomó como objeto de prueba -en este caso la sangre de los presuntos padres-, corresponda a la misma prueba que se toma, y se hace valer en el proceso al momento de la decisión judicial. Son responsables de la cadena de custodia todos los servidores públicos y los particulares que tengan relación en cualquier sentido con la muestra tomada, es decir, que hayan tenido algún contacto físico con la muestra tomada y luego procesada (Art. 288 de C.P.P.).

Para el caso de la prueba de ADN una vez ordenada por el juez competente; es realizada por un laboratorio público o privado previamente acreditado y certificado con sujeción a los estándares de calidad internacionales. En el caso de los laboratorios de genética forense deberán cumplir con los requisitos de laboratorio clínico y con los de genética forense, en lo que se refiere a los controles de calidad, bioseguridad y demás exigencias que se reglamenten en el proceso de acreditación y certificación, con el fin de que también en ellos se pueda realizar este tipo de prueba pericial, (decreto 2112 del julio 29 de 2003 del Ministerio de Protección Social y decreto 2269 de 1993). Una vez decretada la prueba, el laboratorio competente y autorizado procede a señalar la fecha y hora en que se convocarán las partes para la práctica del experticio.

A continuación se referencia el procedimiento adelantado por el laboratorio de genética de la Universidad Industrial de Santander y que es utilizado por la mayoría de las instituciones que realizan la toma de la muestra de la prueba de ADN, con el fin de establecer un criterio sobre el desarrollo de la cadena de custodia de la prueba.

Al llegar a las instalaciones del laboratorio viene un primer reconocimiento. Este consiste, según la descripción dada por la doctora Clara Vargas, en el primer acercamiento por parte de la madre, el hijo y el supuesto padre (el saludo, las miradas, la conversación que llegan a entablar, etc.). Se procede al registro en un cuaderno asignado para ello dentro del laboratorio, donde se anota bajo un código a las partes. Se toma la muestra de sangre doble, porque se hace en dos sitios: un punzón en el dedo cuya muestra es depositada en papel filtro y otra directamente en un tubo de ensayo; se inicia la cadena de custodia.

En el laboratorio la cadena de custodia se inicia con la bacterióloga del laboratorio, quien además recibe los datos y anexa los documentos presentados; se lee el consentimiento informado y firman los padres del hijo.

Para esta fase la secretaria de la toma de muestra actúa como testigo de las actuaciones preliminares; se asigna luego un número consecutivo como ya se mencionó; se marcan las tomas y la bacterióloga procede a llevar la prueba al laboratorio. Ella misma es quien realiza el procedimiento, supervisada por otra bacterióloga, quien en ese momento actuará como testigo del correcto proceder. Viene la lectura de los electroferogramas del equipo con que cuenta el laboratorio y la interpretación del resultado por parte de los peritos. Una vez terminado el procedimiento técnico con su interpretación, la coordinadora del laboratorio revisa el procedimiento, que ha sido consignado tanto en la carpeta, como en el cuaderno del laboratorio. Si encuentra que está bien, continúa al siguiente paso; si no, se procede a repetir el procedimiento. Aprobado este por la coordinación, sale el cuaderno del laboratorio con los resultados anotados, se le entregan a la secretaria del laboratorio y al jefe de laboratorio para hacer los respectivos análisis matemáticos (APC), se hacen responsables de los datos, firman y continúa la cadena de custodia.

Con estos datos obtenidos en la prueba, se determinan las frecuencias de los alelos que ya se habían establecido en el capítulo anterior y que al final determinarán el porcentaje sobre el cual se establece la paternidad o se excluye la misma, y se entrega un informe.

Cuando se trata de presunto padre o madre fallecido, la Ley 721 de 2001 abre la posibilidad de determinar la filiación del hijo de una manera expedita, al contemplar la exhumación del cadáver. La cadena de custodia, al igual que el procedimiento anterior, se inicia con los peritos y las personas comisionadas por el juez para la toma de dicha prueba (solo algunas instituciones de carácter oficial, como Medicina Legal de Bogotá y Medellín, lo están realizando debido a la dificultad metodológica y técnica que requiere). Una vez llega la muestra al laboratorio se continúa la cadena de custodia con los peritos del laboratorio quienes serán los encargados al final de entregar un informe sobre la muestra y los resultados obtenidos. Terminando la cadena de custodia con la entrega del resultado al juez.

2.5. ASPECTOS PROBATORIOS A TENER EN CUENTA ANTE UN PROCESO DE FILIACIÓN POR REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM

El doctor Fabio Naranjo señala que el maestro Valencia Zea, en el año de 1962, en su libro de *Derecho Civil*, Tomo V, ya visualizaba la problemática jurídico biológica alrededor de la paternidad y frente a la inseminación artificial. Analiza cómo desde la era romana la paternidad se basaba en un

hecho oculto, el acto de cohabitación que había producido la concepción, el cual era difícil de apreciar de forma directa, pero que junto con otros indicios daban certeza al juez para determinar la paternidad de ese hijo. Ahora bien, frente a procedimientos científicos como la inseminación artificial, donde no hay cohabitación sino una operación de laboratorio que no se escapa a la observación de los sentidos y de la cual se tiene una prueba de alta precisión científica, cabría este hecho como una prueba directa de alto contenido probatorio. Dice Valencia Zea: “Lo interesante aquí para el jurista, es la existencia de la autoría del hecho, que para el primer caso se presume y en el segundo caso se determina de modo directo”¹¹.

Es indudable que frente a procesos de filiación de los hijos obtenidos por técnicas de reproducción asistida post mórtem, algunos de los anteriores medios probatorios descritos del proceso de filiación natural, pueden jugar un papel fundamental en el momento de establecer la verdad de los hechos, aún con ausencia de legislación específica. Por ejemplo: El consentimiento expreso y por escrito de los padres que utilizan la técnica de reproducción asistida, se podrá tener como una confesión inequívoca de la paternidad; el testimonio del médico tratante se tendrá como prueba ya que da fe de un hecho cierto que le consta (la inseminación y fecundación), y por último la prueba de ADN, tomada a los usuarios como parte del tratamiento, para luego ser confrontada con la del hijo, daría los resultados esperados (la filiación del hijo).

Por el momento, le corresponde al abogado acogerse al principio de la analogía procesal, con el fin de determinar la realidad sobre los hechos en estudio (filiación post mórtem), basándose para ello en el análisis de las pruebas aportadas a dicho proceso y que están contempladas dentro de la ley vigente (Ley 721 de 2001).

2.5.1.APORTES

En la Constitución Nacional encontramos la *primera herramienta* en el artículo 42, inciso 6, que establece que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él; adoptados o procreados naturalmente o con *asistencia científica*, tienen iguales derechos y deberes”. El constituyente pretendió consagrar en este artículo la igualdad de los hijos nacidos en Colombia, independientemente de su origen. En concordancia con este, se desarrollan otros artículos constitucionales que hacen referencia al derecho a un nombre

¹¹ NARANJO O. Fabio. *Derecho civil personas y familia*. Bogotá, 1999, pág. 302-303.

(Art.44 C.N.), a tener una familia (Art. 42 de C.N.), y a la protección de los derechos inalienables de toda persona(Art. 5 de C.N.)

El espíritu de la C.N. refleja que para los constituyentes no era ajeno a su saber los grandes progresos en materia de reproducción asistida a nivel mundial y a nivel de Colombia, y las implicaciones jurídicas que de este tipo de procreación se desprende. Pero al parecer para el legislador no era tangible dicha realidad, al no haber reglamentado hasta el momento las técnicas de reproducción asistida.

La segunda herramienta la constituye las normas del Código Civil Colombiano, en las cuales se consagra la presunción de hijo como matrimonial o extramatrimonial, según las condiciones al nacer, (art 213). Lo anterior permite considerar que el nacimiento de un niño por técnicas de reproducción asistida dentro de la vigencia del matrimonio, sea de manera homóloga (con esperma del marido) o heteróloga (con esperma de donante), se tendrá por legítimo o matrimonial. Pero ¿qué sucede con los que no cumplen con estos requisitos?. Pues ante estos nuevos hechos, el derecho procesal permite entrar a establecer la verdadera filiación de estos hijos a través de pruebas. La efectividad de estas últimas a allegar dependerán de las circunstancias que rodeen el hecho de la concepción, el nacimiento y las condiciones familiares, las cuales definirán que se practique las pruebas ya sea de manera directa o indirecta, que más adelante se tratarán.

La tercera herramienta la constituye los preceptos legales inmersos en las Leyes 45 de 1936, 75 de 1968 y 721 de 2001. En la Ley 45 de 1936, se señalan parámetros, mediante los cuales es posible reconocer los hijos y entre estos, se admite el reconocimiento por acto separado como testamento o escritura pública (Art. 2), así como concibe el reconocimiento del hijo por confesión del presunto padre en escrito o carta (Art. 4). Ahora bien la Ley 75 de 1968 , admite igualmente el reconocimiento del hijo mediante escrito, siendo posible la declaración judicial de la paternidad (Art. 1 y 6), señala la prueba antropoheredobiológica como el medio idóneo para probar la filiación(Art. 7), y examina el reconocimiento de la paternidad antes del nacimiento, por los medios contemplados en los ordinales 2, 3, y 4 del artículo 1.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior es viable considerara el contrato de inseminación implementado por las clínicas de fertilización, como una **confesión inequívoca de la paternidad** (en los términos del art. 6 de la Ley 75 de 1968), fundamentado en que este contrato reúne todos los requisitos de la esencia de un contrato de acuerdo con la ley (Art. 1502 de C.C.), es decir las partes son capaces, conciente en la práctica terapéutica, y el objeto y causa del contrato es lícito. Además de lo anterior el contrato tiene

carácter privado y es autenticado ante notaría con el fin de darle cierta solemnidad al mismo. (ver anexo 1).

Para el caso de la *reproducción asistida post mórtem*, el contrato se tendrá como un reconocimiento de la paternidad antes del nacimiento del hijo, igual al establecido por el Art. 1 de la Ley 75 de 1968.

En cuanto al aporte que la *Ley 721 de 2001* hace, es el de estipular como prueba reina de los procesos de filiación **la prueba con marcadores genéticos de ADN**, siendo este el medio idóneo en la actualidad a nivel mundial para probar la descendencia y que anteriormente fue descrita. En esta Ley, también se señalan los parámetros a tener en cuenta para que la toma de la muestra sea efectiva y tenga por fin el lograr el reconocimiento de ese hijo.

2.5.2. INEXACTITUDES

Una vez examinadas las fortalezas o aportes que la legislación presenta en materia de reproducción asistida, le que da al abogado la sensación de que faltan muchas cosas por hacer. Cuando se enfrenta un proceso de filiación por nacimiento natural, el abogado sortea dificultades de tipo procedimental porque muchas veces la legislación se queda corta, tal es el caso de la diligencia para la práctica de las pruebas periciales (tratado mas adelante), la efectividad de la misma, la calidad de la prueba a allegar dentro del proceso etc. Situaciones que se pueden presentar de igual manera, cuando el proceso de filiación es por reproducción asistida post mórtem.

De ahí que a continuación se planteen, algunas de las falencias que presenta la legislación vigente en materia de procesos de filiación por reproducción natural y artificial.

A. Efectividad de la práctica de la prueba pericial de ADN

Con la redacción de la Ley 721 de 2001 se entra a modificar algunos medios probatorios a través de los cuales el juez logra el conocimiento de los hechos. Se discute en particular el lograr establecer la paternidad y la maternidad mediante prueba pericial de ADN con marcadores genéticos y la práctica de la exhumación del cadáver en caso de padres fallecidos.

Respecto de esta última práctica, cuando se trata de presunto padre o madre ya fallecidos o de imposibilidad de obtener la prueba pericial de ADN, la ley dispone en el artículo tres, que, en caso de ser absolutamente imposible disponer de información para la prueba pericial de ADN, se recurrirá a otras pruebas tales como testimonios, documentos y demás (ver anexo 3).

Sobre la prueba de ADN con marcadores genéticos o de HLA, o el VNTR/RFLP, o el STR, la Ley 721 de 2001 establece en el Art. 1 que modificó el artículo 7º de la Ley 75 de 1968, lo siguiente: "... en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenara la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99,9%. Dichos exámenes se practicarán por laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos esperticios, los cuales a su vez deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales".

Ahora en caso de presunto padre o presunta madre fallecidos, ausentes o desaparecidos, la prueba se hará con los ascendientes legítimos directos, sobre todo si se trata de la paternidad de un niño, debido a la información que contiene el cromosoma Y; de no ser posible, el juez ordenará la exhumación del cadáver y esta correrá a cargo de las autoridades competentes, preservando la cadena de custodia (ver anexo 3).

Lo anterior revela que la Ley es explícita en cuanto a la función de la prueba y el procedimiento a seguir para obtenerla, pero esto no es garantía de que la toma de la prueba de ADN sea así mismo eficaz. Las razones que hasta el momento se han visto que alteran la efectividad de la prueba y que la misma jurisprudencia colombiana ha tratado de subsanar para los casos en que los **padres de los menores están vivos**, giran alrededor de:

- a. *La posibilidad que tienen las personas interesadas en que la prueba de ADN se practique con **celeridad**.*

En Colombia encontramos que desde el 30 de noviembre de 1999 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), institución del Estado en la cual recae el mayor número de investigaciones por paternidad de los hijos, firmó un convenio de cooperación con el Instituto Nacional de Medicina Legal para que fuera esta, la entidad encargada de practicar las pruebas de paternidad con ADN; pero el mismo Estado ha visto la limitación que esta institución tiene frente a la cantidad de procesos de filiación que están en curso, de ahí que ha tenido que permitir que laboratorios privados y acreditados por su

idoneidad intervengan en la práctica de la prueba. Tan es así, que el juez admite como prueba la practicada por laboratorios particulares acreditados

Según datos recopilados por el periódico EL TIEMPO de Colombia y publicados el 13 de agosto de 2003, existen en el país un total de 33 mil procesos de paternidad represados, lo que condujo al Ministerio de Protección Social a emitir el Decreto 2112 del 2003, el cual permitirá que los laboratorios que sean autorizados por el Gobierno nacional, adicionales a los ya existentes, puedan practicar la prueba de ADN con celeridad, colaborando así con la descongestión de los procesos de filiación que se encuentran en período de prueba y a la expectativa del turno que le corresponde para la toma de la muestra de la prueba de ADN.

Como se ve, el Estado Colombiano ha procurado implementar la utilización de la tecnología a nivel de los procesos judiciales; el decreto de la prueba de ADN de manera oficiosa corresponde a un ejemplo de ello. Sin embargo, la gran cantidad de procesos de filiación y de impugnación de la paternidad en Colombia, y la existencia de pocos laboratorios acreditados por el Estado para la realización de la prueba, no han permitido que se cumpla con el principio de celeridad.

De lo anterior se concluye, que la expectativa de la toma de la muestra se ve alterada ante la gran cantidad de solicitudes, sin embargo algunas personas han optado por asumir el costo de la prueba de ADN, ateniéndose a lo que se pruebe dentro del proceso, pero como ya se dijo esta tampoco es una garantía de que la toma de la prueba sea efectiva en un volumen de casos.

b. La asistencia de las partes a la toma de la prueba de ADN.

Frente a este hecho también se presentan un sinnúmero de situaciones que alteran la efectividad de la prueba de ADN. Veamos algunos:

- Que el **presunto padre** no se presente a la toma de la muestra, aún cuando se halla notificado en debida forma. Ante este hecho el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 721 de 2001 señala que, “cuando se presenta renuencia a la práctica de la prueba de ADN, el juez de conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por ley para lograr la comparecencia de las personas; la consecuencia de esta, es que agotados todos los medios, el juez de conocimiento, de oficio, mediante sentencia, procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa”. La Corte Constitucional en sentencia C-808 de octubre 3 de 2002, al respecto manifiesta, que el sentido de este parágrafo es el de proporcionar al niño y a la familia certeza

sobre quienes son los reales padres en orden de salvaguardar sus derechos fundamentales en lo tocante al nombre, a tener una familia y al reconocimiento de su personalidad jurídica. Por tanto el juez ante la renuencia de las partes a comparecer para la toma de la prueba de ADN, deberá acudir a otros medios probatorios que le permitan fallar, ya sea decretándolos de oficio o a petición de parte. Lo interesante aquí, es que la renuencia como tal, se tendrá como indicio en contra, pero jamás como prueba suficiente o excluyente de paternidad o maternidad

En este caso así existan todos los mecanismos legales dispuestos a ser utilizados para la toma de la muestra, pero si el presunto padre no se presenta a la toma de la muestra, la efectividad de la prueba pericial como tal se ve reducida.

- Otra situación que se da, es que **ninguna de las partes** se presente a la toma de la prueba de ADN. Ante este hecho la Ley 721 de 2001 en su artículo 3 establece que se recurra a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente. El comportamiento de las partes implica un indicio de trascendencia y gravedad, que el juez de conocimiento debe evaluar (Sentencia marzo 10 de 2000, expediente 6188 C.S.J.). En este sentido se puede afirmar que el juez permite el cumplimiento de la función social de la prueba, a la vez que ofrece seguridad jurídica dentro de un proceso cualquiera que sea, en el sentido de cumplir con el debido proceso. Pero al igual que la anterior situación la efectividad de la prueba pericial se ve afectada, al no haber prueba de ADN.

c. En caso de padres fallecidos.

Si la efectividad de la prueba pericial de ADN, se ve reducida cuando los presuntos padres del hijo están vivos, con mayor razón se ve cuando estos han fallecido. Las razones son de orden humano y ambiental, tal como lo señala el doctor Gustavo Penacino en sus estudios de ADN post mórtem. Repasemos algunos de los factores que afectan la efectividad de la prueba pericial de ADN.

- **La toma de la muestra**, este aspecto es de trascendencia ya que dependiendo de quien tome la muestra será la calidad de la misma. La Ley 721 de 2001 señala que el juez asigna la entidad a realizar la toma de la muestra (en Colombia medicina legal), se trata de personal especializado, quien se encargará de tomar la muestra de manera

adecuada y de preservarla hasta llegar esta al laboratorio asignado, guardando la cadena de custodia.

- **Muestra seleccionada**, es importante resaltar que el tejido señalado para la toma de la muestra sea idóneo, de lo contrario será imposible aislar el ADN de él.
- **Tiempo de descomposición**, par la obtención de una muestra efectiva se requiere de una muestra idónea, por lo tanto el perito debe analizar el sitio en el cual se encuentra depositado el cadáver con el fin de determinar cual es el tejido a recolectar. Los estudios realizados demuestran que el tiempo transcurrido afecta de manera directa la descomposición del cadáver, así como el ambiente en el cual se encuentre depositado. Por lo tanto a mayor humedad, mayor será la acción bacteriana y a mayor tiempo transcurrido, mayor será la posibilidad de acción bacteriana.
- **La cadena de custodia**, este es un factor interesante de analizar, ya que aquí se cuenta con una muestra idónea, la cual no es tratada con las debidas precauciones legales. Hecho sancionable por la ley colombiana. Para el caso de la exhumación del cadáver deberá estar presente el juez de conocimiento o su representante, un técnico designado por el laboratorio encargado de realizar la prueba, ya sea publico o privado, para que seleccione y tome adecuadamente las muestras necesarias para la realización de la prueba. Este se encargará de preservar la cadena de custodia de los elementos que se le entregan; nada se dice en la Ley 721 de 2001, sobre la presencia de los abogados de las partes, por lo cual se presume que es posible la asistencia de ellos a la toma de la prueba. La cadena de custodia, se inicia con los peritos y las personas comisionadas por el juez para la toma de dicha prueba, continúa con las personas que hacen parte del procedimiento de extracción y análisis del ADN en el laboratorio y termina una vez se entrega el resultado al juzgado solicitante. El no cumplimiento de los estándares de calidad en la cadena de custodia reduce la efectividad de la prueba pericial.

Los anteriores son factores que afectan la efectividad de la prueba pericial de ADN, cuando los hijos nacen por métodos naturales. Analicemos ahora cuales de estos afectarían la efectividad de la prueba pericial de ADN si el hijo **nace por reproducción asistida post mórtem** y que otros factores podrían afectar la efectividad de esta prueba.

- En primer momento la toma de la muestra, la calidad de la misma, el tiempo de descomposición del cadáver y la cadena de custodia, afectan de igual manera la efectividad de la prueba, puesto que el hecho de decretar la prueba de ADN por parte de autoridad judicial, no configura que esta efectivamente se lleve a cabo en la forma y calidad debida.

El factor que más incide en este tipo de situación es la calidad de la muestra y el tiempo de descomposición del cadáver, ya que generalmente para el momento en que se suscitan los hechos el padre ha fallecido, por consiguiente se hace necesaria la exhumación del cadáver. Es aquí donde juega un papel principal el ambiente, como ya se menciono anteriormente. Cuando se da la situación de NO existencia del cadáver, hay nuevas complicaciones, puesto que aquí no hay la posibilidad de tomar la prueba de ADN al supuesto progenitor y por lo tanto la efectividad de la prueba de ADN, así exista el decreto para la toma de la misma es inexistente.

- En segundo momento se podría pensar, que si las clínicas de fertilización previeran aún más situaciones problemas de filiación de los hijos que nacen por estas técnicas de reproducción pero post mórtem, e incluyeran dentro de su tratamiento la toma de una prueba de ADN, como información previa, la efectividad de la prueba sería alta puesto que ya se cuenta con una prueba anticipada y solo faltaría confrontarla.
- Por último, la falta de definición concreta en la Ley 721 de 2001, sobre aspectos como la caducidad para hacer valer las pruebas dentro del proceso de filiación post mórtem, y la falta de legislación en reproducción asistida son factores que afectan la efectividad de la prueba pericial de ADN en los procesos de filiación, ajenos al contenido de certeza que estas pruebas tienen hoy día.

B. Ausencia de legislación en reproducción asistida post mórtem.

En la actualidad en Colombia existen pronunciamientos legales respecto de la donación de órganos, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos; al igual que para realizar transplantes de los mismos, y para el funcionamiento de las unidades de biomedicina reproductivas o centros similares. Tal es el caso del Decreto 1546 de 1998 del Ministerio de Salud, el cual reglamenta lo expresado en las

Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, donde tangencialmente se tocan parámetros para acceder a la aplicación de *técnicas de reproducción asistida*, desde el punto de vista legal, como la capacidad de la persona.

El resto del contenido legal está orientado con normas de tipo biológico e instrumental que van dirigidas al personal directivo y trabajador del laboratorio que practica dichas técnicas. La resolución 000511 de 2001 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, expedida en septiembre 28, pretende reglamentar lo referente a la inscripción de los Bancos de Componentes Anatómicos para que puedan obtener componentes anatómicos de los cadáveres sometidos a necropsias médico-legales, ya que el Decreto número 1546 de agosto 4 de 1998 se reglamentó parcialmente las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988. Además, resalta la responsabilidad del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en materia de la cadena de custodia en todas sus actuaciones médico-forenses.

Por lo tanto, la reproducción asistida en todas sus variaciones por el momento no ha constituido para el legislador tema de estudio, a pesar de ser Colombia un país pionero en esta técnicas a nivel Latinoamericano. Su preocupación ha sido más, el regular aspectos administrativos y económicos.

Se sabe que cursan dos **proyectos de Ley sobre la reproducción asistida, en la Cámara**, uno del Representante *Alonso Acosta Osio*, presentado el 20 de julio de 2003, por medio del cual “Se modifica el ordenamiento civil colombiano, regulando lo referente a procedimientos y técnicas científicas de procreación humana asistida”.

En la exposición de motivos se busca “fijar límites y parámetros a los adelantos científicos; así como contempla la modificación del contexto actual en materia civil, como lo es la consanguinidad, parentesco, existencia biológica, existencia legal, legitimidad...”¹². Expresa el Doctor Alonso Acosta que la aplicación de dichas técnicas implica el cumplimiento de ciertos requisitos por parte de la pareja; en materia que interesa a este trabajo *establece la prohibición de la reproducción asistida post mórtem* a menos que al fallecimiento ya se tenga un embrión. Y por último, permite la adopción de embriones cuando la madre de ellos ha fallecido o cuando la pareja desiste del procedimiento.

Al mismo tiempo la doctora *Leonor Serrano de Camargo* presentó otra iniciativa referente a la misma materia (29 de julio de 2003). Su motivación se centra en “ la seguridad al nuevo ser para ser acogido en el seno social

¹² COLOMBIA. *Ámbito Jurídico de LEGIS*. Editorial el Globo-La República, Bogotá, 2003, Año VI, No. 138, 29 de septiembre al 12 de octubre del 2003, pág. 2B.

con las máximas garantías para su formación”. En él se propone ligar la existencia legal de la persona al nacimiento, limita la edad de la mujer usuaria de la técnica, liga la filiación de los hijos al hecho del parto y en materia de *filiación post mórtem niega dicho procedimiento*, descartando con ello esta posibilidad de procreación para algunas personas.

Lo interesante de estos proyectos es que ven necesaria una reglamentación específica en materia operativa, fijan límites a la práctica a nivel investigativo y ven en estas técnicas una alternativa de solución para aquellas parejas heterosexuales y estables que no han podido conformar una familia de manera natural. Promueve la protección de garantías constitucionales de la persona y establece como principios sobre los cuales fundamenta su proyecto, la buena fe, la transparencia, la información, la solemnidad y la confidencialidad. Pero para los dos Representantes la posibilidad de la reproducción asistida post mórtem es nula. Abra que espera a ver si apartir de la aprobación de la Ley de la Reproducción asistida salgan a la luz pública conflictos alrededor de la reproducción post mórtem y que el legislador proponente no previo.

Con todo y lo anterior, por ahora, como ya se ha mencionado la filiación del hijo frente a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida post mórtem en Colombia, se deja a la presunción de buena fe del donante, de los padres del hijo y de los descendientes y ascendientes del mismo , ya que si no surge conflicto frente a la paternidad, el hijo tendrá todos sus derechos y obligaciones sin la menor duda.

Finalmente, con la aprobación de la Ley 721 de 2001 en nuestra legislación, se abre la posibilidad de demostrar la paternidad no solo por cohabitación de la pareja. La determinación, dentro de un proceso de filiación, de si una persona es miembro o no de una determinada familia, hoy día se ve más clara a través de medios probatorios que expresan la voluntad de las partes, tales como documentos suscritos por ellos mismos ante testigos (como contratos, testamento, declaración extrajuicio, etc.), o mediante prueba pericial que determine quiénes son los verdaderos padres de un hijo.

Ahora sí pasamos al caso de los hijos que nacen por *reproducción asistida post mórtem*; aun sin legislación específica sobre este tema, es posible determinar la filiación del hijo, dependiendo de las circunstancias que rodeen el momento de su nacimiento y contando con los medios probatorios promovidos por la Ley 721 de 2001.

3. DERECHO COMPARADO SOBRE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM.

En el examen realizado a las legislaciones vigentes extranjeras en materia de fertilización asistida post mórtem se encuentran grandes variaciones. Estas van desde legislaciones específicas en esta materia que aceptan rechazan o condicionan la práctica, pasando por recomendaciones de tipo ético médico, hasta ausencia de legislación o proyectos de ley que se encuentran en estudio. Veamos:

3.1. PROHIBICIÓN EXPRESA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM

SUECIA.

La primera legislación específica sobre esta materia fue **la ley Sueca del 22 de diciembre de 1984 sobre inseminación artificial**, en la que regula la inseminación homóloga y heteróloga. Exige que la mujer receptora esté casada o tenga una relación estable como si lo estuviere; así mismo, establece ciertas características especiales cuando el semen provenga de un hombre distinto de aquel con el que está casada o convive en relación análoga. En estos casos el médico elegirá al adecuado donante de semen, y los informes sobre este se registrarán en un libro especial de memoria clínica que se conservará durante un tiempo no inferior a setenta (70) años de reserva. Se establece con ello una prueba documental. Sin embargo, el niño engendrado cuando haya alcanzado la suficiente madurez tendrá derecho a acceder a los informes registrados en dicho libro.

Refuerza los postulados de dicho ordenamiento la Ley de Cambio en el Código Civil de título relativo a la paternidad, redactada el 20 de diciembre de 1984, con la que se incorporó una disposición que señala: “Si la inseminación se ha realizado en la madre con el consentimiento de su marido o del hombre con quien convive en relación similar a matrimonio, y si es posible, tomando en cuenta la totalidad de las circunstancias, que el niño haya sido engendrado por esa inseminación, se considerará padre de éste aquel que haya dado su consentimiento [...]” (artículo 60).

Es de tener en cuenta a sí mismo la Ley de la Modificación de la Ley del Secreto, redactada también el 20 de diciembre de 1984, en donde se

establece que el secreto se mantendrá dentro de la atención médica y de la salud, entre otras materias, para el caso de la inseminación artificial”.¹³

Respecto de la fecundación post mórtem, la legislación sueca señala que; “no se aceptará la fecundación post mórtem en razón de la necesidad de que el niño tenga un padre y una madre desde su nacimiento”; recomendó que para realizar la inseminación artificial con semen del marido o compañero, éste debía estar vivo en el momento de la inseminación. Esta recomendación fue recogida en la ley 1140 de 20 de diciembre de 1984 . El artículo 2 de esta Ley dice: “La Inseminación Artificial solo puede realizarse con la condición de que la mujer este casada o cohabite con un hombre en circunstancias similares al matrimonio. Debe obtenerse el consentimiento escrito del marido o compañero ”¹⁴

Como comentario a esta legislación, está el hecho de que ante todo, se pretende preservar la unidad familiar como núcleo principal en la formación de los hijos, a tal punto que no se autoriza la reproducción sino para las parejas estables, la reproducción asistida post mortem no es autorizada en razón al derecho del menor de tener los padres. Sin embargo en una sociedad tan avanzada como esta, se manifiesta cierto recato ante el desarrollo de la técnica sobre todo cuando toca el fuero familiar.

ALEMANIA

En **Alemania existe la Ley del 30 de noviembre de 1989**, sobre la proporción de adopciones y la prohibición de servicios de intermediarios para proporcionar madres sustitutas, en la cual se regula la maternidad sustitutiva; contiene las disposiciones penales respecto a inseminación artificial, así como la regulación para mujeres que se prestan como madres sustitutas.

El Gabinete Federal de dicho país ha sugerido que la manipulación de embriones humanos, así como su utilización para fines de investigación científica, debe ser penadas por la ley, por lo cual se propuso un Proyecto de Ley de Protección de Embriones, en la cual se establecen regulaciones especiales para:

* El abuso de las técnicas de reproducción.

¹³MONTEZUMA BARRAGÁN Gonzalo. *La reproducción asistida en México*. Un enfoque multidisciplinario.[online],2002, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, < [http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad_1/Barragán. num](http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad_1/Barragán_num)>

¹⁴ GIRALDO Diana Saray. *Fecundidad asistida: Paternidad post mórtem*. Bucaramanga, 1999. Trabajo de grado (abogado). Universidad Industrial de Santander, Facultad de ciencias sociopolíticas, Carrera de derecho.

- * La utilización abusiva de embriones humanos.
- * El abuso en la determinación del sexo del embrión.
- * La fertilización arbitraria y trasplante artificial de embriones.
- * La alteración artificial de genes humanos.
- * Los clones, y por último la creación artificial de quimeras e híbridos.

Es decir en Alemania, es posible la aplicación de técnicas de reproducción asistida dentro de las normas legales, pero no hay cabida a extralimitaciones, como lo serían la práctica de manera indiscriminada y sin previo estudio biológico, llevando con ello en un momento dado a descartar embriones que no van a ser utilizados. En materia de fertilización post mórtem la legislación alemana es radical, al prohibirla de manera expresa: “Se prohíbe la fecundación en estas circunstancias, y se establece una sanción consistente en, pena privativa de libertad de hasta tres años o multa a quien fertilice artificialmente con el semen de un hombre después de la muerte de éste” (Ley alemana del 13 de diciembre de 1990).

Del análisis de esta legislación se desprende que, para la sociedad alemana es necesario establecer reglas claras a la inseminación artificial, previendo despertar nuevamente el espíritu nazi, en pro de una raza fuerte. En la ley se nota es espíritu de una sociedad por defender la familia como unidad social y organización que propende por formar hombres de bien a la sociedad y al Estado.

3.2. ACEPTACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM

ESPAÑA

En España existe **la Ley 35 de 1988, sobre Técnica de Reproducción Asistida**, y la Ley 42 de 1988 de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (ver anexo 3), aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados y modificada en tres artículos, el 22 de noviembre de 2002 . En ella se establece de manera precisa el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, y su finalidad corresponde a la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

Esta ley prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, y señala que la donación de gametos y pre-embryones es un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado, por lo que la donación sólo será revocada cuando el

donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor (Art. 5 de la Ley 35 de 1988 de España).

Hay otras reglas especiales para la donación, como lo son el que ésta será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el registro nacional de donantes; sin embargo, los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, derecho que le asiste a las receptoras de los gametos.

Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley, siempre que hayan otorgado su consentimiento a su utilización de manera libre, consciente, expresa y por escrito, debiendo tener al menos 18 años y plena capacidad de obrar, sin que establezca el requisito del matrimonio o de la relación de concubinato.

Presta importancia el escrito indubitado ante la Ley del Registro civil español, el documento firmado en el establecimiento o centro especializado en el cual se manifiesta la voluntad de las partes frente a la filiación del hijo por nacer fruto de la reproducción asistida, ya que se tiene como prueba para establecer la relación filial del hijo.

La Ley 35 de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida es una de la más completas en la actualidad, ya que recopila tanto las recomendaciones hechas por otros países a partir de investigaciones evaluativas de estos procedimientos, como las de los doctrinantes.

En el artículo 9, numeral 1, de este instrumento legislativo, se acepta la filiación de los hijos nacidos por fecundación post mórtem bajo ciertas circunstancias, como que al momento del fallecimiento del padre el material reproductor de este se halle en el útero de la mujer. Y en el numeral 2 se consagra que el marido podrá consentir en escritura pública o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial (ver anexo 4).

El aporte de esta ley es fundamental para el derecho colombiano, ya que esta constituye una de las legislaciones más flexibles en materia de tecnología, acorde con la realidad científica; acepta la filiación matrimonial de los hijos cuando se trata de cónyuges y las consecuencias que esto implica, abre la posibilidad de impugnar la paternidad cuando se trata de fertilización heteróloga; establece que el hijo tiene derecho a conocer su origen, y por

último indica algunos medios probatorios susceptibles de utilizar a la hora de adelantarse un proceso de filiación post mórtem, como lo es el documento o autorización expresa de las partes y partícipes de la técnica.

REINO UNIDO

En el Reino Unido La ley de 1 de noviembre de 1990 señala que ninguna mujer puede acudir a un tratamiento de fertilización si su práctica significa poner en entredicho el bien del futuro hijo, incluyendo la necesidad de un padre para ese niño. Sin embargo, al igual que el estatuto español, consagra que si existe un consentimiento expreso sobre la utilización de los embriones generados in Vitro, estos se utilizarán de acuerdo al consentimiento.

Tácitamente hay pronunciamiento legal sobre la reproducción asistida post mórtem, al igual que señalamiento en materia probatoria a la hora de instaurar proceso de filiación. Establecen que el documento en el cual se encuentra manifiesta la voluntad de las partes y la prueba pericial constituyen medios idóneos a la hora de probar la filiación del hijo obtenido por técnica de reproducción asistida.

“La Ley de 1 de noviembre de 1990 señala que ninguna mujer puede acudir a un tratamiento de fertilización si su práctica significa poner en entredicho el bien del futuro hijo, incluyendo la necesidad de un padre para ese niño. Además de ello, expresa que si el esperma de un hombre o el embrión generado con su esperma se utiliza después de su fallecimiento, dicha persona no puede ser considerada como el padre del niño. Esta disposición descarta como regla general la admisión de la paternidad post mórtem; sin embargo, al igual que el estatuto español, consagra que si existe un consentimiento expreso sobre la utilización de los embriones generados in Vitro, estos se utilizarán de acuerdo al consentimiento.

Los autores partícipes de esta posición coinciden en afirmar que esta fecundación post mórtem debe ser admitida siempre que haya un miembro vivo de la pareja para poder practicarse el implante del embrión, pues si se utiliza la implantación post mórtem en un tercero, se estaría frente a una maternidad subrogada, rechazada por casi la totalidad de los doctrinantes”¹⁵.

En conclusión considero que, la legislación del Reino Unido es contradictoria ya que en un primer momento permite que el procedimiento post mórtem se lleve a cabo, siempre y cuando haya un consentimiento así uno de los padres no viva, pero a la vez expone que estas técnicas deben velar por la debida protección al menor y hace énfasis en la necesidad del hijo a tener un padre.

¹⁵ GIRALDO, Op cit.,p. 169-171.

Otra contradicción está en que descarta la paternidad post mórtem, pero acepta a la vez la inseminación si existe un embrión al fallecimiento del padre, entonces queda la pregunta ¿acaso este embrión no crece y va a necesitar de un padre?. Queda en el ambiente la sensación de que dependiendo de las circunstancias sociales, económicas, políticas etc. Se acepta o no la fertilización post mórtem.

3.3. AUSENCIA DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA POST MÓRTEM

A pesar de la existencia de legislación específica en materia de reproducción asistida, muchos países europeos no se pronuncian respecto de la aplicación de estas técnicas de manera post mórtem. Veamos algunos ejemplos.

ITALIA

Gobiernos como el **Italiano** aceptan la práctica de la reproducción asistida; sin embargo, establecen límites para ella, especialmente en lo concerniente a la manipulación genética del embrión. Posiblemente la apreciación se deba a la posición del Vaticano sobre la dignidad de la procreación y el respeto a la vida humana del naciente; ahora bien, en materia de filiación del hijo obtenido por esta técnica, da valor probatorio al documento que expresa la voluntad de las partes y al dictamen del perito.

Ha de comentarse sobre esta legislación, que siendo Italia un Estado católico, no ve en la reproducción asistida un atentado a la familia, por el contrario, ve en ella una oportunidad de realización personal, al dar prioridad a la voluntad expresa de las partes usuarias de la técnica.

FRANCIA

El gobierno **francés** tampoco se ha pronunciado, a pesar de ser uno de los países donde se ha presentado ya conflicto jurídico en materia de reproducción asistida post mórtem.

Recuérdese el primer nacimiento de la niña australiana Zoe Leyland, el 13 de mayo de 1984, a partir de un embrión que había permanecido congelado durante dos meses; y el segundo, conocido como *Affair Parpalaix*, llevó al Tribunal de Grande Instance de Crtéil (Francia) a resolver favorablemente, por sentencia del 1º de agosto la demanda de la viuda Corinne Parpalaix

para que se le entregara el semen depositado del esposo para su inseminación post mórtem. Fueron esos los primeros casos conocidos por la opinión pública donde la mujer, como forma de perpetuar la estirpe de su marido fallecido, buscó la alternativa de inseminarse con el semen donado por el mismo, previo consentimiento. Algunos escritores analizan que precisamente en Francia no se ha legislado específicamente en el tema, debido a la alta organización a nivel médico administrativo, a través de la federación francesa de los CECOS (centro de conservación y el estudio del esperma) y a la existencia desde 1983 del Comité Nacional de Ética como órgano consultivo para las cuestiones de investigación en materia de biología y medicina.

Precisamente este comité en diciembre de 1993, en la opinión No 40, estableció su posición de aceptación frente a la implantación post mórtem. Pero como ya se mencionó, se trata de una opinión especializada y no de legislación específica.

La ausencia de legislación en materia de reproducción asistida post mórtem, hace pensar en el alto valor que tiene la familia dentro de esta sociedad, pero a la vez resulta contradictorio encontrar que en un Estado en el cual se vela por los derechos humanos se le niegue la posibilidad de tener un hijo a una mujer que posiblemente anhela tener un hijo de aquel que fue su compañero, violentando con ello el derecho a decidir libremente sobre la descendencia.

Es importante resaltar como aporte de la legislación de Italia y Francia, que la moral y la ética son importantes a la hora de tomar la decisión de inseminarse y procrear un hijo, es sabido por todas las personas que la presión que ejerce la Iglesia Católica mundialmente ante ciertos avances técnicos es fuerte y se toma en cuenta por parte de los gobernantes. En cuanto a Francia, la razón principal del pronunciamiento legal en el tema está en el respeto y acato a las recomendaciones de los científicos y a la formación ética que estos tienen, en cuanto al respeto de los derechos de las personas.

MÉXICO

En Latinoamérica encontramos que México, a través de sus diferentes instituciones y organismos de salud como las secretarías de salud, ha buscado encontrar alternativas jurídicas que permitan reglamentar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida de forma ética. Es así que se ha planteado un proyecto de norma para la disposición de células germinales humanas en la fertilización asistida, y su objetivo estará en definir el conjunto de reglas científicas y tecnológicas a las que deberán sujetarse los establecimientos que presten servicios de fertilización asistida.

El Estado mexicano es claro al pretender proporcionarle al producto de dicho proceso un conjunto de derechos y deberes como persona que es; por ello, propone el cumplimiento de una serie de requisitos sin los cuales no sería posible la autorización de la reproducción asistida de manera legal. Entre los requisitos se tiene “que haya solicitud por escrito de una pareja heterosexual que requiera el tratamiento y esté unida en vínculo matrimonial, o que se mantenga estable y que haya convivido por lo menos durante los cinco años anteriores a dicha solicitud como si fueran cónyuges y que se haya comprobado que existe esterilidad en algunos de los miembros de la pareja solicitante del servicio; y que exista indicación médica”¹⁶.

La base probatoria, al igual que en los anteriores casos, gira alrededor de la manifestación de la voluntad de las partes, en un documento previo al cumplimiento de una serie de requisitos de orden biológico, social y canónico.

Con respecto a la inseminación artificial post mórtem con semen del marido, algunos autores mexicanos como Rivero Hernández la admiten; la justificación está en la fuerza moral e institucional del matrimonio, aunque éste quede disuelto por la muerte del cónyuge. Sin embargo, desde el punto de vista filosófico los doctrinantes mexicanos centran su atención en el efecto que tiene respecto del hijo; en efecto, “el hijo tiene derecho a tener padre y madre, pero quizá el derecho del hijo en ese terreno no es tanto el de tener padre y madre como dos seres que lo acompañen físicamente, sino a que ambos le proporcionan una serie de cosas que hagan visible una existencia a la que lo han traído por exclusiva decisión de aquellos”.¹⁷

Desde el punto de vista legal los mexicanos empiezan a abrir la posibilidad de analizar la situación jurídica del hijo, de ahí que se especule por algunos autores que: “La situación de la Inseminación Artificial homóloga post mórtem no es igual para la mujer sola; el hijo tendría una relación de filiación con la familia del padre, y otra de parentesco. Además, el hijo será hijo de matrimonio, si se demuestra que fue engendrado por el marido, aun pasados los 300 días, pues el consentimiento para la fecundación post mórtem del marido fallecido, conjugado con la decisión de la viuda a ser inseminada, responden a un proyecto común de dar vida a un hijo de ambos, y creemos que esta voluntad es el factor determinante para que podamos justificar la inseminación y hablar de hijo dentro del matrimonio. Además del consentimiento del marido, entre otros requisitos, exige que la inseminación tenga lugar dentro de un plazo razonable (lo que hablaría de la buena fe de

¹⁶ MONTEZUMA, Op. Cit., p.6.

¹⁷MÉXICO, ANUIES, Hemeroteca Virtual. Marzo 7 de 2003 [online] <http://www.hemerodigital.umam.mx/ANUIES>

la pareja): un año, prorrogable, si hay causa justificada como puede ser alguna enfermedad de la mujer.

Con respecto a la IAD o inseminación heteróloga, es decir, con semen de donante, o la FIVTE (inseminación con gametos masculinos o femenino donados), no nos parece justificable. Creemos que en esta posibilidad se lesiona el principio básico de la comunidad conyugal; se desvirtúa el sentido de la maternidad-paternidad humanas y trae problemas psicológicos con respecto a la asimetría en la relación madre-hijo y padre-hijo. En estos casos, nos parece que la adopción es una alternativa más adecuada¹⁸.

Como crítica a la legislación de México, se encuentra que esta no es precisa sobre el tema. No se pasa de simples opiniones de personas ilustres, que ven que el derecho se está quedando atrás respecto de los avances técnicos en materia de procreación. Se buscan alternativas de solución que quedan enmarcadas más en lo moral que en lo legal. Dentro de los pronunciamientos hechos hasta el momento, se encuentran herramientas de tipo probatorio que en un momento dado son fundamentales a la hora de establecer la filiación del hijo, tales como la manifestación de la voluntad de las partes por escrito y el plazo razonable para la inseminación luego de muerto el cónyuge. Sin embargo el contenido de lo que podría llegar a ser la legislación en esta materia tiene un alto contenido moral y teológico, más que ético y filosófico

ARGENTINA

Por otra parte, en Argentina los pronunciamientos son más tímidos; sin embargo manifiestan que es necesaria una legislación en materia de reproducción asistida pero unificada a nivel internacional, con el fin de evitar lo que ellos denominan “el turismo de procreación”.

El doctor Jean Cohen, director del Centre de Stérilité del Hospital de Sevres, de París, y expresidente de la Federación Internacional de Fertilidad y Esterilidad, expresó en el IV Simposio Internacional CER de Reproducción Humana y Embriología realizado en Punta del Este (Argentina) en diciembre de 2002 que, “el mayor problema para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en todos los países donde se puede ejecutar, es a la falta de unificación legislativa”.

Este aspecto ya había sido tocado por los legisladores argentinos, ya que en Argentina no existe una ley, sino lineamientos de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad, viéndose la preocupación por el fenómeno que se

¹⁸ MÉXICO, Hemeroteca Virtual ANUIES. Op, Cit, Pág. 7-8.

viene dando en materia de reproducción en los países europeos, donde algunos ofrecen mayores beneficios que otros. Por ahora los médicos aceptan las recomendaciones de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad. Entre las recomendaciones se encuentra que el paciente sometido a la técnica deben firmar un consentimiento informado antes de someterse a ella.

De la legislación argentina critico, que a pesar de ser un Estado con grandes avances científicos y poseedor de una de las organizaciones de esterilidad y fertilización de mayor reconocimiento internacional, sus legisladores no hayan sido lo suficientemente diligentes, para reglar este tipo de procedimientos. Por ahora, los lineamientos para practicar algún tipo de procedimiento en fertilización se fundamenta en recomendaciones éticas y médicas de especialistas en la aplicación precisamente de estas técnicas.

Como *aporte del Derecho Comparado a las demás legislaciones*, incluyendo la de Colombia, luego de revisada, se encuentra, que por el momento a nivel mundial existen disimilitudes legislativas sobre la reproducción asistida post mórtem. Algunos legislaciones atienden a sugerencias de orden moral como el caso de Italia, otras atienden más las sugerencias éticas y las recomendaciones de especialistas en el tema como el caso de Reino Unido, Francia y Alemania, de igual manera encontramos legislaciones más liberales en este aspecto, que acatan las normas constitucionales y el respeto a la vida y al dignidad de la personas, pero al mismo tiempo son abiertas en cuanto aceptan que el derecho debe ir de la mano con los avances técnicos y tecnológicos, como lo es el caso de la legislación española. En cuanto a **la reproducción asistida post mórtem**, la mayoría de los Estados no la incluyen dentro de su legislación, ubican de presente a la familia como el principal núcleo social, en el cual debe crecer un hijo de la mano de sus padres. Incluso el legislador colombiano, se ha preocupado más por regular aspectos administrativos que por el propio derecho.

En cuanto al material probatorio, solo el Reino Unido contempla tímidamente la posibilidad de la toma de la muestra de ADN para los usuarios de la técnica con el fin de dar mayor seguridad jurídica a la filiación de los hijos post mórtem. Las demás legislaciones dan mayor relevancia al consentimiento manifiesto y escrito del padre usuario de la técnica. Quedamos pendientes de nuevos pronunciamientos al respecto.

CONCLUSIONES

- Cuando se hace un análisis histórico sobre la evolución del proceso de filiación en Colombia, se refleja la preocupación del legislador por tratar de llenar los vacíos legales en esta materia. El progreso ha sido producto de la necesidad social y de la influencia de los avances técnicos y tecnológicos en el campo del derecho. Un ejemplo de ello lo constituye la amplia y generosa interpretación de la Constitución Nacional de 1991, en el tema de la conformación de la familia en Colombia, aceptando la posibilidad de conformar una familia no solo por procesos naturales, sino con asistencia científica. (**Artículo 42 de C.N. : “ La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. (...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia técnica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable”**). Interpretación acorde con el ordenamiento internacional en materia de derechos fundamentales. Sin embargo las leyes internas en materia de progeneritura responsable y en lo relativo al estado civil de las personas, cuando se trata de hijos nacidos por TRA, es incipiente.
- Otro avance hallado en la legislación colombiana, lo constituye la **comprobación de los hechos que determinan la paternidad**, que pasó de métodos probatorios indirectos como la declaración, los documentos, los indicios y las presunciones (como instrumentos probatorios que clarifican el hecho de la concepción) a métodos probatorios directos en los que la búsqueda de la verdad se lleva a cabo mediante la prueba pericial, hoy de un alto contenido de verdad en sus resultados. Inicialmente se consideraba como, una prueba más. Si el conjunto de pruebas indirectas como: documentos , testimonio e indicios llevaba a obtener una verdad, para el juzgador no era necesaria la ejecución de la prueba pericial. Sin embargo, a raíz de pronunciamientos jurisprudenciales se le empezó a dar importancia a esta prueba, con todo y procedimiento legal que esta debe seguir. Fueron las Cortes quienes hicieron caer en cuenta a los jueces de este país, y al legislador en particular, sobre la importancia de

reglamentar la prueba pericial, a tal punto que hoy día es una realidad a través de la Ley 721 de 2001 y todos los decretos reglamentarios. Se logró establecer como plena prueba de **todos los procesos de filiación** en Colombia la prueba pericial de ADN, la cual debe apreciarse de acuerdo con la ley, de tal manera que cabe la posibilidad hoy día de utilizarse la prueba de ADN para determinar la paternidad de los hijos nacidos por reproducción asistida post mórtem, como una de las principales pruebas a allegar al proceso.

- En cuanto a los **aspectos que afectan la efectividad de los medios probatorios en los procesos de filiación post mórtem**, tema central de este trabajo, se pudo determinar que generalmente son de dos órdenes. *Un primer orden* es de tipo humano, en lo que se refiere a la toma en sí de la muestra de la prueba de ADN y a la cadena de custodia. De nada vale el decreto de la prueba por parte del juez si las partes del proceso no concurren al examen (prueba de ADN). La consecuencia lógica es la reducción de la efectividad de la prueba pericial, por cuanto es imposible allegarla al proceso. En cuanto a la cadena de custodia, el error humano (objetable por el abogado conocedor del tema) dentro del proceso de la toma de la prueba, el error en la manipulación de la información, de la pérdida o confusión de documentos, puede conducir a la reducción de la efectividad de la prueba, ya que generará inconvenientes de celeridad en el proceso.

Un segundo orden corresponde a la influencia de factores ambientales sobre el cadáver (en caso de presunto padre fallecido). Estudios técnicos han demostrado que la efectividad de la prueba de ADN, se puede ver alterada por varias causas, una de ellas es el incumplimiento de los preceptos legales (Ley 721 de 2001) en la toma de la muestra, cuando esta no se hace por el personal calificado y autorizado por ley, generando con ello inconvenientes en la solución del proceso. Y segundo cuando se dan condiciones ambientales que favorecen la descomposición del cadáver. Es el caso de aquellos ambientes húmedos que facilitan la descomposición bacteriana, teniendo como consecuencia que a la hora de realizar la exhumación del cadáver, es imposible recuperar tejido propicio para la extracción del ADN. En este aspecto también juega papel fundamental el tiempo transcurrido entre el fallecimiento y la fecha del examen, ya que entre mayor sea el tiempo transcurrido, menor la posibilidad de obtener una muestra de ADN satisfactoria. Por lo tanto en estos casos la efectividad de la prueba pericial decretada también se ve reducida.

En síntesis para mejorar la efectividad de la prueba de ADN en estos aspectos, es recomendable continuar con la reglamentación de la Ley

721 de 2001, en los aspectos técnicos para la toma de la prueba de ADN. Así como es necesario dotar los laboratorios públicos de recursos humanos y materiales adecuados para la toma de la prueba de ADN en cadáver (en varios sectores del país), con el fin de hacer más eficiente este servicio en cuanto a la calidad y celeridad del mismo.

- Una alternativa viable, y que tendría como consecuencia el aumento de la efectividad de la prueba de ADN, es el obligar a los centros o instituciones de fertilización a tomar la prueba de ADN a aquellas parejas que estén en tratamiento y cuyas posibilidades de éxito sean altas. Esto con el fin de que al momento de presentarse un proceso de filiación por fertilización post mórtem, ya se cuente con una parte de la prueba y no sea sino confrontarla con la prueba del hijo, para luego allegar el informe de esta al juzgado que la solicitó. Configurándose con ello una mayor efectividad de la prueba pericial de ADN a allegar al proceso, sin necesidad de recurrir a la exhumación del cadáver..

- Se concibe la posibilidad de darle fuerza probatoria al **contrato de inseminación heteróloga** implementado por los centros de fertilización en Colombia, atribuyéndole el carácter de **confesión inequívoca del presunto padre (de acuerdo a la ley)**, para los casos de reproducción asistida post mórtem, basado en las siguientes consideraciones:
 - El contrato contempla aspectos sobre la capacidad física , psíquica y legal de las partes.
 - Señala la libertad de los usuarios para consentir la técnica.
 - La autorización del procedimiento recae sobre un objeto y una causa lícita.
 - Los solicitantes deben cumplir con unos requisitos que los llevan a demostrar que son personas que requieren la aplicación de la técnica como último recurso para tener un hijo con sus gametos.
 - Los solicitantes aceptan la filiación del hijo que nace por esta vía, evitándole a él la angustia y la incertidumbre.
 - Lleva inmerso el respeto por la integridad personal y el derecho a la intimidad de las partes.
 - Previene las posibles consecuencias con el fin de evitar indemnizaciones posteriores.

- Estipula que ante el incumplimiento del compromiso contraído el usuario, podrá ser sancionado legal y éticamente, por las autoridades competentes.

O incluso, permitir una especie de combinación de pruebas frente a los procesos de filiación por reproducción asistida post mórtem, articulando el contrato de inseminación heteróloga con la prueba pericial tomada con anticipación a los usuarios partícipes de la técnica de reproducción asistida.

- Una de las mayores dificultades halladas dentro del proceso de filiación cuando se trata de hijos obtenidos por la implementación de técnicas de reproducción asistida post mórtem, es la ausencia de legislación al respecto. No se puede negar que la existencia de la Ley 721 de 2001, la cual reglamenta lo referente a la prueba de ADN, constituye una herramienta fundamental para los procesos de filiación, incluso, para los de filiación por reproducción asistida post mórtem. Pero esta se queda corta al encontrar dificultades de tipo procedimental que reducen la efectividad de la prueba de ADN. Por lo tanto se hace necesario que el legislador, se ponga en contacto con personal experto en este tema, para que así se conforme un grupo interdisciplinario que realmente establezca una propuesta que logre proteger legalmente a los usuarios de las técnicas de reproducción asistida y a los hijos que nacen como consecuencia de la aplicación de estas técnicas.

Critico, los proyectos de Ley que cursan en este momento en la Cámara de representantes, propuestos por la doctora Leonor Camargo y el doctor Alonso Acosta Osio, ya que se quedan cortos frente a la reglamentación de diversas aplicaciones de la técnica de la reproducción asistida. Está visto, que el negarle la posibilidad a la viuda de tener un hijo luego de fallecido su esposo o compañero, como una respuesta a un proyecto de vida común “el dar vida a un hijo de ambos”, bajo la hipótesis de que los hijos que carecen del afecto del padre son inadaptados sociales, no constituye suficiente fundamento para prohibir la fecundación post mórtem en Colombia. Por el contrario, hoy día son muchos los casos de mujeres cabeza de familia cuyos hijos son personas de bien a la sociedad. En consecuencia, estimo que es conveniente que se tenga en cuenta las diversas posibilidades de utilización que se derivan de estas técnicas de reproducción, para no dejar de reglamentar algunas, como sucederá si se aprueban los proyectos de ley que están en estudio en la Cámara, en la forma como están contemplados. En este momento

le corresponde al legislador, tener una visión futurista mayor que la del médico.

- Teniendo en cuenta que existen en otros países como **España y el Reino Unido** legislaciones en materia de reproducción asistida post mórtem, es posible ver en estas un modelo a aplicar en Colombia. En consecuencia, se proponen aquí algunas consideraciones prácticas que pueden servir como base para una legislación colombiana completa sobre el tema, al momento de determinar la **filiación del hijo nacido por técnicas de reproducción asistida post mórtem**, basadas en la legislación española, principalmente.

- Considerar como principio fundamental al momento de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, el respeto a la dignidad de la persona.

- La persona que se someta a la práctica y su médico tratante deberán justificar la aplicación de la misma, a la hora de hacerlo.

- Se debe permitir expresamente la utilización de embriones a favor de uno de los miembros de la pareja, siempre y cuando haya existido un consentimiento por escrito del padre. Este puede consistir en el documento suscrito con el médico tratante registrado ante una notaría, por testamento o por declaración extrajuicio, al cual se le debe dar el carácter probatorio de confesión inequívoca de la paternidad, como ya se mencionó anteriormente.

- Como existe consentimiento por parte del padre por escrito, se presume que este hijo fue reconocido por el padre dueño de los gametos (homóloga) y no es necesario iniciar un proceso de filiación.

- Con la certificación médica y el consentimiento del padre se procedería al registro del hijo, en las mismas condiciones que cualquier niño si su padre viviera.

- Si existe embrión antes del fallecimiento del padre y un consentimiento previo de este para que se realice la inseminación, se deberá autorizar a la mujer para que continúe con el procedimiento, y el hijo tendrá su filiación definida sin necesidad de definirla ante el juez de familia.

- La utilización de los gametos por parte de la viuda deberá limitarse en tiempo y condiciones; es decir, para que el hijo tenga filiación legal

ella deberá someterse a la práctica a más tardar dentro de un año siguiente a la muerte del marido o compañero, y a su vez no podrá adquirir otro tipo de unión marital o de hecho mientras no haya nacido el hijo fruto de la técnica de reproducción asistida.

- Y por último, cuando se trate de inseminación heteróloga, consentida por el marido, el consentimiento por escrito llevará inmersa la aceptación de la paternidad, así ya haya fallecido al momento del procedimiento y siempre y cuando se dé dentro del término del año a su fallecimiento.

BIBLIOGRAFÍA

ANGARITA GÓMEZ Jorge. *Lecciones de derecho civil*. Bogotá, Temis S.A., 1998. Parte I.

BUENO RINCÓN Fabio E. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994, 2v.

CAMPUZANO Tomé. “Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente”. En: *Memorias del II Congreso Mundial Vasco* (1987 País Vasco). Comunicaciones del II Congreso Mundial Vasco sobre filiación a finales del S. XX, problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, Madrid 1988, p. 433-435.

CASTRO de ARENAS Rosa Herminia. *La revolución genética y sus implicaciones ético jurídicas*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1999.

CASTRO de ARENAS Rosa Herminia. *La reproducción humana asistida*. Bogotá, FORUM PACIS, 1995.

Código Civil y de Procedimiento Civil. Bogotá. LEGIS S.A. ,2001.

Constitución Nacional de Colombia 1991. Bogotá: 165 .LEGIS S.A., 2001.

GAITÁN MAHECHA Bernardo. “Inseminación artificial en los seres humanos ante el derecho colombiano”. En: *Revista Javeriana*, No. 29 de noviembre de 1995.

GIRALDO Diana Saray. *Fecundidad asistida: paternidad post-mórtem*. Bucaramanga, 1999. Trabajo de grado (Abogado), Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Políticas, Carrera de Derecho.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS Y CERTIFICACIÓN. Papel: formatos tesis y otros trabajos de grado. Bogotá: ICONTEC, 1976 NTC 1486-1075-1487-1160-1308-1307-4490.

MOCTEZUMA BARRAGÁN Gonzalo. La reproducción asistida en México. Un enfoque multidisciplinario [online]. Instituto de Investigadores Jurídicos de la UNAM, México, 2002, (Available from Internet :<jurídicas.unam,mx/pública/salud/cuad1/barragán.nun>).

MONROY CABRA Marco Gerardo. *Derecho de familia y de hijos*. 7ª edición. Bogotá, Librería del Profesional, 2001, pág. 81-122.

NARANJO O. Fabio. *Derecho Civil Personas y Familia*. 8ª edición. Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. ,1999.

PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. *Clásicos del derecho. Derecho civil*. Oxford University Press Horla, Editorial Pedagógica Iberoamericana S.A. de C.U. traducción de Leonel Pereznieta Castro. México, Editorial Mexicana, 1997, Pág. 570-584.

ROCHA ALVIRIA Antonio. La prueba en Derecho. Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE, 1990.

SERRANO E. Alonso. "El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post-mórtem". En: *Memorias II Congreso Mundial Vasco* (1987 País vasco). Ponencia del II Congreso Mundial Vasco sobre la filiación a finales del S. XX. Problemática planteada por los avances

científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium S.A., Madrid, 1988, p. 365-382.

ANEXO 1

CONTRATO PARA INSEMINACIÓN HETERÓLOGA

En la ciudad de Santa fe de Bogotá, Distrito Capital, República de Colombia, a los _____ () días del mes de _____ de dos mil _____. Los señores _____, mayores de edad, identificados con las cédulas de ciudadanía números _____ de _____ y _____ de _____ respectivamente, de estado civil - _____, domiciliados en _____ y residentes en _____ se denominarán SOLICITANTE Y RECEPTORA, en cabal juicio y libertad, hacen y firman las siguientes manifestaciones:

PRIMERA: Que conjuntamente solicitan a CLÍNICA CONCEBIR FERTILIDAD LTDA., sociedad conformada por escritura pública N° 9227 del 28 de septiembre de 1995 proveniente de la notaría 29 de este círculo notarial, con domicilio en esta ciudad y ubicada en la carrera 8ª N° 64-10, actualmente representada por el DR. ÁLVARO ESPINOSA TORRES, identificado con cédula de ciudadanía número 19.096.314 de Bogotá, médico de profesión, con registro número 6621 de Bogotá, la utilización de la técnica de Inseminación Heteróloga, con el objeto de que procure causar el embarazo en la RECEPTORA.

SEGUNDA: Que el SOLICITANTE y la RECEPTORA autorizan expresamente al equipo médico de CLÍNICA CONCEBIR FERTILIDAD LTDA., para utilizar gametos de un tercero, no yendo contra derecho ni disposición jurídica alguna, con el objeto de que utilizándose los medios científicos y éticos requeridos, se procure el objeto contenido en este documento.

TERCERA: Que los gametos de donante serán transferidos una vez reúnan los requisitos que la ciencia médica prescribe para su estudio control.

CUARTA: Que la inseminación se realizará una vez el SOLICITANTE y la RECEPTORA hayan aprobado las correspondientes entrevistas y los exámenes de laboratorio, físicos y valoración psicológica que se les practique a juicio de CLÍNICA CONCEBIR FERTILIDAD LTDA.

QUINTA: Que el SOLICITANTE y la RECEPTORA se obligan a decir la verdad sobre sus antecedentes físicos y psíquicos de carácter personal y familiar. De igual manera se obligan a informar a que CLÍNICA CONCEBIR FERTILIDAD LTDA. todo cambio físico o psíquico que observen en sus cuerpos o sus comportamientos durante el tiempo en que se desarrolle el tratamiento.

SEXTA: Que la utilización de los gametos y su transferencia en la RECEPTORA se hará a través de la técnica escogida por el equipo médico.

SÉPTIMA: Que el SOLICITANTE declara en este instrumento tener como hijo al fruto del embarazo que se cause y lo reconoce como tal. Como en efecto lo hace, en el evento de no encontrarse casado con la RECEPTORA.

OCTAVA: Que el SOLICITANTE y la RECEPTORA entienden que el hijo fruto del embarazo que se cause tiene derecho a conocer la información relativa a sus orígenes genéticos, biológicos y médicos, evitando en él la angustia y la incertidumbre.

NOVENA: Que la RECEPTORA atenderá con diligencia las prescripciones médicas y cumplirá las citas para llevar a cabo las distintas técnicas, de acuerdo a la metodología escogida.

DÉCIMA: Que la obligación principal que asume CLÍNICA CONCEBIR FERTILIDAD LTDA. es de medio, no de resultado. Y hará lo científica y éticamente aceptado para causar a través de la inseminación médicamente asistida el embarazo deseado.

DÉCIMA PRIMERA: Que CLÍNICA CONCEBIR FERTILIDAD LTDA. se obliga a guardar el derecho a la intimidad personal y familiar; por tanto no suministra ningún tipo de información que pueda llevar a la identificación de las personas relacionadas en este contrato. Toda la información que se encuentre en su poder está amparada por el secreto profesional.

DECIMOSEGUNDA: Que el SOLICITANTE y la RECEPTORA se obligan a no pedir información sobre el donante de gametos y CLÍNICA CONCEBIR FERTILIDAD LTDA. se obliga a mantener estricto secreto sobre el nombre e identidad personal del mismo.

DECIMATERCERA: Que el SOLICITANTE y la RECEPTORA renuncian a solicitar indemnización al donante y/o a sus causahabientes.

DECIMACUARTA: Que el presente instrumento queda así hecho sin perjuicio del derecho que le asiste al SOLICITANTE y a la RECEPTORA de solicitar el cese de la TERAPÉUTICA, de manera expresa o tácita, sin otra consecuencia jurídica que la cancelación del valor de lo de ese momento debido.

DECIMAQUINTA: Que logrado el objeto del presente instrumento, el SOLICITANTE y la RECEPTORA expresan el respeto que asume por la vida de quien está por nacer y el conocimiento que tienen sobre la igualdad de todos los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y los nacidos fruto de las técnicas de reproducción médicamente asistida.

DECIMASEXTA: Que cualquier contravención a los principios aquí contenidos generará para el contraventor las sanciones legales y éticas pertinentes.

DECIMASÉPTIMA: Que el SOLICITANTE y la RECEPTORA pagarán solidariamente a CLÍNICA CONCEBIR FERTILIDAD LTDA. las sumas que por concepto de la aplicación de la técnica señalada se especifican a continuación.

SOLICITANTE

CLÍNICA CONCEBIR FERTILIDAD LTDA.

RECEPTORA

TESTIGO

ANEXO 2

España

Ley 35/1988, de 22 de noviembre

Sanción y fundamentos

Juan Carlos I,

Rey de España.

A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed:

Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

I. Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los Campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco. De ellas, la inseminación artificial (IA) con semen del marido o del varón de la pareja (iac) o con semen de donante (iad), se viene realizando desde hace bastantes años; concretamente en España, el primer banco de semen data de 1978 y han nacido ya unos 2.000 niños en nuestra nación y varios cientos de miles en el resto del mundo por este procedimiento. La fecundación in Vitro (FIV) con transferencia de embriones (te), de mayor complejidad técnica, se dio a conocer universalmente en 1978 con el nacimiento de Louis Brown, en el Reino Unido, mientras que en nuestra nación el primero de los hoy casi cincuenta nacimientos por esta técnica tuvo lugar en 1984. La transferencia intratubárica de gametos (TIG) comienza a realizarse también en España.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces. Se calcula que en España hay unas 700.000 parejas estériles casadas en edad fértil, admitiéndose un porcentaje del 10-13 por 100 del total, de las que un 40 por 100 podrían beneficiarse de la fivte o técnicas afines y un 20 por 100 de la inseminación artificial. Existen, además, 13 bancos de gametos y 14 centros o establecimientos sanitarios, públicos o privados, en los que se realizan estas técnicas o sus procedimientos accesorios.

Pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Ya no sólo es factible utilizarlas como alternativa de la esterilidad. La disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados in Vitro, le permite su manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental, o de ingeniería genética, sin duda beneficiosos para el individuo y la humanidad, pero en cualquier caso, y dado el material con el que se trabaja, propiciadores de una diáspora de implicaciones que suscitan temor e incertidumbre con alcances sociales, ético, biomédico y jurídico principalmente.

Se toma conciencia paulatinamente de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana, y de que el ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola. No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso por ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, conscientes ambas, ciencia y sociedad de que en estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer.

Trátase de asuntos de enorme responsabilidad, que no pueden recaer ni dejarse a la libre decisión de los científicos, que por otra parte tal vez rechazarían.

En este orden de cosas, la creación de comisiones nacionales multidisciplinarias, constituidas con amplia representación social que recoja el criterio mayoritario de la población y por expertos en estas técnicas, encargadas del seguimiento y control de la reproducción asistida, así como de la información y asesoramiento sobre las mismas en colaboración con las autoridades públicas correspondientes, facilitará, como se está haciendo en otros países, y como recomienda el Consejo de Europa a sus Estados miembros en la Recomendación 1.046 de septiembre de 1986, la definición de sus límites de aplicación, contribuyendo además a superar normativas nacionales aisladas que, dadas las posibilidades de expansión de estas técnicas, resultarían ineficaces o contradictorias.

Desde una perspectiva ética, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones se expresan frecuentemente sobre los distintos usos que se dan a las técnicas de reproducción asistida. Su aceptación o su rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, pueda ser asumida sin tensiones sociales y sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativa.

II. Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación, a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión.

Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal.

Se hace precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del derecho allí donde proceda, con respecto a: el material embriológico utilizado, los donantes de dichos materiales, las receptoras de las técnicas, y en su caso a los varones a ellas vinculados, los hijos, la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar (estimulación ovárica, crío conservación

de gametos y preembriones, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación básica o experimental, ingeniería genética, etc.).

El material biológico utilizado es el de las primeras fases del desarrollo embrionario, es decir, aquel desarrollo que abarca desde el momento de la fecundación del óvulo hasta el nacimiento. Con frecuencia, se plantea la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora no se ha hecho o se hace de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del status biológico embrionario, tal y como indica el Consejo de Europa en su recomendación 1.046, de 1986.

Generalmente se viene aceptando el término preembrión, también denominado embrión preimplantatorio, por corresponderse con la fase de preorganogénesis, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero acabado el proceso de implantación que se inició días antes, y aparece en el la línea primitiva.

Esta terminología ha sido adoptada también por los Consejos Europeos de Investigación Médica de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica), en su reunión de los días 5 y 6 de junio de 1986, en Londres, bajo el patrocinio de la Fundación Europea de la Ciencia. Por embrión propiamente dicho se entiende tradicionalmente la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más; se corresponde esta fase con la conocida como de embrión posimplantatorio, a que hace referencia el informe de la Comisión del Parlamento de la República Federal de Alemania para estudio de las posibilidades y riesgos de la tecnología genética presentado como Documento 10/6.775 de 6 de enero de 1987. Las consideraciones precedentes son coincidentes con el criterio de no mantener al óvulo fecundado in Vitro más allá del día 14 al que sigue a su fecundación, sostenido en la aludida recomendación 1.046 del Consejo de Europa, en el documento del CAHBI o Comité ad hoc de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas, de 5 de marzo de 1986 (principio 18, variante 2d), en el informe de la comisión especial de estudio de la fecundación in Vitro y la inseminación artificial humanas del Congreso de los Diputados, aprobado por el Pleno el 10 de abril de 1986, y en otros informes o documentos, con lo que se manifiesta la tendencia a admitir la implantación estable del óvulo fecundado como un elemento delimitador en el desarrollo embriológico. Al margen de tales consideraciones biológicas, diversas doctrinas constitucionales apoyan tal interpretación. Así, el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en Sentencia de 25/2/75, al establecer que según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación, mientras que por su parte, el Tribunal Constitucional español en Sentencia de 11/4/85, fundamento jurídico 5.A), se manifiesta expresando que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual, una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte; queda así de manifiesto que el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. Finalmente, por feto, como fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto. En consecuencia, partiendo de la afirmación de que se está haciendo referencia a lo mismo, al desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases

son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones.

Teniendo en cuenta que la fecundación in Vitro y la crioconservación facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, y no sólo para realizar las técnicas de reproducción asistida en las personas que los aportan o en otras, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico), de investigación o experimentación, es evidente que los materiales embriológicos no pueden ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada, y que su disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los centros o servicios que los manipulen o en los que se depositen.

La colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el derecho de familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos.

Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (Maternidad de gestación), o su óvulo /s (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad sólo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Finalmente, pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo.

Los centros o establecimientos donde se realicen estas técnicas habrán de ser considerados de carácter sanitario en los términos de la Ley General de Sanidad o que se establezcan normativamente; contarán con los medios necesarios para sus fines y deberán someterse a los requisitos legales de acreditación, homologación, autorización, evaluación y control oportunos. Los equipos sanitarios que en ellos actúen habrán de estar contrastadamente cualificados y actuarán bajo la responsabilidad de un jefe de centro o servicio, en el ámbito de equipos de trabajo.

III. En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida, en nuestra nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes

pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del derecho de familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no sólo en nuestra nación, como lo aprueban las informaciones foráneas.

No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente.

IV. No pretende esta Ley abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pueda dar lugar la utilización de éstas técnicas, ni parece necesario ni obligado que así sea, y se ciñe por ello a la realidad y a lo que esta refleja y señala como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal, para dejar a las reglamentaciones que lo desarrollen o al criterio de los jueces la valoración de problemas o aspectos más sutiles. La evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas.

Capítulo I. Ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida

Artículo 1.

1. La presente Ley regula las técnicas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial (IA), la fecundación in Vitro (FIV), con transferencia de embriones (te), y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), cuando estén científicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados.

2. Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

3. Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas.

4. Podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los artículos 14, 15, 16 y 17 de esta Ley.

Capítulo II. Principios generales

Artículo 2.

1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente:

a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

b) En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.

2. Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.

3. La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresaran todas las circunstancias que definan la aplicación de aquella.

4. La mujer receptora de éstas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.

5. Todos los datos relativos a la utilización de éstas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.

Artículo 3.

Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.

Artículo 4.

Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el mas adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

Capítulo III. De los donantes

Artículo 5.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado.

2. La donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor.

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

4. El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el centro autorizado.

Antes de la formalización, el donante habrá de ser informado de los fines y consecuencias del acto.

5. La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el registro nacional de donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad.

Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

6. El donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas del donante, y con previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles.

7. Los centros autorizados y el registro nacional adoptarán las medidas oportunas y velarán para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos.

8. Las disposiciones de este artículo serán de aplicación en los supuestos de entrega de células reproductoras del marido, cuando la utilización de los gametos sobrantes tenga lugar para fecundación de persona distinta de su esposa.

Las usuarias de las técnicas.

Artículo 6.

1. Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

2. La mujer que desee utilizar estas técnicas de reproducción asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada.

3. Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

4. El consentimiento del varón, prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el artículo 8, apartado 2, de esta Ley, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

5. La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

Los padres y los hijos.

Artículo 7.

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.
2. En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.

Artículo 8.

1. Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.
2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.
3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.

Artículo 9.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.
3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.
4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.

Artículo 10.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Capítulo IV. Crioconservación y otras técnicas

Artículo 11.

1. El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años.
2. No se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.
3. Los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años.
4. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los bancos correspondientes.

Diagnóstico y tratamiento.

Artículo 12.

1. Toda intervención sobre el preembrión, vivo, in Vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear.
2. Toda intervención sobre el embrión en el útero o sobre el feto, en el útero o fuera de el, vivos, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo, o si esta amparada legalmente.

Artículo 13.

1. Toda intervención sobre el preembrión vivo, in Vitro, con fines terapéuticos no tendrá otra finalidad que tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.

2. Toda intervención sobre el embrión o sobre el feto en el útero vivos, o sobre el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo.

3. La terapéutica a realizar en preembriones in Vitro, o en preembriones, embriones y fetos, en el útero, sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola, hayan sido rigurosamente informados sobre los procedimientos, investigaciones diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta y las hayan aceptado previamente.

b) Que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso, de pronóstico grave o muy grave, y cuando ofrezcan garantías, al menos razonables, de la mejoría o solución del problema.

c) Si se dispone de una lista de enfermedades en las que la terapéutica es posible con criterios estrictamente científicos.

d) Si no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busca la selección de los individuos o la raza.

e) Si se realiza en centros sanitarios autorizados, y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios.

Investigación y experimentación.

Artículo 14.

1. Los gametos podrán utilizarse independientemente con fines de investigación básica o experimental.

2. Se autoriza la investigación dirigida a perfeccionar las técnicas de obtención y maduración de los ovocitos, así como de crioconservación de óvulos.

3. Los gametos utilizados en investigación o experimentación no se usarán para originar preembriones con fines de procreación.

4. Se autoriza el test del hamster para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos hasta la fase de división en dos células del óvulo del hamster fecundado, momento en el que se interrumpirá el test. Se prohíben otras fecundaciones entre gametos humanos y animales, salvo las que cuenten con el permiso de la autoridad pública correspondiente, o, en su caso, de la comisión nacional multidisciplinar, si tiene competencias delegadas.

Artículo 15.

La investigación o experimentación en preembriones vivos sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:

1. Para cualquier investigación sobre los preembriones, sea de carácter diagnóstico o general, será preciso:

a) Que se cuente con el consentimiento escrito de las personas de las que proceden, incluidos, en su caso, los donantes, previa explicación porhijoizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones.

b) Que no se desarrollen in Vitro más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo en que pudieron haber estado crioconservados.

c) Que la investigación se realice en centros sanitarios y por equipos científicos multidisciplinarios legalizados, cualificados y autorizados bajo control de las autoridades públicas competentes.

2. Sólo se autorizará la investigación en preembriones in Vitro viables:

a) Si se trata de una investigación aplicada de carácter diagnóstico, y con fines terapéuticos o preventivos.

b) Si no se modifica el patrimonio genético no patológico.

3. Sólo se autorizará la investigación en preembriones con otros fines que no sean de comprobación de su viabilidad o diagnósticos:

a) Si se trata de preembriones no viables.

b) Si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal.

c) Si se realiza en base a un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias y científicas competentes o, en su caso, por delegación, por la comisión nacional multidisciplinar.

d) Si se realiza en los plazos autorizados.

Artículo 16.

1. En las condiciones previstas en los artículos 14 y 15 de esta Ley se autoriza:

a) El perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida y las manipulaciones complementarias, de crioconservación y descongelación de embriones, de mejor conocimiento de los criterios de viabilidad de los preembriones obtenidos in Vitro y la cronología óptima para su transferencia al útero.

b) La investigación básica sobre el origen de la vida humana en sus fases iniciales sobre el envejecimiento celular, así como sobre la división celular, la meiosis, la mitosis y la citocinesis.

c) Las investigaciones sobre los procesos de diferenciación, organización celular y desarrollo del preembrión.

d) Las investigaciones sobre la fertilidad e infertilidad masculina y femenina, los mecanismos de la ovulación, los fracasos del desarrollo de los ovocitos o de la implantación de los óvulos fecundados en el útero, así como sobre las anomalías de los gametos y de los óvulos fecundados.

e) Las investigaciones sobre la estructura de los genes y los cromosomas, su localización, identificación y funcionalismo, así como los procesos de diferenciación sexual en el ser humano.

f) Las investigaciones sobre la contracepción o anticoncepción, como las relacionadas con la creación de anticuerpos modificadores de la zona pelucida del óvulo, la contracepción de origen inmunológico, la contracepción masculina o la originada con implantes hormonales de acción continuada y duradera.

g) Las investigaciones sobre los fenómenos de histocompatibilidad o inmunitarios, y los de rechazo entre el esperma y /o los óvulos fecundados y el medio vaginal, el cuello o la mucosa uterina.

h) Las investigaciones de la acción hormonal sobre los procesos de gametogénesis y sobre el desarrollo embriológico.

i) Las investigaciones sobre el origen del cáncer y, en especial, sobre el corioepitelioma.

j) Las investigaciones sobre el origen de las enfermedades genéticas o hereditarias, tales como las cromosopatías, las metabolopatías, las enfermedades infecciosas o las inducidas por agentes externos (mutágenos, teratógenos, físicos, químicos u otros), en especial las de mayor gravedad.

k) Cualquier otra investigación que se estime oportuno autorizar por normativa, o a falta de esta, por la comisión nacional multidisciplinar.

2. Se prohíbe la experimentación en preembriones vivos, obtenidos in Vitro, viables o no, en tanto no se pruebe científicamente que el modelo animal no es adecuado para los mismos fines. Si en determinados protocolos experimentales se demuestra que el modelo animal no es válido, se podrá autorizar la experimentación en preembriones humanos no viables por las autoridades competentes o por la comisión nacional multidisciplinar, si así se delega.

3. Cualquier proyecto de experimentación en preembriones no viables in Vitro deberá estar debidamente documentado sobre el material embriológico a utilizar, su procedencia, plazos en que se realizará y objetivos que persigue. Una vez terminado el proyecto autorizado, se deberá trasladar el resultado de la experimentación a la instancia que concedió tal autorización.

4. Se prohíbe la experimentación en preembriones en el útero o en las trompas de falopio.

Artículo 17.

1. Los preembriones abortados serán considerados muertos o no viables, en ningún caso deberán ser transferidos de nuevo al útero y podrán ser objeto de investigación y experimentación en los términos de esta Ley.

2. Se permite la utilización de preembriones humanos no viables con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos, previamente conocidos y autorizados.

3. Se autoriza la utilización de preembriones muertos con fines científicos, diagnósticos o terapéuticos.

Capítulo V. Centros sanitarios y equipos biomédicos

Artículo 18.

Todos los centros o servicios en los que se realicen las técnicas de reproducción asistida, o sus derivaciones, así como los bancos de recepción, conservación y distribución de material biológico humano, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios públicos o privados, y se regirán por lo dispuesto en la Ley General de Sanidad y en la normativa de desarrollo de la misma o correspondiente a las administraciones públicas con competencias en materia sanitaria.

Artículo 19.

1. Los equipos biomédicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de reproducción asistida, sus aplicaciones complementarias, o sus derivaciones científicas, y contarán para ello con el equipamiento y medios necesarios.

Actuarán interdisciplinariamente y el director del centro o servicio del que dependen será el responsable directo de sus actuaciones.

2. Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados se lesionaran los intereses de donantes o usuarios o se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos.

3. Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, a custodiar con el debido secreto y protección, todas las referencias exigibles sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas.

4. Los equipos biomédicos deberán realizar a los donantes y a las receptoras cuantos estudios estén protocolizados reglamentariamente.

5. Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan serán responsables si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados se lesionaran los intereses de donantes o usuarios, o se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudios previos.

6. Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, a custodiar con el debido secreto y protección, todas las referencias exigibles sobre los donantes, las receptoras y los varones, en su caso, con los que éstas constituyen matrimonio o pareja estable, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas.

7. La no realización de las historias clínicas o la omisión de las citadas referencias, datos o consentimientos, determinará responsabilidades de los equipos biomédicos y de los centros o servicios en los que trabajan.

8. Los datos de las historias clínicas, exceptuando la identidad de los donantes, y en caso deseado la identidad de las receptoras o varones con los que constituyen matrimonio o pareja estable, deberán ser puestos a disposición de estos últimos, receptoras y su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan.

Capítulo VI. De las infracciones y sanciones

Artículo 20. [1] [2] [4]

1. Con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley son de aplicación las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los artículos 32 a 37 de la Ley de Sanidad.

2. Además de las contempladas en la Ley de Sanidad, a los efectos de la presente Ley, se consideran infracciones graves y muy graves las siguientes:

A) Son infracciones graves:

a) El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los centros sanitarios y equipos biomédicos.

b) La vulneración de lo establecido por la Ley General de Sanidad, la presente Ley y normas de desarrollo, en el tratamiento de los usuarios de estas técnicas por los equipos de Trabajo.

c) La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por la presente Ley, así como la falta de realización de historia clínica.

B) Son infracciones muy graves:

a) Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

b) Obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin.

c) Mantener in Vitro a los óvulos fecundados y vivos más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber Estado crioconservados.

d) Mantener vivos a los preembriones, al objeto de obtener de ellos muestras utilizables.

e) Comerciar con preembriones o con sus células, así como su importación o exportación.

- f) Utilizar industrialmente preembriones, o sus células, si no es con fines estrictamente diagnósticos, terapéuticos o científicos en los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen, y cuando tales fines no puedan alcanzarse por otros medios.
- g) Utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes.
- h) Mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la fivte, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una fivte o la TIG.
- i) Transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad.
- j) Desvelar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente Ley.
- k) Crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.
- l) La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos.
- m) La partenogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo, por medios térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina.
- n) La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.
- o) La creación de preembriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros.
- p) La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras.
- q) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos.
- r) La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, así como las fecundaciones entre gametos humanos y animales que no estén autorizadas.
- s) La ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio.
- t) La creación de preembriones con espermatozoide de individuos diferentes para su transferencia al útero.
- u) La transferencia al útero, en un mismo tiempo, de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres.

v) La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren.

x) Las investigaciones o experimentaciones que no se ajusten a los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen.

3. Cuando las infracciones sean imputables al personal sanitario adscrito a centros públicos, la exigencia de responsabilidad se ajustará a las respectivas normas de régimen disciplinario del personal al servicio de la administración pública.

Capítulo VII. Comisión nacional de reproducción asistida

Artículo 21. [3]

1. El Gobierno establecerá mediante Real Decreto la creación de una comisión nacional de reproducción asistida de carácter permanente, dirigida a orientar sobre la utilización de éstas técnicas, a colaborar con la administración en cuanto a la recopilación y actualización de conocimientos científicos y técnicos, o en la elaboración de criterios de funcionamiento de los centros o servicios donde se realizan las técnicas de reproducción asistida, a fin de facilitar su mejor utilización.

2. La comisión nacional de reproducción asistida podrá tener funciones delegadas, a falta de la normativa oportuna, para autorizar proyectos científicos, diagnósticos, terapéuticos, de investigación o de experimentación.

3. La comisión nacional de reproducción asistida estará constituida por: representantes del Gobierno y de la administración; representantes de las distintas sociedades relacionadas con la fertilidad humana y con estas técnicas, y por un consejo de amplio espectro social.

4. Una vez fijadas por el Gobierno las competencias y funciones de la comisión nacional de reproducción asistida, esta realizará su propio reglamento, que deberá ser aprobado por aquel.

Disposición Transitoria

El Gobierno, en el plazo de seis meses, y según los criterios que informan la Ley General de Sanidad, regulará y armonizará los términos de esta Ley con respecto a las comunidades autónomas.

Disposición Final

Primera

El Gobierno, mediante Real Decreto y en el plazo de seis meses, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, establecerá:

a) Los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios, así como de los equipos biomédicos relacionados con las técnicas de reproducción asistida, de los bancos de gametos y preembriones o de las células, tejidos y órganos de embriones y fetos.

b) Los protocolos de información de los donantes y de los usuarios relacionados con estas técnicas, a presentar por los equipos biomédicos de los centros y servicios sanitarios correspondientes.

c) Los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y los usuarios relacionados con estas técnicas, a cumplimentar por los equipos biomédicos.

d) La lista de enfermedades genéticas o hereditarias que puedan ser detectadas con el diagnóstico prenatal, a efectos de prevención o terapéutica, y susceptible de ser modificada a medida que los conocimientos científicos así lo exijan.

e) Los requisitos para autorizar con carácter excepcional la experimentación con gametos, preembriones, embriones o fetos humanos y aquellas autorizaciones al respecto que puedan delegarse en la comisión nacional de reproducción asistida.

Segunda

El Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la promulgación de la presente Ley establecerá las normas de transporte de gametos y preembriones o sus células, entre el centro y servicios autorizados y relacionados con estas técnicas o sus derivaciones.

Tercera

El Gobierno, en el plazo de un año, contado a partir de la promulgación de esta Ley, regulará la creación y organización de un registro nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de secreto y en forma de clave:

a) El registro nacional consignará, asimismo, cada hijo nacido de los distintos donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras, y su localización territorial en cada momento, siempre que sea posible.

b) Si en el registro nacional o en los centros o servicios en los que se realizan las técnicas de reproducción asistida se tuviere conocimiento de que han fallecido los correspondientes donantes, la muestra donada pasará a disposición de los bancos, que la utilizaran en los términos acordados con aquellos y en base a esta Ley.

Cuarta

El Gobierno, en el plazo de seis meses, a partir de la promulgación de esta Ley, regulará los requisitos de Constitución, composición, funciones y atribuciones de la comisión nacional de reproducción asistida y sus homólogas regionales o en los centros y servicios.

Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 22 de noviembre de 1988.

Juan Carlos R.

Rey de España

El presidente del Gobierno,

Felipe González Márquez.

Comentarios a la norma

Artículo 20.2 B), a), k), l) y v) suprimidos por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Artículo 20.2 B) r), redactado conforme a Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Artículo 21 pasa a numerarse artículo 24 por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Artículo 20.1, primera línea. La sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, establece que es inconstitucional y nulo.

ANEXO 3

**LEY 721 de 2001
24/12/2001
por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968**

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1o. El Artículo 7o de la Ley 75 de 1968, quedará así:

Artículo 7o. En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99,9%.

Parágrafo 1o. Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos esperimentos deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales.

Parágrafo 2o. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo.

Parágrafo 3o. El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo, la siguiente información:

- a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba;
- b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad;
- c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;
- d) Frecuencias poblacionales utilizadas;
- e) Descripción del control de calidad del laboratorio.

Artículo 2o. En los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecidos, ausentes o desaparecidos la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99,99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad.

En aquellos casos en donde no se alcancen estos valores, la persona natural o jurídica que realice la prueba deberá notificarle al solicitante que los resultados no son concluyentes.

Parágrafo. En los casos en que se decrete la exhumación de un cadáver, esta será autorizada por el juez del conocimiento, y la exhumación correrá a cargo de los organismos oficiales correspondientes independientemente de la persona jurídica o de la persona natural que vaya a realizar la prueba.

En el proceso de exhumación deberá estar presente el juez de conocimiento o su representante. El laboratorio encargado de realizar la prueba ya sea público o privado designará a un técnico que se encargará de seleccionar y tomar adecuadamente las muestras necesarias para la realización de la prueba, preservando en todo caso la cadena de custodia de los elementos que se le entregan.

Artículo 3o. Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.

Artículo 4o. Del resultado del examen con marcadores genéticos de ADN se correrá traslado a las partes por tres (3) días, las cuales podrán solicitar dentro de este término la aclaración, modificación u objeción conforme lo establece el Artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. La persona que solicite nuevamente la práctica de la prueba deberá asumir los costos; en caso de no asumirlo no se decretará la prueba.

Artículo 5o. En caso de adulteración o manipulación del resultado de la prueba, quienes participen se harán acreedores a las sanciones penales correspondientes.

Artículo 6o. En los procesos a que hace referencia la presente ley, el costo total del examen será sufragado por el Estado solo cuando se trate de personas a quienes se les haya concedido el amparo de pobreza. En los demás casos correrá por cuenta de quien solicite la prueba.

Parágrafo 1o. El Gobierno Nacional mediante reglamentación determinará la entidad que asumirá los costos.

Parágrafo 2o. La manifestación bajo la gravedad de juramento, será suficiente para que se admita el amparo de pobreza.

Parágrafo 3o. Cuando mediante sentencia se establezca la paternidad o maternidad en los procesos de que trata esta ley, el juez en la misma sentencia que prestará mérito ejecutivo dispondrá la obligación para quien haya sido encontrado padre o madre, de rembolsar los gastos en que hubiere incurrido la entidad determinada por el Gobierno Nacional para asumir los costos de la prueba correspondiente.

Parágrafo 4o. La disposición contenida en el parágrafo anterior se aplicará sin perjuicio de las obligaciones surgidas del reconocimiento judicial de la paternidad o la maternidad a favor de hijos de edad.

Artículo 7o. El Artículo 11 de la Ley 75 de 1968 quedará así: En todos los juicios de filiación de paternidad o maternidad conocerá el juez competente del domicilio del hijo, mediante un procedimiento especial preferente.

Artículo 8o. El Artículo 14 de la Ley 75 de 1968 quedará así: Presentada la demanda por la persona que tenga derecho a hacerlo, se le notificará personalmente al demandado o demandada, quien dispone de ocho (8) días hábiles para contestarla. Debe advertirse en la notificación sobre los efectos de la renuencia a comparecer a la práctica de esta prueba. Con el auto admisorio de la demanda el juez del conocimiento ordenará la práctica de la prueba, y con el resultado en firme se procede a dictar sentencia.

Parágrafo 1o. En caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia el juez del conocimiento, de oficio y sin más trámites, mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa.

Parágrafo 2o. En firme el resultado, si la prueba demuestra la paternidad o maternidad el juez procederá a decretarla; en caso contrario se absolverá al demandado o demandada.

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

Artículo 9o. Créase la Comisión de Acreditación y Vigilancia del orden nacional, integrada por: un delegado del Ministerio de Salud, un delegado del Ministerio de Justicia y del Derecho, un delegado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, un delegado de las Sociedades Científicas, un delegado del Ministerio Público, un delegado de los laboratorios privados de genética y un delegado de los laboratorios públicos.

La Comisión de Acreditación y Vigilancia deberá garantizar la eficiencia científica, veracidad y transparencia de las pruebas con marcadores genéticos de ADN, y podrá reglamentar la realización de ejercicios de control y calidad a nivel nacional, en cuyo caso deberá regirse por los procedimientos establecidos por la comunidad científica de genética forense a nivel internacional.

Parágrafo 1o. El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de esta Comisión, así como las calidades y forma de escogencia de los delegados.

Parágrafo 2o. El delegado de los laboratorios privados de genética debe ser de aquellos laboratorios que cuenten con el reconocimiento de la comunidad genética forense en el ámbito internacional.

Artículo 10. La realización de los ejercicios a que se refiere esta ley estará a cargo del Estado, quien los realizará directamente o a través de laboratorios públicos o privados, debidamente acreditados y certificados.

Parágrafo 1o. La acreditación y certificación nacional se hará una vez al año a través del organismo nacional responsable de la acreditación y certificación de laboratorios, con sujeción a los estándares internacionales establecidos para pruebas de paternidad.

Parágrafo 2o. Todos los laboratorios de Genética Forense para la investigación de la paternidad o maternidad deberán cumplir con los requisitos de laboratorio clínico y con los de genética forense en lo que se refiere a los controles de calidad, bioseguridad y demás exigencias que se reglamenten en el proceso de acreditación y certificación.

Artículo 11. El Gobierno Nacional implementará las medidas necesarias para el fortalecimiento de los laboratorios de genética para la identificación de la paternidad o maternidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con calidad altamente calificada, con investigadores que acrediten calidad científica en la materia, que cumplan los requisitos nacional e internacionalmente establecidos y con la tecnología adecuada.

Artículo 12. El Gobierno Nacional a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, adelantará una campaña educativa nacional para crear conciencia pública sobre la importancia y los efectos de la paternidad o maternidad, como un mecanismo que contribuya a afianzar el derecho que tiene el niño o niña de tener una filiación.

Artículo 13. Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

El Presidente del honorable Senado de la República,
Carlos García Orjuela.

El Secretario General del honorable Senado de la República (E.),
Luis Francisco Boada Gómez.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,
Guillermo Gaviria Zapata.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,
Angelino Lizcano Rivera.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y cúmplase. Dada en Bogotá, D. C., a 24 de diciembre de 2001.

ANDRÉS PASTRANA ARANGO

El Ministro de Justicia y del Derecho,
Rómulo González Trujillo.

El Ministro de Salud,
Gabriel Ernesto Riveros Dueñas.

ANEXO 4

Entrevista realizada el 5 de mayo de 2003 a *Dra. Clara Inés Vargas Castellanos.*

Médico cirujano de la Universidad Industrial de Santander, con título de Maestría en Biología con énfasis en Genética Clínica de la Universidad Javeriana de Bogotá, Especialista en docencia Universitaria de la UIS, docente asociado de la UIS y actualmente jefe del laboratorio de genética de la UIS.

CUESTIONARIO

1. ¿Cómo es el proceso de la toma de la muestra?

Respuesta:

- a. Se presenta a las instalaciones del sitio asignado para toma de muestra de la Facultad de Salud de la Universidad Industrial de Santander, las personas implicadas.
- b. Se deja un tiempo para que se haga el reconocimiento mutuo.
- c. Luego se procede a solicitar los documentos de identificación, de los cuales se toma una copia.
- d. Se expide recibo para cancelar el examen en caja a un fondo especial. Una vez cancelado, el usuario vuelve al sitio denominado TOMA DE MUESTRA.
- e. La bacterióloga del laboratorio, abre una carpeta que identifica con un código, e inicia LA CADENA DE CUSTODIA: se decepcionan los datos, se anexan los documentos presentados, se lee el consentimiento informado y firman los padres del hijo. Para esta fase la secretaria de la toma de muestra actúa como testigo de las actuaciones preliminares.
- f. Se asigna un número consecutivo como ya se mencionó.
- g. Se procede a la toma de la muestra de sangre en dos sitios. En tubo para luego ser procesado con anticoagulante, aproximadamente 7 cm. Y un punzón en el dedo donde la gota de sangre es tomada en papel filtro. La toma doble se hace con el fin de hacer un primer control de calidad a la muestra, y para el caso de repetir el procedimiento.
- h. Se marcan las tomas, la bacterióloga procede a llevar la prueba al laboratorio, ella misma es quien realiza el procedimiento supervisada por otra bacterióloga quien en ese momento actuará como testigo del correcto proceder. Siempre hay dos bacteriólogas durante el procedimiento.
- i. Viene la lectura de los electroferogramas del equipo con que cuenta el laboratorio y la interpretación del resultado por parte de los dos peritos.
- j. Una vez terminado el procedimiento técnico, con su interpretación la coordinadora del laboratorio revisa en procedimiento, que ha sido consignado tanto en la carpeta, como en el cuaderno del laboratorio, si encuentra que está bien continúa al siguiente paso, sino se procede a repetir el procedimiento.
- k. Una vez aprobado el procedimiento por la coordinadora, sale el cuaderno del laboratorio con los resultados anotados, se le entregan a la secretaria del laboratorio y al jefe de laboratorio para hacer los respectivos análisis matemáticos (APC), ellas se hacen

responsables de los datos, firman y continúan la cadena de custodia. Con los datos se determina las frecuencias, que al final determinarían el porcentaje sobre el cual se establece la paternidad o se excluye”.

2. ¿Qué documentos deben presentarse para la toma de la muestra?

Respuesta:

“Los adultos presentan la Cédula de Ciudadanía y los hijos el Registro Civil o la Tarjeta de Identidad si la tienen”.

3. ¿En qué consiste el Control de Calidad de la prueba?

Respuesta:

“Se presentan en varias formas y momentos así:

- Reconocimiento mutuo de las personas
- Trabajo en pareja en el laboratorio
- El control de calidad que tiene el equipo que determina si en la muestra están bien contados los marcadores alélicos y la escalera alélica
- La supervisión de los resultados por parte de la jefe de Laboratorio
- Cadena de custodia”.

4. ¿Quién determina la confiabilidad del laboratorio?

Respuesta:

“Nosotros somos supervisados por la Superintendencia de Industria y Comercio; quien verifica que se estén cumpliendo con los estándares Básicos requeridos en los laboratorios de pruebas de paternidad, de acuerdo con la Ley”.

5. ¿Emite el laboratorio un juicio de valor?

Respuesta:

“No, el laboratorio tiene ya establecido un índice de probabilidad a priori, basado en estudios poblacionales previos, nosotros nos limitamos a emitir un porcentaje de la frecuencia del resultado y su análisis”.

6. ¿En caso de presentarse impugnación de la paternidad cuando alguno de los posibles padres ha fallecido, que procedimiento adelanta el laboratorio?

Respuesta:

“Generalmente se practica lo que denominamos PRUEBA DE PATERNIDAD COMPLEJA.

Se hace con los parientes más cercanos por líneas de consanguinidad. Para conocer los genotipos. Para el caso de los niños varones es más exacto ya que se tiene conocimiento de muchos genes que hacen parte del cromosoma Y, se examina la línea paterna del niño (Hermanos del padre y al abuelo).

Cuando no es posible por esta vía se recurre a la exhumación del cadáver, de los restos óseos se hace un raspado y se logra obtener un tejido del cual sea posible tomar una muestra de ADN. A esta diligencia se asiste mediante citación previa. En el momento se levanta un acta con los asistentes a la diligencia, se hace claridad sobre el estado de la muestra tomada se firma y se inicia la cadena de custodia”.

7. ¿Tiene conocimiento de donde se está realizando esta práctica?

Respuesta:

“Según el último seminario de genética forense realizado por la Universidad de Antioquia este año; los expertos de la Universidad de Antioquia, de la Universidad del Valle, de la Universidad Nacional de Bogotá y la Universidad del Rosario de Bogotá, manifestaron que si se realiza esta práctica. Pero que en muchos casos el éxito de esta es del 60%, por lo tanto no es muy usual, las causas de esta baja probabilidad de éxito están; en el tiempo, la contaminación y las características específicas del laboratorio, ya que se trata de taladrar el hueso. Por lo tanto se puede decir que en Colombia es muy poco utilizada esta práctica”.

8. ¿Existe en Colombia secuencia de cromosomas conocidas según la población Colombiana?

Respuesta:

“ La secuencia de marcadores genéticos conocidos para la población colombiana corresponde a los STR's en el caso de la investigación de la paternidad (VNA,FGA,THO,TPOX...). Existen frecuencias poblacionales par estos marcadores en casi todas las regiones colombianas.

9. Es cierto que existen 15 regiones variables amplificadas, que se pueden ver o analizar en una sola reacción cuando se analiza el ADN, y que a su vez estas ayudan a determinar la paternidad?

Respuesta:

“Existen multiplexes contenidos e los Kits de hasta 15 marcadores, llamados identifiler”.

10. En un estudio realizado por el Dr. Gustavo A. Penacino para optar por el título de Doctor en la Universidad de Buenos Aires, encontré que el realiza en el estudio de paternidad dos análisis: Corte con enzimas de restricción, corrimiento electroforético en geles de agarosa, transferencia a una membrana de nylon o celulosa y tratamiento con sondas de locus múltiples o de locus específico. Que según él está en desuso. Y la segunda corresponde a la Amplificación mediante PCR o reacción de polimerasas.

DR. ¿ La segunda técnica es la que se está aplicando en los laboratorios de Colombia?

Respuesta:

“La amplificación del ADN por PCR se emplea actualmente en todos los análisis de material genético a nivel molecular, por lo tanto en todos los laboratorios colombianos que hagan pruebas molecular se practica.

La técnica que describes de la tesis del Dr. Penacino corresponde a un Southerblot para RFLP o VNTR (fragmentos largos de restricción polimórfica y fragmentos repetitivos entandem en número variable, respectivamente). Esta técnica fue remplazada por STR”.

11. Conoce algún caso de alguien que haya tenido que practicar pruebas de paternidad con ADN post mórtem?

Respuesta:

“Sí, el ML. Laboratorio PREGEN de Bogotá, el Dr. Bernal”.

ANEXO 5

PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil, octubre 4 de 1983, MP. José María Esguerra Sámpér.

La filiación natural de Carlos Mario respecto de Tobón Orozco la dedujo el Tribunal de varios elementos de juicio a saber: principalmente, del reconocimiento irrevocable, según la Ley, hecho por el padre en el acta civil de nacimiento, documento amparado por presunción de autenticidad y pureza que no ha sido desvirtuada en este caso, y destacó que este había presión alguna de que el consentimiento del padre hubiera estado viciado en aquel acto; en segundo lugar, de varios indicios que estimó graves, concordantes y convergentes respecto de los cuales no aparece contra evidencia alguna, de las relaciones sexuales que Ofelia mantuvo con Tobón Orozco, aunque también las hubiera tenido con Jiménez Gutiérrez; del dictamen antrope-heredo-biológico, según el cual “no es concluyente la prueba de que el demandante sea el padre del menor Carlos Mario”; y de la confesión del demandante en que reconoció que no había ayudado únicamente a su menor hijo. “Cabe anotar- dice el tribunal- como no es necesario ser pudiente para prestarle ayuda a quien verdaderamente se tiene por hijo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent. Marzo 10/2000. Exp. 6188. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

Cualquier forma fehaciente de demostrar legalmente la paternidad o su exclusión debe ser atendida por el juez. “por la referencia expresa de la Ley 45 de 1936 y, mas concretamente, por las seis presunciones de paternidad que hoy rigen en virtud de la Ley 75 de 198, se ha afirmado que el ordenamiento legislativo nacional en esta materia adoptó el denominado sistema de investigación restringida.

Pero, como se explico líneas arriba, los avances de la ciencia permiten hoy demostraciones de otras excepciones que el demandado puede en teoría proponer, que si bien no se enmarcan en estricto sentido en la conocida *exceptio in plurium* (demostrar la existencia de relaciones sexuales de la madre con otro u otros hombres distintos del demandado) o en la imposibilidad físico para engendrar, si conducen a sembrar un manto de duda razonable que impide declarar la paternidad. Se refiere la corte a aquellos casos en que muy a pesar de no encontrarse probada ni menos alegada *exceptio in plurium constupratorum* y más aún, a pesar de estar acreditado el trato del cual se puede inferir las relaciones sexuales, el dictamen científico acerca de la paternidad se refiere a un tercero que no es el demandado, para atribuirle la paternidad, con lo que se descarta que ese demandado efectivamente sea el padre, posibilidad que hoy no luce exótica si se tiene en cuenta que aun fallecido, un hombre puede ser padre biológico mediante sistemas de fertilización practicadas luego del fallecimiento.

Se tiene entonces que en primer termino es inocultable que las normas jurídicas escritas pueden quedar día a día cortas frente al avance de la ciencia, a la que el juez debe remitirse junto con las reglas de la experiencia para proferir sus fallos. De allí se desprende, en segundo termino, que a pesar de poder estar consagrada en Colombia la investigación de la paternidad mediante un sistema restringido de presunciones que rinde culto a las reglas de la experiencia plasmada positivamente en la ley, esa otra fuente de conocimiento sistemático que es la ciencia, no puede dejarse por un lado por el juez cuando

la verdad que ella predica ha llegado a su conocimiento (y también al de las partes) mediante prueba judicial legalmente obtenida y rituada.

De ambas fuentes de conocimiento, la de la experiencia y la científica, debe hacer acopio el juez para subsumir o excluir la situación de hecho en la norma que hace actuar. Y en tal procesituación de hecho en la norma que hace actuar. Y en tal proceso deductivo, naturalmente debe expresar el merito que le asigna a cada prueba y exponer su conclusión mediante una apreciación en conjunto de todo el acervo probatorio (C.P.C. Art. 187).

Por tanto independientemente de si las presunciones legales de paternidad han sido o no legalmente estructuradas como taxativas, cualquier otra forma fehaciente de demostrar legalmente la paternidad o su exclusión debe ser atendida por el juez, afectos de buscar claridad acerca de la “investigación de la paternidad” que es el objeto del litigio que dirige y adelanta, y que envuelve el ejercicio del derecho constitucional a la personalidad, del que la filiación forma parte. En otras palabras: si llegado el caso, obra en el expediente prueba pericial o de informes, regular y oportunamente allegada al proceso en la que se demuestra con grado próximo a la certeza la improbable paternidad del demandado o mejor la paternidad de un tercero.

Y dicha prueba se enfrenta a otras que recogen los hechos indicativos que el legislador ha consagrado como constitutivos de presunción de un hecho indicado, tamaño duda debe ser esclarecida por el juez antes de proferir el fallo con que termina el proceso”.

Corte Suprema de Justicia. Cas. Civil; Sent. Abril 23/98, Exp. 5014. M.P. Rafael romero Sierra

Es indispensable que en todos los procesos de filiación los jueces acudan al aporte científico.(...) “Sin embargo de lo expuesto, conviene hacer una aclaración en torno a la insólita afirmación que el tribunal plasmó al decir, tras no encontrar probado el trato sexual investigado, que “la peritación de los forenses nada refuerza ni mucho menos concluye en el evento de marras”. Porque al descuido pudiera involucrarse allí la idea errónea de que la prueba en cuestión, en cuanto se afirme que “nada refuerza”, es un elemento a desdeñar a la hora de indagar asuntos relativos a la procreación humana, concepto que luciría tan equivocado como especioso. Tal modo de ver las cosas con llevarla ante todo a desoír el aprecio que en el punto ha mostrado la ley por la ciencia, una de cuyas manifestaciones mas reveladoras la constituye las voces del artículo 7º de la Ley 75 de 1968, conforme a las cuales, es indispensable que en todos los procesos de filiación extramatrimonial los jueces acudan al aporte científico del caso, independientemente de los resultados que el mismo pueda arrojar en orden a comprobar la paternidad que se discute, al estatuir dicho precepto que en eventos semejantes decretaran “los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros” a objeto de “reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre”, si como también “ordenara” una pericia que analice los factores y grupos sanguíneos y las características patológicas, ortológicas, fisiológicas, e intelectuales transmisibles. Y es tal el imperio de la ley, que bien puede asegurarse que el funcionamiento judicial que sea omisivo sobre el particular. Bien porque, siendo posible, dejar de decretarlas, ora porque no controla que su practica se realice con la idoneidad y cautela bastantes a garantizar el valor científico que de ellas se espera, compromete su responsabilidad: como también la comprometen en su caso los entes estatales encargados de su practica cuando no la realizan, o la realizan deficientemente.

Aporte que tanto mas es forzoso en la actualidad, cuando el avance de la ciencia en materia de genética es sencillamente sorprendente, contándose ahora con herramientas que a juicio se doctos contienen un indiscutible rigor científico, al extremo de que existen pruebas de tal naturaleza que puedan determinar la paternidad investigativa en un grado de verosimilitud rayano. (sic) en la seguridad.

No está bien, entonces, mostrar tanto desprecio por tales pruebas, como lo hizo el tribunal en el fallo que se estudia, desconociendo el considerable valor demostrativo que en un momento dado puedan

llevar a la convicción del juzgador en materia tan compleja con es la de desentrañar el ministerio de la fecundación”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS

Santa fe de Bogotá, DC., dieciséis (16) de febrero de dos mil (2000).-

Referencia: Expediente No. 5363

Se decide el recurso de casación interpuesto por la codemandante MARIA IRLANDA GÓMEZ LEMOS contra la sentencia de 21 de noviembre de 1994, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, en este proceso ordinario iniciado por ésta y MARLENE RÍOS LEMOS frente a GUILLERMO JIMÉNEZ ESTRADA.

ANTECEDENTES:

I.- Por demanda repartida al Juzgado Quinto de Familia de Cali, las mencionadas actoras solicitan que con audiencia del referido demandado se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.- JAIRO DE JESÚS LEMOS, hijo de Blanca Oliva Lemos, nacido el 22 de Septiembre de 1.944 en TORO (V), y bautizado el 1o. de Octubre del mismo año, no es hijo natural de Guillermo Jiménez Estrada.

"SEGUNDA.- Una vez ejecutoriada la sentencia en que se declare que JAIRO DE JESÚS LEMOS no es hijo natural de Guillermo Jiménez Estrada, se ordene comunicar lo pertinente al señor Notario único de Toro (V), para que inscriba esta providencia en el Tomo 1-1.990, Folio, 14373754.

"TERCERA.- Rehágase el registro civil de nacimiento de Jairo de Jesús Lemos, como hijo de Blanca Olica (sic) Lemos.

"CUARTA.- Condenase en costas al demandado.

II.- Las pretensiones así planteadas tienen sustento en los hechos seguidamente resumidos:

a.-) JAIRO DE JESÚS LEMOS nació en el municipio de Toro, Valle, el 22 de septiembre de 1944, lugar donde fue bautizado el 1º de octubre de dicho año, habiéndose inscrito tal hecho en la Notaría de esa población en el "Tomo 2-1.944, folio 316" y apareciendo como hijo de Blanca Oliva Lemos y de padre desconocido.

b.-) JAIRO DE JESÚS LEMOS murió el 28 de mayo de 1990 en Cali y al registrarse el hecho en la Notaría Cuarta de esta ciudad únicamente se incluyó el dato de la madre de éste Blanca Oliva Lemos y, de igual manera, la Parroquia de La Consolación y la Notaría única de Toro, Valle, expidieron el 7 de Junio de 1990 sendos certificados de nacimiento en donde aquél aparece como hijo de BLANCA OLIVA LEMOS y sin anotación adicional sobre el nombre del padre.

c.-) Mediante escritura pública 321 de 13 de abril de 1981 de la Notaría Primera de Tulúa, asentada en el registro de nacimiento el 19 de junio de 1990, GUILLERMO JIMÉNEZ ESTRADA

reconoció como hijo extramatrimonial suyo y de BLANCA OLIVA LEMOS a JAIRO JIMÉNEZ LEMOS, sin comunicarle nada a éste, a pesar de tener a dicha fecha 37 años de edad.

d.-) GUILLERMO JIMÉNEZ ESTRADA jamás reconoció frente a sus amigos y familiares como hijo a Jairo Jiménez Lemos, quien en el círculo social de amigos y familiares siempre fue tenido como hijo de Blanca Oliva Lemos y de padre desconocido. Además, tampoco contribuyó a sus gastos de crianza, educación y "mantenimiento".

e.-) MARIA IRLANDA GÓMEZ LEMOS y MARLENE RÍOS LEMOS, "hijas naturales" de Blanca Oliva Lemos, son las únicas hermanas de Jairo de Jesús Lemos y quienes sufragaron, sin la colaboración de GUILLERMO JIMÉNEZ ESTRADA, los gastos de entierro de aquél.

g.-) El señor JIMÉNEZ ESTRADA, después de fallecido Jairo de Jesús Lemos, procedió a asentar la inscripción del reconocimiento "cuando tuvo además conocimiento que había dejado varios bienes muebles e inmuebles, con el fin de adelantar el proceso de sucesión correspondiente, en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali".

i.-) El demandado no notificó su decisión de reconocerlo como hijo extramatrimonial a Jairo de Jesús Lemos.

III. Enterado el demandado de las aspiraciones de las actoras, satisfaciendo el derecho de postulación por medio de abogado, acepta unos pocos hechos, niega los restantes o insta a que se prueben y se opone al buen suceso de aquellas.

IV. Terminada la instrucción del proceso, el a-quo pronunció sentencia de primera instancia el 18 de abril de 1994 en la que dispuso:

"1º) Que el señor JAIRO DE JESÚS LEMOS, hijo de la Sra. BLANCA OLIVA LEMOS, nacido el 22 de septiembre de 1.944 en Toro (V.), por el mero reconocimiento efectuado post mórtem por el Sr. Guillermo Jiménez Estrada no tiene a éste por padre.

"2º) Líbrese oficio al Notario de Toro Valle para que inscriba esta sentencia.

"3º) Condenase en costas al demandado."

V. No contento con la solución plasmada por el juez del conocimiento, la parte demandada recurrió en apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Corporación que definió la alzada a través de sentencia de 21 de noviembre de 1994, mediante la cual revocó la del a-quo, negó las pretensiones de las demandantes y las condenó al pago de las costas de la primera instancia.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL:

Referidos los antecedentes del litigio por el ad-quem y situado en el campo de las consideraciones, sentó las siguientes:

a.-) Empieza por descartar la nulidad procesal alegada por la parte apelante por el hecho de no haber sido, ni ella ni su vocero judicial, notificados o citados idóneamente para comparecer a la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil señalada para el 11 de marzo de 1993 porque tal hecho si ocurrió, según estado No. 25 de 19 de febrero de dicha anualidad y "Además si alguna irregularidad se hubiera cometido en la actuación surtida, esta hubiera quedado legalmente saneada porque la parte demandada gozó de la oportunidad para advertirla y remediarla y no lo hizo conforme a la ley procesal".

b.-) Citando el artículo 1° de la ley 75 de 1968, afirma que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial es irrevocable pero no inatacable ni definitivo, puesto que, tal como lo autoriza el artículo 5° de la misma ley, ciertas y determinadas personas, en los términos y por las causales fijados en los artículos 248 y 335 del Código Civil, lo pueden impugnar, de donde fluye que, "hecho el reconocimiento de la paternidad por cualquiera de los cuatro medios señalados en el artículo 1o. de la Ley 75 de 1968, sólo lo pueden impugnar las personas que demuestren un interés, siempre que demanden dentro de los 300 días subsiguientes a la fecha en que tuvieron ese interés y pudieron hacer valer su derecho, en cuanto a los ascendientes del reconocedor, en 60 días contados desde que tuvieron conocimiento del reconocimiento, artículo 248 del Código Civil. - Por lo tanto las hermanas del causante, que lo heredarían de no estar de por medio el padre, están plenamente legitimadas por activa para impugnar el acto jurídico del reconocimiento del hijo, dentro de los 300 días subsiguientes a la fecha en que tuvieron interés actual y pudieron hacer valer su derecho.

c.-) Sigue aseverando que las demandantes tienen interés actual para intervenir porque ante el fallecimiento de su hermano Jairo Jiménez Lemos, quien fue reconocido por el demandado como su hijo extramatrimonial, serían las llamadas a heredarlo por haber fallecido "soltero, sin dejar descendencia, ni hijos adoptivos, ni ascendientes", esto por autorización del artículo 248 del Código Civil, en concordancia con el ya citado artículo 5° de la ley 75 de 1968 "pues la demanda de impugnación se impetró dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que para ellas surgió el interés actual y pudieron hacer valer su derecho.- En efecto el señor Guillermo Jiménez Estrada, por escritura pública No. 321 de abril 13 de 1981 otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Tulúa reconoció como a su hijo natural al señor Jairo Lemos, nacido en Toro (Valle), el 22 de septiembre de 1944, denunciado en la Notaría Única de Toro (V), en el tomo 2-1.944, folio 316 de los libros respectivos del registro civil, pero inscrito ese reconocimiento el día 19 de junio de 1990, cuando el señor Jairo Lemos había fallecido, su muerte ocurrió el 28 de mayo de 1990.- La demanda introductoria (sic) de este proceso se admitió el día 15 de marzo de 1991, por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, cuando no habían transcurrido los trescientos días de que trata el artículo 248 del Código Civil.-"

d.-) Concreta que lo pretendido por los demandantes es demostrar que Jairo de Jesús Lemos, su hermano e hijo de su común progenitora Blanca Oliva Lemos, no es hijo extramatrimonial de Guillermo Estrada Jiménez o no lo pudo tener como padre y, para el efecto destaca que debe probarse para su buen suceso que éste "estuvo en imposibilidad física para acceder a la señora Blanca Oliva Lemos en relaciones sexuales aptas para la procreación de Jairo de Jesús durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción según las reglas legales, o que se encontraba en imposibilidad para engendrar.- Infortunadamente la parte demandante dentro del plenario no presentó la prueba idónea para acreditar la imposibilidad física en que estuvo el señor Guillermo Jiménez Estrada de tener acceso carnal con la señora Blanca Oliva Lemos, en la época en que según el art. 92 del Código Civil se presume la concepción.- Se debe observar que con los testimonios recaudados a los señores Luis Eduardo Quezada Jiménez, Bernardo Gómez Rivera, Jorge Silvio Molina Murillo y las señoras Zoila Cuero Santiesteban y Mary Molina Murillo las actoras no lograron probar que Jairo de Jesús Lemos no pudo tener como padre a quien lo reconoció, pues los declarantes, conocieron al causante cuando éste ya había nacido, y merced a esta circunstancia, no se puede afirmar que el reconocido no pudo tener por padre al reconocedor.-"

e.-) Finaliza señalando "que las pretensiones de las demandantes no van encaminadas a demostrar si el reconocimiento de Guillermo Jiménez Estrada a Jairo de Jesús Lemos crea o no derechos a favor del primero, si no una vez que haya sido notificado y aceptado de la manera indicada en el Título XI, del libro I del Código Civil, para la legitimación, artículo 4o. de la Ley 75 de 1968.- En virtud de esta apreciación la Sala se abstiene de penetrar en el análisis de los artículos 240, 243, y 408 del Código

Civil y 57 de la ley 153 de 1887.- Otra será la vía procesal que tienen las demandantes para hacer valer sus derechos.-"

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Por haberse admitido parcialmente la demanda de casación, dos son los cargos, de los tres formulados, que resultan legalmente aducidos contra la sentencia del Tribunal, los cuales despachará la Corte en el orden propuesto.

CARGO PRIMERO:

Acusase la sentencia del Tribunal por no estar en consonancia con la demanda, hechos y pretensiones.

Al sustentar el cargo consigna las motivaciones que pasan a sintetizarse:

a.-) Precisa que lo pretendido por las demandantes, como consta claramente en el escrito introductor, es impugnar el reconocimiento que como hijo extramatrimonial hizo GUILLERMO JIMÉNEZ ESTRADA de su fallecido hermano Jairo de Jesús Lemos, a su vez también hijo de su madre común Blanca Oliva Lemos, mediante escritura pública No. 321 de 13 de abril de 1981 de la Notaría Primera del Circuito de Tulúa, reconocimiento que únicamente se inscribió en el registro de nacimiento de éste en el Tomo 2, folio 14373754 de la Notaría Única de Toro Valle, el 19 de junio de 1990, esto es, veintidós (22) días después de su fallecimiento ocurrido el 28 de mayo de dicha anualidad, y para lo cual invocó como normas legales los artículos 240, 401 y 408 del Código Civil y 4º de la ley 75 de 1968.

b.-) Concreta que la razón de la impugnación del mencionado reconocimiento de hijo extramatrimonial "se basa en faltarle al reconocimiento, el requisito de la notificación al reconocido, a efecto de que resultase indubitable", quien para la fecha de la escritura 321 de 13 de abril de 1981 "contaba con 37 años de edad", lo que implicaría, faltando dicho requisito imprescindible, que "JAIRO DE JESÚS LEMOS, continuaría siendo hijo de BLANCA OLIVA LEMOS, y nada más". Y, consecuentemente, "los testimonios allegados en la etapa probatoria, de LUIS EDUARDO QUESADA JIMÉNEZ, ZOILA CUERO DE SANTIESTEBAN, BERNARDO GÓMEZ RIVERA, MARY MOLINA MURILLO y JORGE SILVIO MOLINA MURILLO, no pretendían probar que GUILLERMO JIMÉNEZ ESTRADA hubiese estado en imposibilidad de ser el progenitor de JAIRO DE JESÚS".

c.-) Critica la aseveración hecha por el Juzgador de segundo grado cuando dice que las demandantes pretenden demostrar, según los artículos 5º de la ley 75 de 1968 y 248, inciso 1º, del Código Civil, que GUILLERMO JIMÉNEZ ESTRADA no es el padre extramatrimonial del fallecido Jairo de Jesús Lemos y para el éxito de ello deben probar que aquél estuvo en imposibilidad física de sostener relaciones sexuales idóneas para la procreación con Blanca Oliva Lemos o que se encontraba en imposibilidad para engendrar, pero que fracasaron en su intento porque los testigos Luis Eduardo Quesada Jiménez, Bernardo Gómez Rivera, Jorge Silvio Molina Murillo, Zoila Cuero Santiesteban y Mary Molina Murillo solo conocieron al hijo reconocido después de su nacimiento y ello impide concluir, entonces, que éste no haya tenido como progenitor a aquél.

d.-) Expone que el fallador de segundo grado, al decidir en sentido contrario a lo pedido, violó el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil atinente a la congruencia, por fallar "sobre supuestos cuando su deber le señalaba hacerlo sobre los puntos sometidos al litigio, es decir, se dio una decisión extrapetita".

e.-) Pasa a afirmar que "ni siquiera los testimonios arrimados oficiosamente por el Tribunal tienen el poder de destruir el cargo achacado a la sentencia". Sobre la versión de Lida Teresa Lozano dice que faltó a la verdad cuando pretende dar cuenta de que el demandado fue a buscar a Jairo de Jesús Lemos para hacerle saber el reconocimiento "saliendo de su casa a la Notaría" y, en relación con la declaración de Luis Ernesto Lemos expresa que "También incurre en equivocada apreciación cronológica, pues se remonta dos años atrás, vale entender, al año 1990, para afirmar que Jairo llegó con el propósito de exigir el reconocimiento".

f.-) Destaca que el ad-quem no tuvo en cuenta ni mencionó "la nulidad de la escritura pública No. 321 de 1981 corrida en la Notaría 1ª de Tulúa".

g.-) Finaliza anotando que "El interrogatorio de parte del señor GUILLERMO JIMÉNEZ ESTRADA, (sic) poco o nada aporta para mantener la sentencia atacada. El interrogado expresa haber ido a la Notaría con JAIRO, sin poder explicar la razón para no haber notificado el acto del reconocimiento, surgiendo así un indicio de mentira en su contra. Agrega que por no ser casado con BLANCA OLIVA LEMOS, no hizo antes el reconocimiento, afirmación que torna más increíble el relato".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.- El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil consagra el principio de la congruencia de los fallos, al disponer que "la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

Con la finalidad de restablecer el equilibrio quebrantado con el fallo, se enlista como causal de casación en el mismo Estatuto, artículo 368, numeral 2º, la de "no estar la sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio".

Los límites de la actividad jurisdiccional del fallador están restringidos por los hechos y las pretensiones de la demanda junto con las excepciones que se propongan o con las que pueda declarar de oficio. Por tal motivo, la disonancia de la sentencia con los extremos del litigio comporta un error in procediendo, corregible en casación mediante la invocación de la causal segunda, mediante la cual es posible restablecer la necesaria simetría predicable del fallo.

Es de ver sin embargo, que como la decisión del Juzgador también puede apartarse del contenido de la demanda porque al apreciarla incurra en error de juicio, la labor del recurrente debe ser lo suficientemente cuidadosa para no confundir aquél yerro con el de actividad, pues ello haría sucumbir el ataque por evidente desenfoque, sin que la Corte tuviera que ocuparse de un pronunciamiento de fondo sobre el asunto planteado en la acusación.

En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha dejado en claro que cuando el sentenciador desconoce los hechos y pretensiones de la demanda, o los ve tal como se le formulan pero resuelve en sentido diverso a como corresponde, se presenta un evidente error de conducta por desacato a la manera de obrar que le impone el artículo 305 del C. de P.C.; muy distinto de cuando a ese resultado decisorio llega por la vía de un raciocinio interpretativo sobre el alcance de la demanda, pues, acertado o no, en este segundo caso no habría motivo para afirmar que dicho Juzgador actuó en desarmonía con las normas de procedimiento, sino simplemente que su decisión fue producto del error de juicio en que incurrió.

2.- En el caso de este proceso el Tribunal, empezó por afirmar que lo pretendido por la parte actora es demostrar que Jairo de Jesús Lemos...no es hijo natural de Guillermo Jiménez Estrada..., o en otros términos que no pudo tener por padre al mismo señor; para advertir finalmente que las pretensiones de las demandantes no van encaminadas a demostrar si el reconocimiento de Guillermo Jiménez Estrada a Jairo de Jesús Lemos crea o no derechos a favor del primero, sino una vez que haya sido notificado y aceptado de la manera indicada en el Título XI, del libro 1 del Código Civil, para la legitimación, artículo 4° de la Ley 75 de 1968.

Al razonar así, el Tribunal se apartó de los hechos y pretensiones de la demanda como consecuencia de la labor interpretativa integral que sobre esa pieza de la litis desplegó, lo cual evidencia que al resolver de fondo sobre ésta en la forma censurada por el recurrente, no pudo incurrir en error de actividad generante de la causal segunda de casación, sino en un error de juicio, denunciable por la causal primera de casación.

3.- Aún dejando de lado el defecto técnico señalado, es preciso notar, de otra parte, la falta de claridad y precisión en la demanda incoativa del proceso, que llevó al Tribunal a tener que interpretarla, labor en la que aun cuando pudiera no estarse plenamente de acuerdo, no tendría sin embargo la connotación necesaria para derivar de ella un evidente yerro apreciativo, generador de incongruencia en el fallo desestimatorio combatido. Así, entonces, no podría predicarse de éste que omitió ceñirse a los postulados del artículo 305 del C. de P.C., porque con lo así resuelto se pronunció, negativamente, sobre todo lo pedido.

4.- El cargo, por lo visto, no está llamado a prosperar.

CARGO SEGUNDO:

Atacase la sentencia de violar, de manera directa y a consecuencia de yerro de valoración o error derecho, los artículos 174, 175, 185, 187, 251, 252, 253, 254, 258, 264 y 205 del Código Adjetivo Civil; 4 y 5 de la ley 75 de 1968, artículo 57 de la ley 153 de 1887, artículos 240, 243, 244, 401 y 408 del Código Civil.

Al sustentar el cargo consigna las motivaciones que seguidamente se sintetizan:

a.-) Inicia expresando que junto a la demanda de impugnación de la paternidad extramatrimonial del fallecido Jairo de Jesús Lemos, presentó copia de la escritura pública 321 de la Notaría Primera del Círculo de Tulúa que contiene el reconocimiento de éste por el demandado; la partida eclesiástica y el registro civil de nacimiento del reconocido sin ninguna nota marginal; y, agrega, que de tales documentos "bulle ésta verdad insoslayable: ninguno contiene alusión a que el referido reconocimiento hubiese sido notificado al reconocido o a sus herederos, en la forma como lo ordenan el Artículo 4° de la Ley 75 de 1968 y 240 del Código Civil. La preceptiva del artículo 243 contiene el requisito consistente en que el reconocido deberá declarar su aceptación o repudio mediante instrumento público dentro de los noventa días siguientes a la notificación".

b.-) Continúa, individualizando las pruebas practicadas en el curso de la formación del plenario consistente, en las declaraciones de Luis Eduardo Quezada la prueba trasladada de las declaraciones de Lida Teresa Escobar Lozano y Luis Ernesto Lemos y la sentencia favorable a la parte actora de primera instancia formados del "proceso ordinario de nulidad absoluta de la escritura pública No. 321 de 13 de abril de 1981 de la Notaría Única de Tulúa, cuya competencia le fue atribuida al Juzgado 5° de Familia" (sic).

c.-) Se adentra el impugnante a cuestionar la eficacia de las pruebas para demostrar el requisito imprescindible de la notificación del reconocimiento porque "las pruebas anotadas son inidóneas para suplir un requisito sustancial, inexorablemente afecto al reconocimiento. De los testimonios

expresados, nada distinto puede colegirse, pues el de la señora ESCOBAR LOZANO, así como el de LUIS ERNESTO LEMOS, incurrir en la grave imprecisión cronológica determinante de haber faltado a la verdad, pues ni siquiera aproximada es la fecha en que se corrió la escritura de reconocimiento, con la mencionada por los declarante, en el sentido de que en ese lapso, JAIRO DE JESÚS LEMOS fue a reclamarle el reconocimiento a JIMÉNEZ ESTRADA... Ninguna luz nos ofrecen los referidos testimonios, distinta a crear en ellos un amplio campo de desconfianza y de sospecha, pues hasta en mínimos detalles se contradicen los dos. Casi que idéntica suerte sufre el interrogatorio del demandado, quien tampoco logra llenar el vacío de la notificación, a pesar de que con notoria mala fe afirma haber llegado con JAIRO DE JESÚS a la Notaría, para asentar el reconocimiento."

d.-) Luego de recordar que el Tribunal tampoco tuvo en cuenta la copia de la sentencia que decretó la nulidad absoluta, en primera instancia, de la escritura pública No. 321 de 13 de abril de 1981 de la Notaría Primera de Tulúa, en la que se reconoció la calidad de hijo extramatrimonial del hermano ya fallecido de los demandantes, insiste en que la falta de notificación del multicitado reconocimiento lo hace inoponible a todo el mundo por violar el artículo 4° de la ley 75 de 1968 que dispone que aquél no crea derechos si no media tanto la notificación como la aceptación; el artículo 240 del Código Civil que establece "que cuando la legitimación no se produce ipso jure el instrumento público de legitimación deberá notificarse a la persona que se trate de legitimar".

e.-) Concluye diciendo que la violación directa de la ley sustancial se produjo cuando el Tribunal dejó de aplicar los citados preceptos "sin consideración al caudal probatorio y, como resumen agrega que el desacierto cometido está construido en el campo de la valoración jurídica de la escritura que reconoció a JAIRO DE JESÚS, la cual, conteniendo un reconocimiento y no realizándose su notificación legal, permitió que se abriese el cauce a la vulneración directa de la ley sustancial".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.- El recurso extraordinario de casación, aún bajo la preceptiva de las reformas realizadas a través de los decretos 2272 de 1989 y 2651 de 1991, está sometido a los requisitos de disciplina técnica cuando los cargos se apuntalan particularmente en la causal primera.

2.- Es reiterada y uniforme la jurisprudencia de esta Corporación cuando analiza los requisitos que debe satisfacer un ataque por violación directa de la ley sustancial para que sea viable, al exigir que el recurrente debe prescindir obligatoriamente de cuestionar la apreciación probatoria que le sirvió de fundamento al sentenciador o, en caso de tenerla en cuenta, no está facultado para discrepar de ella ni tratar de ensayar una presentación dialéctica de los hechos diferente a la efectuada por el sentenciador por lógica que ella sea.

La Sala sobre este aspecto consignó las siguientes consideraciones en sentencia de 21 de febrero de 1992, G. J. 2455, página 141:

"Ha insistido la Corte en que en los ataques por violación directa de la ley sustancial, el recurrente no puede apartarse en lo mínimo de las consideraciones que en el campo fáctico ha llegado el Tribunal, sino que, por el contrario, aceptando aquéllas, debe ocuparse en demostrar por qué se produjo la violación. Así lo explicó la Sala en sentencia de 20 de marzo de 1973, al precisar que 'la violación directa de la ley sustancial implica, pues, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de la pruebas; que, por consiguiente, no exista reparo que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba... corolario obligado de lo anterior es el de que, en la demostración de un cargo por violación directa, el recurrente no puede separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, la actividad, del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales sustanciales

que consideró no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; pero, en todo caso, con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas'. (G.J. T. CXLVI, pág. 50)."

3.- El cargo que se despacha padece de tal deficiencia técnica que obstaculiza a la Corte para proferir un pronunciamiento de fondo sobre él.

En efecto, el recurrente ataca el fallo de segundo grado por violar por la vía directa varias normas de derecho sustancial pero al desarrollarlo se aparta radicalmente de la apreciación que de las pruebas hizo el sentenciador y, es así, como califica de ineficaces los testimonios recaudados en el curso de la instrucción del plenario para acreditar el hecho de la notificación del reconocimiento al fallecido Jairo de Jesús Lemos y la aceptación de éste criticando ásperamente las versiones de Lida Teresa Escobar Lozano y Luis Ernesto Lemos por haber faltado a la verdad e incurrir en serias imprecisiones cronológicas. De modo análogo cuestiona las respuestas dadas por el demandado al absolver interrogatorio de parte que estima insuficientes para colmar la ausencia de la notificación y enfatizando que procedió con evidente mala fe, al decir, sin ser cierto, que había ido a la Notaría el día que extendió la escritura pública de reconocimiento en compañía de su supuesto hijo extramatrimonial Jairo de Jesús Lemos y pero sin poder explicar por qué no aprovechó tal oportunidad para hacerle la notificación que se echa de menos.

Es incontrovertible que el censor no está de acuerdo con las conclusiones que en el aspecto estrictamente probatorio dedujo el Tribunal y, consecuentemente con ello, procede presentar dialécticamente la manera como él considera que debió valorarse, entre otras pruebas, los testimonios de Lida Teresa Escobar Lozano y Luis Ernesto Lemos y el interrogatorio de parte de GUILLERMO JIMÉNEZ ESTRADA, conducta que conduce a la formulación defectuosa del cargo por la vía directa por no sujetarse a sus requerimientos técnicos mínimos que le vedan esta inaceptable presentación, la que si tiene escenario propicio y válido por la vía indirecta, que en últimas, fue a la que debió acudir teniendo en cuenta la forma en que desarrolló la censura examinada.

El cargo, pues, no prospera.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 21 de noviembre de 1994, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Familia, en este proceso ordinario iniciado MARIA IRLANDA GÓMEZ LEMOS y MARLENE RÍOS LEMOS frente a GUILLERMO JIMÉNEZ ESTRADA.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente. Liquídense.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUELVA.

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ
NICOLAS BECHARA SIMANCAS JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ
JORGE SANTOS BALLESTEROS

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil y Agraria
Magistrado Ponente: MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ

Fecha: Abril 20 de 2001
No. de Rad.: 6190-01
Ref: Expediente No. 6190

Decídase el recurso de casación interpuesto por la Defensoría Promiscua de Familia del Bajo Cauca contra la sentencia de 30 de mayo de 1996, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia en el proceso en el que es demandante Catalina Cataño Álvarez y demandado Luis Libardo Herrón Arenas.

I.- Antecedentes

En la demanda con que se abrió el juicio se pide la declaración de que el demandado es el padre extramatrimonial de la citada Catalina, menor de edad, y que se inscriba en el competente registro del estado civil. Allí se narra que el demandado venía sosteniendo relaciones sexuales con Dolly De Las Mercedes Cataño, desde el año 1985, fruto de las cuales nació la demandante el 8 de mayo de 1990. Sin que el demandado hubiese descorrido el traslado en oportunidad, se desarrolló el proceso hasta culminar con sentencia estimatoria que pronunció el juzgado promiscuo de familia de Caucasia (Ant.) el 15 de enero de 1996. Pero, en virtud de la apelación entonces formulada, fue revocada por el Tribunal Superior de Antioquia mediante el fallo ahora recurrido en casación, en el que, a cambio, se denegaron las pretensiones de la demanda.

II.- Sentencia del tribunal

Habiendo identificado que la causal que de filiación se invoca está dada por las relaciones sexuales habidas entre el demandado y la madre de la demandante, encontró que ella no tuvo demostración en el caso de autos. Así lo explicó:

Observó en primer lugar, relativamente a la diligencia previa en que el demandado fue citado para que dijese si consideraba tener la paternidad averiguada, que de ella no puede deducirse la existencia de relaciones sexuales con la madre de la demandante en la época de la concepción de ésta.

Y de cara a la prueba testimonial:

-Tampoco se deduce el trato carnal del dicho de Rubí del Carmen Cataño Álvarez, desde que dijo conocer a Dolly de las Mercedes Cataño hace dos años únicamente; ni del de Elesvia del Carmen Genes Alian, porque es de oídas y ningún dato importante narra sobre el particular.

- La versión rendida por la protagonista de los hechos que dieron lugar al nacimiento de la menor, constituyen precisamente el objeto de la prueba en el proceso, y no la prueba de los hechos que se narran en la demanda. Además, muy a pesar de ser ella la madre de la demandante, no fija fechas o circunstancias que permitan ubicar las relaciones sexuales con el demandado en el período preciso, ya delimitado, en que se presume la concepción de Catalina. Es contradictoria con la demanda.

El sentenciador fue entonces del parecer de que la actora no cumplió la carga probatoria de su incumbencia.

Y dio en agregar sobre el punto:

La sola conducta procesal del demandado, y el resultado del examen del espermograma, no indicativo de esterilidad en la época de la concepción de la menor demandante, no pueden tomarse como prueba

de las relaciones sexuales para decretar la paternidad invocada, como lo hizo el Juzgado de conocimiento.

Y la absolución del demandado se impone -dijo-así éste no haya ejercido ninguna actividad dentro del proceso, toda vez que, ésta era necesaria si la demandante demostraba los hechos en que fundó sus pretensiones.

III.- La demanda de casación

Con fundamento en la primera causal del artículo 368 del código de procedimiento civil, dos cargos han sido formulados, los que se despacharán al propio tiempo, por las razones que en su lugar serán referidas.

Primer cargo

Endilgándole al tribunal error de derecho en la apreciación probatoria, considera el recurrente que fueron infringidos los artículos 1o., 4o. (modificado por el ordinal 4 del art. 6 de la ley 75 de 1968) y 8o. de la ley 45 de 1936, así como el 5o. del Decreto 2737 de 1989.

Considera la censura que las pretensiones han debido prosperar si se le hubiera suministrado el valor probatorio que ostentan la declaración del demandado, los testimonios de las señoras Ruby del Carmen Cataño A. y Dolly de las Mercedes Cataño y los indicios surgidos de la conducta procesal del demandado.

Así, el demandado confesó en la diligencia extraprocesal las relaciones sexuales averiguadas; y aunque la cualificó en el sentido de que ellas no eran complacientes, esto quedó desvirtuado con el espermiograma que obra al cuaderno 3.

El relato de las premencionadas Ruby y Dolly es coincidente en afirmar la existencia de las relaciones sexuales y el trato dado por Luis Libardo Herrón Arenas a la señora Dolly de las Mercedes Cataño. Sobre este aspecto agrega la casacionista que aun cuando allí no hay una referencia temporal, de las circunstancias relacionadas puede deducirse que tales hechos se dieron para la época en la cual se presume la concepción de la menor Catalina Cataño Álvarez. Por lo demás, descartar la declaración de la madre de la menor, sin el análisis probatorio, constituye error grave en la valoración de la prueba.

Surgieron estos indicios: a) en la diligencia extraprocesal apuntada, el demandado fue evasivo en relación con hechos susceptibles de confesión como el que se refiere a las relaciones sexuales y b) el hecho de no contestar oportunamente la demanda, es otro indicio en contra del demandado.

Y es claro que, según los arts. 248, 249 y 250 del C. de P. C., el Juez apreciará los indicios en conjunto para derivar de ellos el valor probatorio pertinente; en el caso subjúdice la apreciación judicial fue errónea con la consecuencia ya anotada.

Segundo cargo

Denuncia la violación de las mismas normas

señaladas en el anterior, pero ahora por errores de hecho. Estímese así, que fue ignorada la prueba científica de carácter genético que milita a folios 5 a 7 del cuaderno de segunda instancia, la cual da cuenta de la probabilidad de paternidad en un porcentaje superior al 99%. De tenerse en cuenta esa prueba, la filiación reclamada se hubiera concedido.

El yerro cometido tiene su origen en la equivocada creencia de que sólo en los eventos previstos por el art. 6 de la ley 75 de 1968 se puede declarar la paternidad. Nada más lejos de la realidad. Aparte de las especiales circunstancias, y mediante prueba válidamente constituida, puede llegarse a la declaración de filiación paterna. La norma en comento tiene, como se expresa en ella misma, un beneficio de presunción y por lo tanto de carácter eminentemente probatorio; de tal manera que si en un caso concreto no se acreditan ninguna de las circunstancias del artículo 6o. no se puede presumir la paternidad pero si existe prueba de esta última habrá que declararla. En el caso subjúdice, independientemente de las pruebas que se resaltaron al sustentar el cargo primero y aceptando en vía

de discusión y no de acatamiento que no se probaron las circunstancias del artículo 6o., era imperioso el análisis valorativo del examen genético para darle su efecto frente a la pretensión.

Vale decir, es una consideración equivocada estimar que el hecho fundante lo es la relación sexual y no la concepción cuando es todo lo contrario: el hecho fundante de la petición de filiación, además del nacimiento, lo es la concepción.

Consideraciones

La Corte, acudiendo a la facultad que le proporciona el artículo 51 del decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el precepto 162 de la ley 446 de 1998, encuentra útil integrar los dos cargos, pues que así se impone la prosperidad del recurso de casación que se estudia.

Para tal efecto, nada mejor que comenzar por la acusación contenida en el segundo cargo, dado lo esplendente que es la pretermisión atribuida al ad quem. Es que ni mencionó la prueba genética recaudada en el expediente, con todo y que, fundadamente, arrojó como resultado una probabilidad de la paternidad averiguada que sobrepasa del 99%.

Evidentemente, a folios 5 a 7, justo del cuaderno del tribunal, se halla la prueba pasada por alto. Su contenido da cuenta de su origen (Instituto de Genética de la Universidad Nacional de Colombia), la clase de estudios practicados (tipificación molecular [DNA] de los genes alelos del sistema HLA de clase II [DRB, DQA1 Y DQB1] e inserciones ALU por métodos de PCR [Reacción en Cadena de la Polimerasa]), con la explicación, por un lado, de ajustarse a los procedimientos modernos aprobados por el undécimo Taller Internacional de Histocompatibilidad y la Organización Mundial de la Salud, y de otro las tareas evaluativas que se siguen para llegar a concluir qué porta (sic) el menor y qué le aporta la madre al menor. Luego se analiza si lo restante del fenotipo del menor está o no presente en el padre.

Y es con base en lo anterior que se presenta allí el cuadro alusivo al caso concreto, con el resultado de que la probabilidad de inclusión, sumados los diferentes marcadores genéticos utilizados (incluyendo los grupos sanguíneos y la tipificación HLA clase I), sobrepasa el 99%.

Es decir, se trata de una pericia cuya apreciación, así por la calidad, precisión y firmeza de sus fundamentos, como por la competencia del órgano que la elaboró, no se discute, ni se ha discutido en este caso. Por lo demás, su valor demostrativo se vigoriza cuando se le enlaza con los demás elementos de prueba, cual se verá a continuación.

Es patente, pues, el error de hecho endilgado en este cargo.

Y también resulta cierta, parte de la acusación denunciada en el primer cargo, puntualmente en lo que dice relación con el indicio que genera la conducta procesal de las partes (artículo 249 del código de procedimiento civil). El tribunal, aunque consciente del indicio que de allí puede emerger, le restó importancia frente al aquí demandado, sin pecar que, a más de ser varias las conductas a tener en cuenta para ese fin, figura una -la no contestación de la demanda- respecto de la cual se reservó la ley su ponderación probatoria; el legislador mismo evaluó el hecho indicador y no vaciló en otorgarle un importante significado demostrativo que, en efecto, mengua los intereses del demandado. Porque le ley no sólo derivó el indicio que se comenta; fue más lejos aún: lo calificó de grave, muy seguramente bajo el entendido de la bien probada trascendencia que para la formación del contradictorio tiene el hecho de replicar la demanda. El yerro consistió, así, en que el tribunal no paró mientes en la gravedad de tal indicio, y resultó subvalorando el criterio probatorio que el legislador se reservó para sí, lo que constituye un clásico error de derecho.

Sin contar todavía que el desdén del demandado no se detuvo allí, y más bien de él dio expresa noticia luego, cuando pretextó que las labores propias del cargo que como empleado desempeña en un juzgado le hicieron olvidar de la concurrencia al despacho de conocimiento, excusa tan ingenua como irresponsable.

Y sumando los dos yerros hallados, el de hecho y el de derecho, no llama a duda la trascendencia de los mismos. Ciertamente, muy otro hubiera sido el resultado del juicio si en ellos no se incurrió. A la verdad, nadie discute hoy que la ciencia ha logrado perfeccionar métodos que, superando toda expectativa, permiten establecer las relaciones de paternidad con precisión prácticamente definitiva, al punto que los resultados que ellos arrojan disipan toda duda razonable; fue en ese orden de ideas como se expresó recientemente por esta Corporación que "el dictamen pericial hoy no sólo permite excluir sino incluir con grado cercano a la certeza absoluta, a quien es demandado como padre presunto", de manera que el juez "debe, en primera medida, asumir que en la investigación de la paternidad, la ciencia actual (...) le presta tal apoyo a su veredicto, que se constituye en pilar de su sentencia", y que, en fin, "el juez, atento como debe estar a los cambios de su tiempo, debe darle apenas una discreta importancia a las probanzas indirectas", ya que "la paternidad biológica, esto es, la posibilidad de que un gameto femenino haya sido fecundado por uno de determinado hombre (...), es hoy posible demostrarla con alcances de certidumbre casi absoluta (...)". (Cas. Civil, 10 de marzo de 2000, exp. 6188)

Enorme es, pues, el peso de aquella prueba, cuyo poder de convicción se ve todavía reforzado en este caso al concurrir con los indicios a que también precedentemente se hizo mención. Y por si esto fuera poco, otra prueba científica fue recaudada, la de grupos sanguíneos, que registró como resultado la paternidad compatible.

A todas estas, obra aún una circunstancia de la que no debe prescindirse, que por sí sola parece insignificante, pero que puesta frente al material demostrativo antes analizado, acaba por enlazarlo; se trata de que es el mismo demandado quien acepta que conocía a Dolly, la madre de la menor (nacida en 1990), y a todos los de su casa, "desde el año ochenta"; y bien podría decirse que este cotidiano detalle colma en buena medida la muy humana necesidad de averiguar el "de dónde" ese tan contundente resultado de la prueba genética que se viene resaltando. - Es que la ocasión la hubo -.

Recopilando, pues, se tiene que el tribunal erró de hecho y de derecho en la apreciación de los medios de convicción al pasar por alto la prueba genética y no apreciar en su verdadera dimensión los indicios y situaciones de que en este proveído se ha hecho memoria, yerros que le llevaron a denegar las peticiones de la demanda, en decisión que contraría lo que, sin la menor duda, señalan dichas probanzas. Por lo que, en consecuencia, la sentencia impugnada debe casarse

Y, por supuesto, las razones atrás expresadas, que impusieron el quiebre de la sentencia del tribunal, son bastantes para que ya en sede de instancia y al desatar la apelación formulada por el demandado, se confirme, aunque con diferente fundamento, el fallo del a quo, en tanto que declaró la paternidad suplicada.

De dicho fallo merecen ser avaladas, así mismo, las resoluciones atinentes al cuidado, custodia y visitas a la menor.

Lo relacionado con la cuota alimentaria, en cambio, ha de ser modificado; pues al demandado se le ordena cubrir la cantidad allí determinada, pero desde la admisión de la demanda introductoria, sin parar mientes en que el punto de partida en lo que hace relación con lo condena que en tal sentido se puede deducir en procesos de este linaje, es la sentencia, ya que tal es el momento en que, por disposición del artículo 16 de la ley 75 de 1968, "se fijará (...) la cuantía en que el padre, la madre o ambos, habrán de contribuir a la crianza y educación del menor". Sólo a partir de la fecha de notificación del fallo de primer grado, entonces, tendrá efecto este aparte de la condena.

En cuanto a costas, la decisión de a- quo, no impugnada, fue la de que no había lugar a las mismas en primera instancia; a ello, pues, habrá de estarse. Corresponde sí, condenar al demandado en las costas de la segunda instancia.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 30 de mayo de 1996, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia- Sala de Familia- en este proceso ordinario promovido por Catalina Cataño Álvarez contra Luis Libardo Herrón Arenas.

Y, en sede de instancia, Resuelve:

Confirmar la sentencia que en este mismo proceso pronunció, el 15 de enero de 1996, el Juzgado Promiscuo de Familia de Cauca (Antioquia), con la sola modificación de que la cuota alimentaria fijada en el fallo de primer grado, sólo se deberá a partir de la notificación del mismo.

Costas de la segunda instancia a cargo del demandado.

Sin costas en el recurso extraordinario, ante su prosperidad.

Notifíquese y devuélvase oportunamente al tribunal de procedencia.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO -MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ -NICOLÁS BECHARA SIMANCAS- JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES -JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ - JORGE SANTOS BALLESTEROS - SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil y Agraria

Magistrado Ponente Dr.: PEDRO LAFONT PIANETTA

Fecha: Mayo 22 de 1998

No. de Rad.: 5053-98

*NULIDAD \omisión prueba antropoheredo-biológica

"...Ahora, cuando el artículo 7o. de la Ley 75 de 1968 dispone que en los procesos de investigación de paternidad o maternidad, "el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará" los exámenes y remisión de los resultados de la llamada prueba antropoheredo-biológica, no solo se establece para el juez el deber de decretarla, aun de oficio, por el interés público que representa la necesidad de establecer y garantizar el derecho de toda persona a saber quién es su padre o madre, sino que también se le otorga la atribución de que su decisión se cumpla con la mayor celeridad en pro de la verificación de "los hechos alegados por las partes", pero eso si evitando las "nulidades" (art. 37, nums.1 y 4 C.P.C.). Luego, el hecho de que esta prueba sea decretada de oficio, como todas aquellas que tienen este carácter, no le otorga atribución alguna al juez para obrar con discrecionalidad en su práctica, es decir, hacerla o no, sino que, por el contrario, habiendo sido estimada como necesaria, le incumbe un mayor deber en su ejecución, tanto mas cuanto ello contribuye a la satisfacción del interés sustancial que encierra la pretensión de investigación de paternidad..."

"..."

I.- ANTECEDENTES

1.- Mediante demanda que obra a folios 2 a 6 del cuaderno No.1, José Santos Palacios, convocó a un proceso ordinario a Enriqueta Castro de Rincón, cónyuge supérstite de Luis Antonio Rincón Montaña, a Blanca Nubia, Jesús Armando, Jairo Alfonso, Gloria Aurora, Elizabeth, Iván Javier, Luis Henry y

Richard Omar Rincón Castro, herederos del de cujus, así como a sus herederos indeterminados, para que, surtida su tramitación se declarase que el demandante es hijo extramatrimonial de Luis Antonio Rincón Montaña, y, en consecuencia, como tal tiene vocación hereditaria en la sucesión del causante, en concurrencia con los demandados.

2.- Adujo como presupuestos fácticos de las pretensiones mencionadas el demandante, en resumen, los siguientes:

2.1.- Luis Antonio Rincón Montaña e Isidora Palacio, quien se dedicaba a las labores domésticas en finca de propiedad del actor, ubicada en la vereda El Cardonal, del municipio de San Cayetano. departamento de Cundinamarca, sostuvieron relaciones sexuales por la época de la concepción del demandante, producto de las cuales nació éste el 3 de marzo de 1939, en el municipio mencionado.

2.2.- Por esa misma época, la progenitora del actor vivía en la finca aludida en una casa de bahareque, al propio tiempo que el demandante vivía solo, pero en la misma finca en la casa principal y, en virtud de ello sostuvieron, en forma estable relaciones sexuales.

2.3.- Luego de su nacimiento José Santos Palacio vivió en San Cayetano con sus progenitores y, "delante de sus parientes, amigos y vecinos" siempre trataba a Luis Antonio Rincón Montaña dirigiéndose a él como "papá", y, a su vez, de éste recibía el tratamiento de hijo.

2.4.- Luis Antonio Rincón Montaña contrajo matrimonio con Enriqueta Castro el 29 de abril de 1948, es decir, cuando el demandante tenía 9 años de edad y, luego de casado "despidió a Isidora Palacio", quien por ello se trasladó a vivir entonces a la vereda Peña Blanca, del mismo municipio de San Cayetano, junto con su hijo.

2.5.- Ya en la edad adulta José Santos Palacio trabajó junto a Luis Antonio Rincón en las faenas agrícolas y continuó tratándolo como su padre, delante de la cónyuge del causante y de los hijos de este matrimonio, así como de sus amigos.

2.6.- Luis Antonio Rincón Montaña falleció el 22 de diciembre de 1990, en el municipio de Cogua (Cundinamarca), sin haber reconocido por los medios legales al demandante como hijo suyo.

3.- Admitida que fue la demanda por auto proferido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá (fl.19, C-1), la cónyuge supérstite y los hijos de Luis Antonio Rincón Montaña le dieron contestación en memorial que obra a folios 30 a 38 del cuaderno No.1, con expresa oposición a la prosperidad de las pretensiones y aceptación solamente del nacimiento de José Santos Palacio y la fecha en que ocurrió el matrimonio de Luis Antonio Rincón Montaña con Enriqueta Castro y la defunción del causante. Respecto de los demás hechos en que se apoyan las pretensiones, expresaron atenerse a lo que se pruebe y se propuso la excepción de mérito que se denominó "falta de legitimación en la causa o personería sustantiva en la persona de Enriqueta Castro de Rincón para ser demandada en calidad de heredera del causante Luis Antonio Rincón Montaña (fls. 33 y 34, C-1).

El curador ad litem de los herederos indeterminados, en escrito visible a folio 59 del cuaderno citado expresó estar a lo que resulte probado en el curso del proceso.

4.- Agotada la tramitación previa para el efecto, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá le puso fin a la instancia en sentencia de 10 de agosto de 1993 (folios 147 a 155, C-1), en la que se declaró que José Santos Palacio es hijo extramatrimonial de Luis Antonio Rincón Montaña y tiene vocación para heredarlo, conforme a la ley.

5.- Apelado el fallo de primer grado por la parte demandada (fl. 158, C-1), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala de Familia-, decidió la apelación en sentencia proferida el 29

de abril de 1994 (fls. 32 a 53, C-2), en la cual revocó la del a-quo y, en su lugar, denegó las pretensiones de la parte actora.

6.- Inconforme José Santos Palacio con la sentencia del Tribunal, interpuso entonces el recurso extraordinario de casación (fl. 55, C-2), de cuya decisión se ocupa ahora la Corte.

II.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Inicia el Tribunal el fallo de segundo grado, con una síntesis de la actuación surtida durante la primera instancia luego de lo cual examina los presupuestos procesales, declara que éstos se encuentran reunidos y, por cuanto no encuentra causal de nulidad, avoca el estudio de la sentencia apelada para dictar fallo de mérito.

2.- Tras recordar el derecho de las personas a conocer quiénes son sus progenitores y los principios atinentes a la filiación matrimonial o extramatrimonial (fls. 37 y 38, C-2), expresa que, en el caso sub-lite, conforme a la demanda inicial, se invocan como causales para impetrar la declaración judicial de que José Santos Palacio es hijo extramatrimonial de José Antonio Rincón Montaña, las establecidas en los numerales 4o. y 6o. del artículo 6o. de la Ley 75 de 1968, es decir, la existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre por la época de la concepción del demandante y la posesión notoria del estado de hijo de éste en relación con el causante.

3.- A continuación, analiza los testimonios recaudados en el proceso en relación con la presunta existencia de relaciones sexuales entre la madre del demandante y Luis Antonio Rincón Montaña (fls. 39 a 46, C-2) y concluye que ellas no se encuentran debidamente demostradas, ni pueden ser inferidas del trato personal y social entre ellos por la época de la concepción del actor, "razón suficiente para que dicha causal deba ser desestimada" (fl. 46, C-2).

4.- Con respecto a la posesión notoria del estado de hijo de José Santos Palacio respecto al causante, analiza el Tribunal los testimonios que obran en el proceso, tras lo cual concluye que "con el acervo probatorio mencionado no puede considerarse estructurada" pues no se demostró que el demandado proveyera lo necesario para la crianza, educación y establecimiento del actor, ni los demás elementos que la configuran (folios 46 a 52, C-2).

5.- Por último, manifiesta el Tribunal que la prueba antropoheredobiológica a que se refiere el artículo 7o. de la Ley 75 de 1968, decretada de oficio por el Tribunal para que se practicara respecto del demandante y de los hijos habidos en el matrimonio de Luis Antonio Rincón Montaña con Enriqueta Castro de Rincón, no pudo llevarse a efecto por cuanto "la parte actora no concurrió al laboratorio de genética, como sí lo hicieron los demandados" (fls. 52 y 53, C-2).

III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

Aun cuando el recurrente lo denomina "primer cargo", uno solo formula contra la sentencia impugnada, invocando para el efecto la quinta de las causales de casación consagradas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil (fls. 13 a 17, cdno. Corte).

Censura el impugnador la sentencia del Tribunal, por haber sido dictada "omitiendo la oportunidad para practicar una prueba, que es causal de nulidad, conforme al artículo 140, numeral 6o. del C. P. C." (fl. 14, cdno. Corte).

En procura de sustentar la acusación, se afirma que el Tribunal decretó de oficio la prueba pericial antropoheredobiológica entre el demandante y los hijos del matrimonio celebrado por el causante con Enriqueta Castro de Rincón aquí demandados, mediante auto de 15 de diciembre de 1993 (fl. 18, C-2).

Agrega que la Secretaría de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante oficio 014 del 17 de enero de 1994 (fl. 20, C-2), comunicó el decreto de oficio de la prueba mencionada al señor director del laboratorio de genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que, fijados por éste el día y la hora para la práctica de los exámenes aludidos, se le hiciera saber así a la Secretaría del Tribunal para comunicarlo a los interesados y, "además, le señala otras direcciones a donde puede hacerlo" (fl. 15, cdno. Corte). Añade que, en virtud de la tardanza en allegar el resultado de esa prueba, por auto de 8 de marzo de 1994 (fl. 21, C-2), se ordenó requerir al director del laboratorio de genética del Instituto mencionado; y expresa que en memorial de 9 de marzo (fl. 31, C-2) el apoderado de los demandados aportó unas certificaciones expedidas por esa entidad, según las cuales el demandante José Santos Palacio no concurrió para la práctica de los exámenes aludidos, en tanto que los demandados citados para el efecto sí lo hicieron. La Secretaría de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca, en informe de 10 de marzo de 1994 (fl. 31v, C-2), expresó que "se deja constancia que por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -laboratorio de genética-, no se comunicó a esta Secretaría la fecha que fue señalada para el examen decretado, con la finalidad de comunicar a las partes, como ha sido costumbre. Tampoco existe comunicación por parte del laboratorio a los interesados notificándoles la fecha en que debían de (sic) concurrir" (fl. 15, cdno. Corte).

Asevera el censor que por las razones anotadas, se privó al demandante de la "oportunidad de que se le practicara el examen personal ordenado", razón ésta constitutiva de la nulidad a que se refiere el artículo 140, numeral 6o. del Código de Procedimiento Civil, por lo que con apoyo en lo dispuesto por el artículo 368, numeral 5o. del mismo Código acusa en casación la sentencia para que se decrete "la nulidad a partir del auto de fecha marzo 8" y se ordene remitir el expediente al Tribunal, "para que se proceda a renovar la actuación anulada", pedimentos con los cuales concreta el "alcance de la impugnación" (fl. 13, cdno. Corte).

CONSIDERACIONES

1.-El Código de Procedimiento Civil en el Capítulo II, del Título XI, regula lo atinente a las nulidades procesales, bajo los principios de la taxatividad o especificidad de las mismas, el interés y la oportunidad para proponerlas y la convalidación o saneamiento de ellas, y, como regla general, la decisión sobre su ocurrencia se circunscribe a las instancias.

No obstante lo anterior, en atención a los superiores intereses de la justicia y como garantía adicional al derecho de defensa, de manera excepcional se autorizó por el legislador la alegación de las nulidades como causal de casación y revisión, en los casos y con los requisitos establecidos por la ley (Arts. 368, numeral 5o. y 380, numeral 8o., C.P.C., en su orden).

1.1.- En relación con la 5a. de las causales de casación, ella consiste, en haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, -hoy 140 conforme a lo dispuesto por el artículo 1o. del Decreto-Ley 2282 de 1989-, siempre que no se hubiere saneado. De manera que si la irregularidad invocada como constitutiva de nulidad no existe, o si el hecho no se encuentra específicamente consagrado como tal, o si estándolo se produjo el saneamiento de la nulidad en cuestión, ya en forma expresa, ora tácitamente, la consecuencia ineludible de ello será el fracaso del cargo que hubiere sido formulado con la invocación de la causal de casación aludida.

En virtud del principio de la bilateralidad del proceso y para hacer efectivo el derecho de defensa, el numeral 6o. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, tiene instituida como causal de nulidad la omisión del término para pedir o practicar pruebas, o para alegar de conclusión, como quiera que tales actos son indispensables para que se cumpla en forma eficaz la administración de justicia a los asociados.

1.2.- Por ello, tiene dicho la jurisprudencia de esta Corporación que, "para que pueda fundarse un recurso de casación en un error de actividad procesal consistente en haberse omitido la oportunidad para evacuar diligencias de prueba en debida forma solicitadas, es imperativo que tal omisión produzca indefensión en el sentido estricto que esta palabra tiene en el lenguaje jurídico" (Sent. 246, 10 de julio de 1990, archivo Corte). Ello significa, entonces, que si no se produce una lesión al derecho de defensa, con eficacia tal que pueda privar a una de las partes de la garantía constitucional establecida por el artículo 29 de la Carta Política, la nulidad en cuestión no podrá ser declarada, máxime si se tiene en cuenta que el régimen vigente en materia de nulidades no sanciona con ellas cualquier irregularidad que se produzca en la tramitación del proceso sino únicamente aquellas que, por su trascendencia, así lo ameritan.

1.3.- Ahora, cuando el artículo 7o. de la Ley 75 de 1968 dispone que en los procesos de investigación de paternidad o maternidad, "el juez a solicitud de parte o, cuando fuere el caso, por su propia iniciativa, decretará" los exámenes y remisión de los resultados de la llamada prueba antropoheredo-biológica, no solo se establece para el juez el deber de decretarla, aun de oficio, por el interés público que representa la necesidad de establecer y garantizar el derecho de toda persona a saber quién es su padre o madre, sino que también se le otorga la atribución de que su decisión se cumpla con la mayor celeridad en pro de la verificación de "los hechos alegados por las partes", pero eso si evitando las "nulidades" (art. 37, nums.1 y 4 C.P.C.). Luego, el hecho de que esta prueba sea decretada de oficio, como todas aquellas que tienen este carácter, no le otorga atribución alguna al juez para obrar con discrecionalidad en su práctica, es decir, hacerla o no, sino que, por el contrario, habiendo sido estimada como necesaria, le incumbe un mayor deber en su ejecución, tanto mas cuanto ello contribuye a la satisfacción del interés sustancial que encierra la pretensión de investigación de paternidad. De allí que corresponda al juez que decreta esta prueba, y con mayor razón a quien por encontrarla necesaria la dispone de oficio, adoptar las medidas procesales que estime indispensable, para que, de un lado, todos los intervinientes puedan conocer de su existencia y tener la oportunidad para su práctica, y, para que, del otro, exista oportunidad y modo de cumplimiento acelerado de ella. Por tal razón, se hace imperativo que en el decreto de la mencionada prueba, sea como informe o dictamen pericial, se indique al Instituto de Bienestar Familiar, entidad o personas que han de practicarla, que no solamente tienen el deber de determinar el día, la hora, el lugar y las demás circunstancias que estimen necesarias para la práctica de la prueba, sino que también se hace indispensable que esta actuación preparatoria, sea dada a conocer a las partes y a los interesados por conducto del juez competente, mediante la comunicación o notificación del caso. Pues con ella, el juez por lo general, asegura anticipadamente, en primer lugar, el otorgamiento de la oportunidad para la práctica de los exámenes correspondientes; en segundo término, la posibilidad de establecimiento del cumplimiento o no del deber de colaboración que le asiste a las partes y a terceros en esta prueba; y, en tercer y último término, también le facilita al juez la verificación para los efectos legales de la comisión o incurrancia o no de la renuencia que con relación a ella pueda presentarse (arts. 243 y 242 C.P.C. y 7o.; Ley 75 de 1968). De allí que, si aun con las previsiones mencionadas, se omite el período necesario para la práctica de esa prueba decretada de oficio, como acontece en aquel evento en que no puede cumplirse su realización, porque nunca se fijó fecha, hora, lugar y demás circunstancias para su práctica, o porque, habiéndolo hecho el juez o el encargado de practicarla, tampoco se la dio a conocer a las partes e intervinientes en ella; se incurre entonces en el vicio de nulidad del proceso contemplado en el numeral 6o. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que puede alegarse inmediatamente después de ocurrida en la actuación siguiente (art.143, inc. 5o. C.P.C.); pero en el evento en que tampoco haya existido esta oportunidad, por haberse proferido ya sentencia de segunda instancia, dicha irregularidad puede alegarse en casación.

2.- Aplicadas las nociones anteriores al caso sub-lite, encuentra la Corte que el cargo que aquí se analiza está llamado a tener éxito, porque si bien la peritación antropoheredo-biológica decretada de oficio por el juzgador de segundo grado (fl.18, C-2), por su propia índole no cercenó el derecho de ninguna de las partes para pedir dicha prueba, no es menos cierto que si vulneró la oportunidad para su práctica que le era obligatoria.

2.1.- En efecto, mediante auto del 15 de diciembre de 1993 el Tribunal, al decretar de oficio la prueba antropoheredobiológica, también dispuso oficiar "al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que se sirva señalar la fecha en la cual los interesados deben comparecer para la práctica de los exámenes correspondientes. Fijados el día y la hora, comuníquesele por secretaría esa determinación a las partes intervinientes por el medio mas expedito" (fl.18, C-2). Esta providencia, a pesar de haber sido comunicada el 17 de enero de 1994 (fl.20, C-2), no aparece prueba de haber sido cumplida por el Instituto destinatario, pues, después de una orden de requerimiento judicial del 8 de marzo de 1994 (fl.21), el mismo día, el 8 de marzo de 1994, certificó que no asistió a la práctica de la prueba de 9 a 10 a.m. (fl.22), sin que aparezca haberse dado cumplimiento a aquel proveído.

2.2.- Siendo así las cosas, es claro para la Corte que no habiéndose fijado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la fecha, la hora, el lugar y demás circunstancias para facilitar la práctica de la prueba, ni habiéndose comunicado ello a las partes e interesados por conducto del Tribunal, mal puede haberse dado la oportunidad necesaria para que legal y fácticamente pudiera procederse a su práctica; y como quiera que el proferimiento inmediato de la sentencia de segunda instancia impidió su alegación en esta instancia, se abre paso entonces su prosperidad en casación.

2.3.- En consecuencia, el cargo prospera y debe accederse a la nulidad deprecada para que sea renovada, previa complementación de la actuación correspondiente a la práctica de la prueba de oficio decretada, tal como quedó expuesto en los puntos precedentes.

IV - DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, y, en consecuencia, dispone:

1.- Anular la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala de Familia-, el 29 de abril de 1994, en el proceso promovido por JOSÉ SANTOS PALACIO contra ENRIQUETA CASTRO DE RINCÓN, cónyuge supérstite de LUIS ANTONIO RINCÓN MONTAÑO, BLANCA NUBIA, JESÚS ARMANDO, JAIRO ALFONSO, GLORIA AURORA, ELIZABETH, IVÁN JAVIER, LUIS HENRY y RICHARD OMAR RINCÓN CASTRO, herederos del causante, así como contra sus herederos indeterminados.

2.- Ordenar remitir el expediente a dicho Tribunal para que renueve la actuación anulada, una vez complete la actuación necesaria para el trámite y práctica de la prueba antropoheredobiológica, decretada por auto de 15 de diciembre de 1993, que obra a folio 18 del cuaderno No.2.

3.- Sin costas, por haber prosperado el recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil y Agraria
Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ
Fecha: Junio 6 de 2001
No. de Rad.: 5645-01

Bogotá, D. C., seis (6) de junio de dos mil uno (2001)

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Dual de Familia, en el proceso instaurado por NUBIA ALCIRA ESPITIA contra ANA BEATRIZ

RUSSI DE GARCÍA, MARITZA, LUIS GILBERTO, MIGUEL ARTURO, LUIS FERNANDO, GLORIA IBETH y CARLOS YESID GARCÍA RUSSI, así como los herederos indeterminados de JOSÉ VIDAL GARCÍA.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 17 de noviembre de 1989 ante el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá, la mencionada demandante pretendió que se le declare hija extramatrimonial del finado José Vidal García. Además, impetró que se declarara que el trabajo de partición y adjudicación de bienes realizado en la sucesión de éste le es inoponible por haberse efectuado en su ausencia. Consecuentemente solicitó que se dispusiera rehacer dicho trabajo, así como la restitución de los bienes adjudicados a los demandados y las respectivas inscripciones de la sentencia.

2. En sustento de tales pretensiones se adujeron los siguientes hechos:

2.1. José Vidal García falleció en el municipio de Moniquirá el 28 de septiembre de 1988.

2.2. Dicha persona contrajo matrimonio con Ana Beatriz Russi de García y de tal unión nacieron Maritza, Luis Gilberto, Miguel Arturo, Luis Fernando, Gloria Ibeth y Carlos Yesid García Russi.

2.3. En su juventud José Vidal García sostuvo un romance con María Hilda Espitia Díaz, a raíz del cual tuvieron relaciones sexuales iniciadas hacia el año de 1963 y continuadas en el año de 1965. Como fruto de tales relaciones nació la demandante, el 1º de enero de 1965.

2.4. Durante el embarazo y el parto, José Vidal García auxilió moral y económicamente a María Hilda, y a Nubia Alcira la trató como a su hija hasta la fecha de su deceso, prodigándole el trato de un padre, sin que hubiera alcanzado a reconocerla como tal.

2.5. En el presente caso concurren las presunciones de paternidad extramatrimonial referidas a las relaciones sexuales en la época de la concepción conforme al artículo 92 del Código Civil, el trato personal y social dado por el padre a la madre durante el embarazo y el parto, y la posesión notoria del estado de hija extramatrimonial.

3. Admitida la demanda y notificada a los demandados, oportunamente se contestó por Ana Beatriz Russi de García, Miguel Arturo, Maritza y Luis Fernando García Russi, con expresa oposición a que se hicieran las declaraciones pretendidas, por carecer la demandante del derecho alegado. El curador designado a los herederos indeterminados de José Vidal García, por su parte, reclamó la prueba de los supuestos fácticos indispensables para resolver favorablemente las pretensiones.

4. La primera instancia concluyó con sentencia del 12 de mayo de 1992, desestimatoria de las súplicas de la actora.

5. Apelada dicha decisión, el Tribunal definió la segunda instancia mediante sentencia del 22 de mayo de 1995, confirmatoria de la pronunciada por el a-quo, contra la cual interpuso la demandante recurso de casación.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Referidos los antecedentes del litigio y verificada la legitimación en la causa de los sujetos procesales, precisa el Tribunal que la desestimación de las pretensiones de la demanda se finca en el resultado ofrecido por el examen antro-po-heredo-biológico, pese a lo declarado por las otras pruebas respecto de

las causales previstas por el artículo 6° de la Ley 75 de 1968, por lo cual aborda el examen de dicha experticia.

Con tal propósito dice que al tenor del artículo 7° de la Ley 75 de 1968, dicha prueba se debe practicar en todos los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, bien por solicitud de parte o por disposición oficiosa del juzgador. Que en Colombia la misma se ha venido realizando por el Laboratorio de Genética del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, constituyendo así un dictamen rendido por funcionario público, sustentado objetivamente en experimentos y exámenes que lo han convertido en instrumento para indicar con altísimas probabilidades la paternidad. Es por tales razones que dichos peritazgos constituyen indicios graves que denotan la paternidad extramatrimonial de una persona, medio de prueba que unido a otros que lo complementen aporten evidencia de tal situación.

A renglón seguido expresa que dicha prueba se elabora sobre muestras de sangre tomadas al hijo, a la madre y al demandado, permitiendo establecer, teniendo como base los grupos, subgrupos y factores sanguíneos de los padres, si ellos pudieron generar los que se revelan en la sangre del supuesto hijo, arrojando un resultado de compatibilidad o incompatibilidad, caracterizado el primero por su relatividad, pues puede ofrecerse en similares términos respecto de diferentes hombres examinados, en relación con la misma madre e hijo, y el último, por un carácter absoluto, porque como secuela de él se puede descartar la filiación.

Con apoyo en lo anterior expresa que si bien dicha prueba no es demostrativa de la paternidad, cuando arroja un resultado de incompatibilidad es demostrativa de la inexistencia del vínculo generacional entre el demandado y el supuesto hijo.

Sentado el anterior marco conceptual acomete el análisis del asunto sometido a su consideración, advirtiendo que tanto a los demandados, como a la demandante y a su progenitora, se les practicó examen genético, el cual señaló una impresión sobre paternidad incompatible para con NUBIA ALCIRA ESPITIA. (Fol. 106 C. 1). Seguidamente agrega, que con ocasión de la objeción formulada con respecto a la citada prueba, por su contrariedad con la prueba testimonial, se practicó un nuevo dictamen, realizado por el Laboratorio de Genética de la Universidad Nacional.

Este otro dictamen expresó que EL INDIVIDUO GARCÍA (DEMANDADO) NO SE EXCLUYE COMO POSIBLE PADRE, YA QUE EL PORTARÍA LOS POSIBLES ALELOS ALU QUE COMPLEMENTAN EL GENOTIPO PRESENTE EN NUBIA ALCIA (SIC). De él anotó el ad quem, conforme con la respuesta dada a propósito de su aclaración y complementación, que había consistido en la prueba D.N.A, para la cual se habían empleado dos sistemas genéticos diferentes: el de Antígenos Eritrocitarios, cuyo resultado fue de INCOMPATIBILIDAD y el D.N.A., que si bien no excluye la paternidad tampoco la incluye, sin que los resultados se afecten entre sí, pues corresponden a sistemas genéticos independientes.

Apoyado en lo anterior concluye que como el primer dictamen pericial arrojó un resultado de impresión incompatible, absoluta, por cuanto descarta la paternidad, entonces se erige en un medio exceptivo a favor de la parte demandada, frustrante de la pretensión de filiación.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un único cargo se formula contra la sentencia acabada de compendiar, dentro de la órbita de la causal primera de casación, consagrada por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

CARGO ÚNICO

En él se acusa la sentencia de quebrantar de manera indirecta, por falta de aplicación, los artículos 1° y 4° de la Ley 45 de 1936; 92 y 1321 del Código Civil; 1°, 2°, y 4° de la Ley 29 de 1982; 3° del Decreto 1260 de 1970 y 13 de la Ley 153 de 1887, como consecuencia del error de derecho cometido por el Tribunal en la apreciación del dictamen practicado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y del error de hecho en que incurrió al preterir los testimonios y documentos incorporados por la parte actora para dar sustento a su reclamación.

En el desarrollo del cargo comienza el impugnador por hacer un recuento minucioso de los actos procesales realizados con motivo del examen antro-po-heredo-biológico ordenado por solicitud de la demandante, así como de la prueba decretada oficiosamente por el ad quem. Luego señala que como en materia probatoria imperan los principios de lealtad, probidad, veracidad, publicidad y contradicción, al ser aplicados al medio probatorio en mención comportan que deba actualizarse durante todo su tránsito, desde su producción hasta su contradicción, a través de la objeción que garantiza el Ordenamiento Procesal Civil.

Con fundamento en lo anterior manifiesta que el Tribunal incurrió en error de derecho al ponderar el dictamen rendido por el doctor Emilio Yunis Turbay que obra de folios 103 a 106 del cuaderno 2, pues a la objeción grave aducida en su contra no se le imprimió el trámite previsto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil para su contradicción.

Después de la precedente argumentación expresa que con el propósito de acreditar el error grave atribuido a dicha prueba, solicitó realizar ...todos los exámenes del caso con respecto a los demandados y la actora, en el entendido de que la pericia sobre características heredobiológicas y heredo antropológicas autorizada por el artículo 7° de la Ley 75 de 1968 comprende no sólo los factores sanguíneos, sino también los patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales. Sin embargo, agrega, que por las razones que descubre el expediente no se practicó, acudiendo en su lugar el Tribunal nuevamente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al mismo perito y a practicar un nuevo examen hematológico que resultó inocuo frente al resultado de INCOMPATIBILIDAD del dictamen objetado En esta forma, advierte, la pericia rendida por la entidad oficial no fue sometida a la contradicción que asegura el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, pues por la naturaleza científica de los dos exámenes de los grupos y factores sanguíneos practicados en el proceso, ellos corresponden a sistemas diversos, siendo el de INCOMPATIBILIDAD perteneciente al sistema de ANTIGENOS ERITROCITARIOS, y el segundo, perteneciente al sistema del D.N.A., por esta vía y prima facie, dejó de controvertirse el primero, pues, resulta evidente que sólo podía ser vulnerado a través de otro examen de ANTIGENOS ERITROCITARIOS o a través de las pruebas para determinar las características heredo-biológicas y heredo-antropológicas en la dimensión arriba señalada.

Apoyado en lo anterior colige que el Tribunal incurrió en el yerro de derecho que se le imputa, pues no se practicaron los exámenes pedidos, necesarios para demostrar el reparo aducido contra el dictamen rendido. De manera que omitió pronunciarse sobre dicha objeción y no permitió a las partes presenciar los exámenes y experimentos realizados por los peritos, dada la forma como efectúa dicha experticia el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De otro lado, acusa la incursión en yerro de facto por parte del sentenciador, por no haber apreciado los testimonios de Blanca Lilia Sáenz, María Bellardina Malagón de Beltrán, Miguel Mejía Sanabria, Esteban Camacho Guzmán, Luis Alfredo Nova Peralta y Martha del Carmen Sáenz Vanegas.

La misma especie de yerro se le imputa por razón de no apreciar la escritura pública No. 18 del 12 de enero de 1989, contentiva de la liquidación del sucesorio de José Vidal García y allegada para demostrar la ocupación por los demandados de la cuota herencial de la demandante. Igual omisión predica con relación a los registros civiles de nacimiento de Luis Gilberto, Miguel Arturo, Luis Fernando, Gloria Ibeth, Carlos Yesid y Maritza García Russi, así como el de la demandante y los registros de matrimonio de los García - Russi y de defunción de José Vidal García, adosados para acreditar la legitimación de unos y otros para intervenir en el proceso.

En torno al error de hecho denunciado, manifiesta que el Tribunal ni por asomo verificó la existencia material en el proceso de las pruebas relacionadas en el cargo, que de haber apreciado lo habrían llevado a adoptar una resolución adversa a la parte demandada.

Fincado en lo anterior, solicita casar la sentencia impugnada, para que en sede de instancia la Corte profiera la sentencia que en derecho corresponda, dentro de los postulados señalados por la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Como quedó reseñado en el compendio del cargo, la censura atribuye al Tribunal la incursión en error de derecho en la ponderación del examen de genética realizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuyos resultados obran de folios 103 a 106 C. 2., por cuanto no fue objeto de contradicción. En concreto denuncia las siguientes deficiencias:

a) No haber sometido la objeción por error grave con que lo impugnó la parte actora, recurrente en casación, al rito previsto por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, desconociendo así la regla de disciplina probatoria consagrada en dicho precepto.

b) No haberse practicado los exámenes pedidos para demostrar el error atribuido a la prueba en mención, lo que a juicio de la censura condujo a que finalmente se le confrontara con prueba de diferente naturaleza, lo cual resultó inane para los fines pretendidos.

c) La falta de resolución por parte del ad quem de la objeción planteada contra la experticia inicialmente rendida.

d) La imposibilidad en que se colocó a las partes de presenciar los experimentos y exámenes realizados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dada la forma como se practicó la prueba. Esta circunstancia, dice el casacionista, llevó a desconocer la prerrogativa conferida por el artículo 237 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil.

2. La concepción del proceso como contienda es el fundamento de la contradicción o de la audiencia bilateral. Es el problema de la tesis y la antítesis, de la pretensión y la excepción, de la prueba y la contraprueba, de la objeción, de la impugnación, es decir, del ataque y la defensa.

Este principio que irradia todo el devenir del proceso, incluyendo por supuesto la actividad probatoria, se entronca directamente con el derecho de defensa y pertenece al continente mayor del debido proceso, como bien lo hubo de explicar la Corte Suprema de Justicia al analizarlo en torno a la idea del artículo 26 de la C. N. de 1886.

La correcta disciplina legal en el ámbito de la petición, práctica y evaluación de la prueba, garantiza el derecho de defensa de las partes en el proceso, y por ende la eficacia del principio de contradicción que se comenta, por cuanto así se permite no sólo conocer la prueba desde el propio albor de la petición, sino su debate, su contradicción, su objeción, ya que la contraparte desde ese mismo momento puede oponerse a su práctica, controvertir su conducencia, discutir su alcance, o en fin, controlarla u orientarla de acuerdo con sus propios objetivos o intereses. Desde luego que como la contradicción supone publicidad e igualdad de oportunidades, su eficacia está en el campo del diligenciamiento de la prueba, pues es allí donde a la parte contraria le asiste y reclama el derecho de intervenir en su práctica. De ahí que la estructura normativa procesal esté concebida en torno a esta garantía, estableciendo además de la oportunidad bilateral para pedir pruebas, similares eventualidades para intervenir en su práctica, como lo son las de conainterrogar los testigos, tachar los documentos, solicitar la aclaración, complementación u objeción del dictamen, etc.

3. Como lo descubre el examen del expediente, el resultado de la prueba antropoheredobiológica solicitada por la parte demandante, recurrente en casación, cuya práctica se encomendó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fol. 84 C. 1), fue puesto en conocimiento de las partes en providencia del 9 de noviembre de 1990 (fol. 107 C. 2). Dentro del término otorgado en ella, la actora solicitó su aclaración y complementación, a lo cual accedió el a quo en proveído calendado el 3 de diciembre siguiente. Efectuada la aclaración y complementación solicitadas, en los términos contenidos en el escrito que milita a fol. 113 de idéntico cuaderno, la misma parte la objetó por error grave, apoyada en las razones que condensó en el documento que obra a fol. 115, para cuya demostración solicitó decretar y practicar dictamen por expertos del Laboratorio de Genética de la Universidad Nacional, o en su defecto de Medicina Legal, tendiente a establecer la paternidad del finado JOSÉ VIDAL GARCÍA en relación con la actora, realizando todos los exámenes que resultaren pertinentes con el concurso de los demandados. A esta petición se accedió por el juez de primer grado por auto del 4 de marzo de 1991, en el cual resolvió: 1°. Decretar el dictamen, que deberá ser practicado en el Departamento de Genética de la Universidad Nacional... 2°. Oficiar a la Universidad Nacional, con el fin de que se practiquen los exámenes tendientes a establecer si el finado JOSÉ VIDAL GARCÍA, es o no, el padre de NUBIA ALCIRA ESPITIA.

Para la práctica de la prueba decretada, el 17 de mayo de 1991 se libró oficio al funcionario encargado de su realización, quien el 18 de octubre del mismo año expresó no poder cumplir con el encargo por falta de recursos financieros. Así, entonces, se dictó la sentencia de primera instancia, tomando como elemento de apoyo probatorio el único dictamen practicado.

Como emerge del recuento anterior, la prueba pericial elaborada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar fue sometida al procedimiento consagrado por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, mediante el cual se permitió a las partes conocer sus resultados, pedir las aclaraciones y complementaciones que estimaren necesarias, controvertir sus conclusiones, solicitar pruebas para acreditar los reparos aducidos en su contra y obtener el decreto de las mismas. De manera que todo este acontecer procesal antes que revelar la ignorancia del procedimiento indicado por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, como afirma la censura, refleja la rigurosa observancia de él, sin que la ausencia de contradicción de dicho elemento de convicción pueda hacerse deducir de la no realización del dictamen solicitado y decretado como prueba de la objeción, pues tal suceso no devino de la omisión de los actos por los cuales se asegura su control, sino de circunstancias distintas, ajenas en todo caso a la actividad de los sujetos procesales. De ahí, entonces, que por este aspecto el cargo no esté llamado a prosperar.

4. El reproche por no haberse practicado los exámenes solicitados por el objetante para demostrar el error atribuido a la prueba recepcionada, que en su sentir condujo a que ella fuera confrontada con otra de naturaleza distinta, inane por tanto para evidenciar el vicio que se le endilgó, igualmente se muestra carente de fundamento, pues, como lo descubre la sinopsis efectuada en párrafo anterior, la prueba pericial solicitada por aquél, con el propósito de demostrar el error alegado, fue ordenada por el a quo en los términos impetrados, pero finalmente no se pudo evacuar por carecer de recursos financieros el ente al cual se encomendó.

Ahora bien, si el ad quem estimó necesario emplear las facultades que le confieren los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, para verificar hechos relacionados con las alegaciones de las partes, y en uso de ellas decretó por auto del 2 de febrero de 1993, la práctica de un examen antropoheredobiológico tendiente a establecer la existencia de rasgos sanguíneos paralelos y otros, entre el presunto padre, sus hijos legítimos, su cónyuge, la demandante y su progenitora, extendida a otros aspectos considerados necesarios por el órgano de ella (fol. 48-4), con dicha determinación procuró la incorporación de otro elemento de convicción que le permitiera adquirir certeza acerca de los hechos investigados, no la aportación de un medio probatorio encaminado a demostrar el error imputado por el actor a la prueba pericial obrante en el proceso, para parangonarlo con ella, según expresa la censura, pues esta actividad quedó cumplida en el curso de la primera instancia con el

trámite dado a la objeción por error grave formulada por aquél, cuyos resultados se mencionaron con antelación.

Por lo anterior, es claro que tampoco por este aspecto el cargo está llamado a abrirse paso.

5. Se le atribuye de igual manera al sentenciador la falta de resolución sobre la objeción por error grave propuesta contra el dictamen producido en el curso de la primera instancia.

Sobre tal acusación debe significarse que el a quo al estimar el elemento de convicción referido, expresó: Respecto de la prueba de sangre solicitada a instancia de ella misma, dice que constituye un elemento extraño, porque está en abierta contradicción de la prueba testifical y solicita que ese examen no debe apreciarse por lo dudoso que él resulta frente a los testimonios y en razón de no haberse podido evacuar el examen que pidiera cuando objetó el dictamen. A pesar de lo anterior, este Juzgado debe acoger el experticio (sic.) porque no existe manera de desvirtuarlo, ya que así se insistiera en su práctica como prueba de la objeción del mismo, sería el Doctor Yunis quien nuevamente nos dictaminaría sobre la prueba genética, es verdad que frente a casos como el presente un Departamento de genética, que así fuera particular, se practicaría por un perito diferente.

Como puede observarse, la objeción por error grave propuesta contra la prueba en cuestión, fue decidida por el a quo en los términos consignados y su resolución en el punto la incorporó el sentenciador en la sentencia enjuiciada, cuando prohibió sin salvedad alguna la determinación del inferior, por lo que no resulta dable afirmar que tal aspecto haya quedado sin definir.

Finalmente se acusa la imposibilidad de las partes de presenciar los exámenes y experimentos realizados por la entidad a la cual se confió la práctica de la prueba, infringiéndose así la regla contenida en el artículo 237-4 del Código de Procedimiento Civil.

Este otro reparo no obstante no haberse expuesto en el curso de las instancias, sorpresivamente se aduce para dar fundamento al recurso extraordinario de casación, pero sin que de él se pueda esperar algún éxito, pues se trata de un planteamiento nuevo cuya admisibilidad socavaría la garantía constitucional de la defensa. De ahí que la Corporación haya sostenido de manera reiterada y uniforme, que se quebrantaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio (G.J. LXXXIII, 76).

6. Por último, argumenta el recurrente que el ad quem incurrió en yerro de facto por no haber apreciado los testimonios de Blanca Lilia Sáenz, María Bellardina Malagón de Beltrán, Miguel Mejía Sanabria, Esteban Camacho Guzmán, Luis Alfredo Nova Peralta y Martha del Carmen Sáenz Vanegas.

Aunque es evidente que el Tribunal no consideró la prueba testimonial referida, lo cierto es que ello no necesariamente apareja la estructuración del vicio que se denuncia, pues como lo tiene dicho la Corporación la mera circunstancia de que en un fallo no se cite determinada prueba o parte del contenido de la misma, no implica error manifiesto de hecho, a menos que de haberse apreciado tal medio de convicción el pronunciamiento hubiera tenido que ser evidentemente distinto del adoptado por el sentenciador... (Cas. Civ. de 16 de diciembre de 1978).

En el caso sub-lite, frente al concepto de incompatibilidad arrojado por la prueba genética realizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que descarta la paternidad en forma absoluta, en un porcentaje del 100%, según expresó dicha institución al aclarar y complementar su experticia (fol. 113 C.2), y la falta de incidencia en ella de la conclusión arrojada por la prueba del D.N.A., producida en el curso de la segunda instancia, que si bien no excluyó la paternidad tampoco la incluyó, dado que,

como expresó quien la elaboró si existió la EXCLUSIÓN por un sistema genético, cualquiera que sea; con la utilización de otro si descarta o no la paternidad, no lo afecta, pues son independientes, (fol. 95 C.4), resultaba inocua la valoración de la prueba testimonial recaudada con el propósito de demostrar las causales en las cuales se fincó la declaración de paternidad extramatrimonial pretendida, como quiera que aún patentizadas ellas con los elementos de convicción preteridos, la resolución del sentenciador no podría ser distinta de la adoptada, ante el resultado ofrecido por la prueba científica. Por lo demás, lo pretendido por el recurrente es que entre las dos pruebas biológicas se seleccione la segunda, que al fin de cuentas nada certero predica.

Similar acotación cabe hacer con relación a la prueba documental cuya preterición acusa el cargo, encaminada como se indicó a demostrar la ocupación de la cuota herencial correspondiente a Nubia Alcira Espitia, por parte de los demandados, así como la legitimación de unos y otros para discutir la pretensión acumulada de petición de herencia incluida en la demanda, pues si ésta dependía del buen suceso de la filiación extramatrimonial reclamada en primer lugar, fallida ésta se tornaba inocua la consideración de la pretensión acumulada o consecencial, así como de las pruebas arrimadas para demostrar los supuestos necesarios a su prosperidad. En armonía con lo anterior, el cargo no está llamado a prosperar.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida el 22 de mayo de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, dentro del proceso ordinario promovido por NUBIA ALCIRA ESPITIA contra ANA BEATRIZ RUSSI DE GARCÍA, MARITZA, LUIS GILBERTO, MIGUEL ARTURO, LUIS FERNANDO, GLORIA IBETH y CARLOS YESID GARCÍA RUSSI, así como contra los herederos indeterminados de JOSÉ VIDAL GARCÍA.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense oportunamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO(En comisión de servicios)
MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ NICOLÁS BECHARA SIMANCAS
JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES JORGE SANTOS BALLESTEROS
SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO

ANEXO 6

PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional
No. de Rad.: T-966-01

Referencia: expediente T-487.407.

Acción de tutela instaurada por Amanda Gamboa Chambueta, en representación de la menor Wendy Carolina Gamboa, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Magistrado Ponente:
Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil uno (2001).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo del Juzgado Veinticuatro (24) Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 4 de julio de 2001, en la acción de tutela presentada por Amanda Gamboa Chambueta, en nombre y representación de su hija menor de edad Wendy Carolina Gamboa, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Ocho de la Corte, en auto de fecha 17 de agosto de 2001, eligió, para efectos de su revisión, el presente expediente.

I. ANTECEDENTES.

a) Hechos.

La actora, en representación de su hija menor de edad, presentó acción de tutela, el día 14 de junio de 2001, ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá, reparto, por considerar que el Instituto demandado ha violado los derechos fundamentales de su hija Wendy Carolina Gamboa, porque no ha realizado el examen de ADN solicitado por el Juzgado donde cursa el proceso de filiación, y poder la menor, una vez establecida tal filiación, recibir de su progenitor el apoyo económico para cubrir las necesidades básicas en salud y educación, que ella requiere.

Al Instituto de Bienestar Familiar se han elevado solicitudes de la prueba genética, por los jueces competentes, en oficios del 21 de septiembre de 2000 y del 4 de junio de 2001, sin que haya sido posible que tal examen se realice. Acompañó copias de estas solicitudes. (folios 1 y 2)

Pide que el juez de tutela ordene que se practiquen los exámenes ordenados por el Juzgado, en forma inmediata.

b) Trámite procesal.

El Juzgado Veinticuatro (24) Civil del Circuito de Bogotá, con auto de fecha 19 de junio de 2001, admitió la demanda de tutela, ordenó la notificación a las partes y solicitó al Instituto emitir un informe expreso y detallado sobre todos y cada uno de hechos a que se contrae la acción de tutela.

-Respuesta del Director General de Bienestar Familiar, doctor Juan Manuel Urrutia Valenzuela, al juez de tutela.

En comunicación del 26 de junio de 2001, el Director del ICBF dio respuesta a esta acción de tutela, en los términos que se resumen así :

En primer lugar, señaló que la regla general para la práctica de las pruebas genéticas, se rige por la asignación del turno, según la fecha de solicitud de la autoridad competente, pues, de esta forma se garantiza el cumplimiento de la igualdad, de que trata el artículo 13 de la Constitución, y las excepciones a esta regla sólo ocurren cuando, previa motivación debidamente comprobada, se determine que se está ante el inminente peligro de muerte, por padecer enfermedad terminal, o por la urgente salida del país, para residir en el exterior, por motivos de fuerza mayor, de alguna de las personas que conforman el grupo familiar o trío de paternidad al que se le debe practicar la prueba genética.

Así mismo, informó que el 30 de diciembre de 1999, se suscribió el Convenio con el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, cuyo objeto se dirige al análisis de 13.890 muestras y la realización del muestreo poblacional de 10 marcadores de ADN, tipo STR, en 2.300 individuos provenientes de 7 macroregiones del país (25 ciudades). A través de la ejecución de este Convenio, el ICBF persigue atender a nivel nacional, la demanda de exámenes de paternidad que se encuentran represadas desde el año 1998, (...).

En cuanto al caso concreto de la actora, el Director manifestó:

Es de resaltar que en el presente caso, la solicitud de la prueba biológica de paternidad, fue ordenada por los Juzgados Veintiuno y Quince de Familia de Bogotá, mediante oficios No. 1656 del 13 de septiembre de 2000 y radicado en el ICBF mediante número 032762 del 21 de septiembre de 2000; con oficio 0694 del 9 de mayo de 2001, radicado ante el ICBF el día 4 de junio de 2001, con radicación interna ICBF 020015, respectivamente, por lo cual se encuentra en la Subdirección de Intervenciones Especializadas del ICBF Sede Nacional para la toma de los dictámenes periciales con la primera fecha allegada al ICBF, pero ésta no fue enviada en el primer listado al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses remitido el 26 de julio de 2000, las pruebas biológicas solo se incluyó (sic) hasta mayo de 1999, por lo cual esta prueba podrá ser enviada, en el segundo listado remitido a medicina legal, una vez se completen las 13.890 muestras pactadas en el convenio mencionado ya que corresponden a al (sic) nivel nacional; de otra parte se debe indicar que en el sistema solo se han ingresado hasta noviembre de 1999, por lo cual al no haber remitido en este listado al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, deberá tenerse en cuenta igualmente la asistencia de los grupos familiares del primer listado de lo cual depende el cupo para tramitar el segundo listado.

No obstante lo anterior el ICBF está gestionando las acciones conducentes para la contratación de laboratorios de genética que permitan evacuar el represamiento, garantizando tanto a las autoridades competentes como a los usuarios, que los dictámenes periciales contengan la calidad y la confiabilidad científica que se requiere para los mismos. (folios 13 y 14)

En consecuencia, consideró el Director, el ICBF ha desarrollado todos los trámites administrativos e interinstitucionales, para cumplir las solicitudes de los juzgados, sin vulnerar ninguna garantía constitucional o legal.

- Respuesta del Juzgado Quince de Familia de Bogotá, al juez de tutela.

El Secretario del Juzgado informó al juez de tutela que por auto de fecha 165 (sic) de noviembre de 2000, se admitió proceso de investigación de paternidad, que se encuentra en etapa probatoria, que con oficio del 9 de mayo de 2001 se libró oficio al ICBF, y que se está a la espera de la respuesta para continuar con el proceso.

c) Sentencia que se revisa.

En sentencia de 4 de julio de 2001, el Juzgado Veinticuatro (24) Civil del Circuito de Bogotá denegó la tutela pedida. Las consideraciones se resumen así :

El juzgado se refirió al carácter de la acción de tutela. Señaló que en el presente caso no existe prueba de que la menor mencionada sea un infante, para que se pueda incluir dentro de los principios y garantías establecidos en el artículo 44 de la Constitución, o que puede tratarse de una adolescente, es decir, que ya no obedecería al concepto de niño.

No se encuentra prueba de que la madre de la menor carezca de medios económicos para atender las necesidades básicas o esenciales de la menor. Tampoco se dan las eventualidades de peligro inminente de muerte o salida del país, por fuerza mayor, de alguno de los miembros del grupo familiar. En consecuencia, no se puede predicar que a la menor se le estén vulnerando o amenazando los derechos fundamentales, y que prevalezca su derecho a la igualdad sobre los de las demás personas que se encuentran en turno para la evacuación de la prueba genética, que corresponde al número 13.890, y que pueda tener prelación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia. La Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

2. La indeterminación de señalar una fecha probable para realizar la prueba antro-heredo-biológica por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, puede violar derechos fundamentales y el desconocimiento del contenido de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en esta materia.

En el presente caso, la actora adelanta un proceso de filiación de su hija menor de edad, ante el Juzgado Quince de Familia de Bogotá. Dentro del proceso se solicitó la realización de la prueba antro-heredo-biológica, en dos oportunidades : el 13 de septiembre de 2000 y el 9 de mayo de 2001. De esta solicitud no ha habido respuesta del Instituto demandado, por lo que la actora acudió a la acción de tutela, con el fin de que el juez constitucional proteja los derechos fundamentales de su hija, menor de edad, vulnerados con la demora en la práctica de esta prueba, esencial para establecer la filiación.

El Juzgado que conoció esta acción la denegó por considerar que no estaba probado si se trataba de una infante o una adolescente, para establecer la aplicación de los principios consagrados en el artículo 44 de la Constitución; porque no había prueba de que la madre careciera de recursos económicos para atender las necesidades básicas de la menor; y, porque no se está ante uno de los eventos que permiten darle prelación a la menor en la realización de la prueba, es decir, sin que se tenga en cuenta el orden cronológico en la asignación de turnos.

La Sala discrepa de las razones expuestas por el juez en este caso para haber denegado la acción y, por el contrario, reitera las consideraciones hechas por esta Corporación sobre el carácter de fundamentales de los derechos sobre los que ahora se solicita protección. Este tema fue ampliamente expuesto en la sentencia T-183 de 2001, cuyos conceptos fueron reiterados, también, en forma amplia, en la sentencia T-641 de 2001. En consecuencia, en el caso bajo estudio, se remite a lo dicho en tales providencias, en especial, en cuanto a la naturaleza de la prueba genética y su incidencia esencial en el resultado en el proceso de investigación de la paternidad; en la circunstancia de que cuando se dicta sentencia en el proceso de filiación, eludiendo la realización de esta prueba, tal sentencia puede ser una vía de hecho, como se expuso en la providencia T-488 de 1999 de esta Corte. Así mismo, se estudiaron los criterios jurisprudenciales sobre la filiación de los menores, como atributo de la personalidad jurídica y su reconocimiento como derecho constitucional fundamental y el derecho de toda persona de saber quiénes son sus padres.

Bastaría esta simple remisión a las mencionadas sentencias, para que en el expediente objeto de esta revisión se procediera solamente a reiterar lo ordenado en ellas. Sin embargo, la Corte no puede dejar de observar que la respuesta del Director del Instituto de Bienestar Familiar, no tuvo en cuenta lo dicho en las mismas, a pesar, de haber sido notificado de su contenido.

En efecto, el Director del Instituto demandado respondió al juez de tutela, en escrito de fecha 26 de junio de 2001. Allí se refirió a que la regla general para la práctica de la prueba genética consiste en la asignación de turnos, de acuerdo con el orden de llegada de la solicitud de la autoridad competente. Mencionó los casos en que opera la excepción a estos turnos : cuando existe peligro de muerte, o eminente salida del país, para residir en el exterior, por motivos de fuerza mayor de alguno de los que integran el grupo familiar o del trío de paternidad. Señaló que el 30 de diciembre de 1999 se suscribió el Convenio interinstitucional Nro. 389 de Cooperación y Asistencia Técnica entre el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Organización de Estados Iberoamericanos para la educación, la ciencia y la cultura -O.E.I., para la investigación biológica de paternidad, con el propósito de atender a nivel nacional la demanda de exámenes de paternidad que se encuentran represados desde el año 1998, de acuerdo con el turno asignado (...). (se subraya). Señaló, en términos generales, que el ICBF está gestionando acciones conducentes para la contratación de laboratorios de genética que permitan evacuar el represamiento de solicitudes.

En cuanto al caso concreto objeto de esta acción de tutela, manifestó que la primera solicitud de la prueba, allegada al ICBF el 21 de septiembre de 2000, no ha sido aún enviada al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, porque el primer listado se remitió el 26 de julio de 2000, en el que se incluyeron las pruebas pedidas hasta mayo de 1999.

En consecuencia, la prueba pedida en el proceso de la actora de esta tutela, sólo podrá ser enviada, en el segundo listado remitido a medicina legal, una vez se completen las 13.890 muestras pactadas en el convenio mencionado ya que corresponden a al (sic) nivel nacional; de otra parte se debe indicar que en el sistema solo se han ingresado hasta noviembre de 1999, por lo cual al no haber remitido en este listado al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, deberá tenerse en cuenta igualmente la asistencia de los grupos familiares del primer listado de lo cual depende el cupo para tramitar el segundo listado. (...) (se subraya)

Es decir, de acuerdo con las explicaciones del Director del Instituto : el Convenio interinstitucional Nro. 389 del 30 de diciembre de 1999 tiene como propósito evacuar las demandas de exámenes represadas desde el año de 1998. En el listado que se envió el 26 de julio de 2000, se incluyeron las pruebas pedidas hasta mayo de 1999, y la pruebas solicitadas con posterioridad, que constituirá un segundo listado, en el que probablemente se incluirá el de la actora, sólo se hará cuando se completen las 13.890 muestras pactadas a nivel nacional, siempre y cuando se cuente con la asistencia de los grupos familiares del primer listado, requisito del cual depende el cupo para tramitar el segundo listado.

De esta respuesta, surge la inquietud para esta Corte y, en concreto, para esta Sala de Revisión, sobre si el Director del Instituto demandando está dando cumplimiento a lo decidido en la sentencia T-183 del 15 de febrero de 2001, de la Corte Constitucional, en la que esta Corporación analizó tres acciones de tutela semejantes a la ahora objeto de esta revisión, y dispuso una orden a prevención a las autoridades administrativas, en el sentido de que el Instituto coordine con la Presidencia de la República el plan que evite la congestión de los despachos judiciales en la jurisdicción de familia, en cuanto se refiere al estado civil de las personas, plan que debe ser diseñado e iniciar su ejecución en un término que no podrá ser superior a 4 meses, contado a partir de la notificación de la mencionada sentencia, que tiene fecha del 15 de febrero de 2001.

Nada dice el Director sobre este punto. Y éste era el asunto objeto de examen de las sentencias T-183 y T-641 de 2001, en las que la Corte, además de lo que ocurría en los casos concretos, al tener certeza de la deficiencia administrativa generalizada en la realización de las pruebas antro-po-heredo-biológicas, asunto que data de varios años, requirió de las autoridades una solución institucional en corto tiempo, dado que tal estado de cosas viola derechos fundamentales. Dijo, en lo pertinente la Corte :

5. Orden a prevención a las autoridades administrativas.

Dado que la deficiencia administrativa de colaboración con la administración de justicia en la realización de las pruebas antro-po-heredo-biológicas, data ya de varios años, como quiera que esos exámenes de orden científico fueron expresamente contemplados en el artículo 7 de la Ley 75 de 1968, la solución al problema exige una definición en corto tiempo, que evite la congestión de los despachos judiciales en la jurisdicción de familia, en la definición del estado civil de las personas, es necesario ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que de manera eficaz, diseñe un plan y pueda ponerlo en ejecución en todo el territorio nacional, a la mayor brevedad, como parte de la política social del Estado, para lo cual deberá coordinarlo con la Presidencia de la República.

Para ello, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que en coordinación con la Presidencia de la República, que diseñe el mencionado plan e inicie su ejecución en un término que no podrá ser superior a cuatro (4) meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia. Con este fin, se enviará copia de esta sentencia a la Presidencia de la República.

Se remitirá, también, copia de la misma al señor Procurador General de la Nación y al señor Defensor del Pueblo, para que en ejercicio de sus funciones vigilen y adelanten, en la esfera de su competencia, la actividad necesaria para el estricto cumplimiento de esta sentencia. (sentencia T-183 de 2001, M.P., Alfredo Sierra Beltrán)

Es decir, en el caso objeto de examen, se puede deducir que nada se ha hecho, y que la situación continúa igual.

Tampoco, en su respuesta el Director del ICBF tuvo en cuenta lo expuesto en las sentencias mencionadas, sobre el derecho de los interesados a conocer una fecha probable de realización del examen. Allí se expresó que no obstante la congestión de las solicitudes para realizar la prueba de ADN, y el establecimiento de turnos en orden cronológico, es una garantía del derecho a la igualdad, los interesados tienen derecho a que se les establezca una fecha aproximada para sus realización, y que no hacerlo constituye vulneración de derechos fundamentales al debido proceso y a la definición de los derechos de filiación de los menores involucrados en los respectivos procesos. Dijo la Corte :

No puede desconocerse que definir el estado civil en el proceso correspondiente toma un determinado tiempo, esto está previsto en la ley procesal, pero lo que no puede aceptarse es que ese período sea de tal forma indefinido que se llegue a no tener ninguna certeza, ni el menor indicio, sobre su realización próxima o lejana. Los interesados quedan sumidos en la incertidumbre total. La entidad responsable

sólo responde que se atenderá según los turnos, y, eso, si el interesado cuenta con la fortuna de haber sido incluido en la base de datos, lo que no ocurre en todos los casos, como en dos de los procesos estudiados.

Tampoco, para la Corte, resulta suficiente información al interesado decirle que ya se firmó el Convenio, que las solicitudes se atenderán en estricto orden de llegada, que hay un retraso acumulado desde 1998, y concluir que la vulneración cesó. No. Lo que debe suministrar el Instituto demandado al juzgado y a los interesados, se repite, es una fecha razonable y cierta de cuándo serán atendidos. (ibídem)

Todas estas razones llevan a la Sala a solicitar nuevamente la intervención de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, para que informen a la Corte si se ha dado cumplimiento de lo dispuesto en las sentencias T-183 de 2001 y T-641 del mismo año, relativo a que el ICBF y la Presidencia de la República inicien las soluciones que el problema requiere.

En lo que tiene que ver con el caso concreto, la acción se concederá en cuanto al derecho de la actora a conocer cuándo se realizará el examen pedido. En consecuencia, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, se le informe sobre la fecha en que se realizará el examen. Se advertirá que esta fecha no puede tener como consecuencia que se alteren los turnos establecidos para las demás solicitudes.

Finalmente, hay que hacer la siguiente observación a una de las razones expuestas por el juez de tutela en la sentencia que se revisa. Expresó el juez : 1. No existe prueba de que la menor mencionada sea niño (infante), para que se la pueda adecuar dentro de lo establecido en el artículo 44 citado [Constitución Política], y porque puede estar en el campo de la adolescencia, esto que no obedecería al concepto de niño.

Esta acotación se hace sólo para recordar al juez que el concepto de niño contiene a todos los menores de 18 años, por lo que a todos ellos les es aplicable el contenido del artículo 44 de la Carta, y que el derecho a conocer quiénes son sus progenitores se predica como fundamental para todas las personas, trátese de menores de edad como de mayores. La Constitución en el artículo 14 establece como derecho fundamental de toda persona, el reconocimiento de su personalidad jurídica.

Por todo lo anterior, se revocará la sentencia objeto de revisión pues, por las razones expuestas en las sentencias T-183 de 2001, reiteradas en la T-641 del mismo año, la forma como está desarrollándose el proceso de establecimiento de citas de exámenes de paternidad, ADN, y la indeterminación en el tiempo para que tal hecho se produzca, está evidenciando el desconocimiento de los derechos fundamentales a la filiación, como atributo de la personalidad jurídica, y del derecho de toda persona de saber quiénes son sus padres, lo que adquiere especial connotación cuando corresponde a la filiación de menores de edad. Además, como se advirtió, dada la naturaleza de la prueba genética, su incidencia es esencial en el resultado del proceso de paternidad, al grado tal de que su omisión, puede convertir la sentencia respectiva en una vía de hecho.

Por lo tanto, además del plan que se ordenó diseñar con ocasión de las sentencias T-183 y T-641 de 2001, encaminado a dar solución en corto tiempo a la congestión que tienen los despachos judiciales en la jurisdicción de familia, el ICBF debe establecer un sistema que le permita evacuar todas las solicitudes represadas, según el Director del Instituto desde el año 1998, sin dejar de lado establecer un programa adecuado para las nuevas solicitudes de exámenes de ADN, pues no se puede condicionar su realización sólo a la culminación total de las pruebas represadas. Para ello, el Director debe dar inicio, mediante una programación adecuada, a la descongestión de las nuevas solicitudes y señalar fechas probables de realización.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Primero : Revocar la sentencia del Juzgado Veinticuatro (24) Civil del Circuito de Bogotá, de fecha cuatro (4) de julio de dos mil uno (2001), en la acción de tutela presentada por Amanda Gamboa Chambueta, en representación de su hija menor de edad, Wendy Carolina Gamboa, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Segundo : Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, se le informe a la actora sobre la fecha en que se realizará el examen solicitado. Se advertirá que la fecha que se señale no puede tener como consecuencia que se alteren los turnos establecidos para las demás solicitudes, sino que corresponda a las nuevas programaciones de asignación de cupos. Se le debe suministrar esta información dentro de un término razonable y oportuno.

Tercero : Por la Secretaría General, remitir copia de esta sentencia al señor Procurador General de la Nación y al señor Defensor del Pueblo para que informen, a la mayor brevedad, a esta Corporación la forma como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en coordinación con la Presidencia de la República, está dando cumplimiento a lo dispuesto en las sentencias T-183 y T-641, ambas de 2001.

Cuarto : Se previene al Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que dé cumplimiento estricto a lo dispuesto en esta sentencia y a lo ordenado en las T-183 y T-641, ambas de 2001.

Corte Constitucional
No. de Rad.: C-109-95

SENTENCIA-Modulación de los efectos/PATERNIDAD-Causales de Impugnación/SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA

La Corte tiene la posibilidad de modular de muy diversas maneras los efectos de sus sentencias. En efecto, de conformidad con la Constitución, es a la Corte Constitucional a quien corresponde señalar los efectos de sus sentencias. Esta Corporación cuenta entonces con la posibilidad de modular el efecto de su fallo, con el fin de evitar los equívocos o los efectos paradójicos. Así, la Corte puede precisar que la declaración de inconstitucionalidad del aparte demandado no revive el artículo 216 del Código Civil sino que otorga una autorización para que el hijo pueda impugnar, en todo momento, la paternidad, siempre y cuando demuestre, con diversos elementos probatorios, la pretensión que invoca. También, y con el fin de evitar la paradoja de declarar inexecutable una causal que puede ser en sí misma constitucional, la Corte puede recurrir a otras técnicas como las sentencias de constitucionalidad condicionada.

DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA-Filiación

La doctrina moderna considera que el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Son los llamados atributos de la personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene

derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica. Para la Corte Constitucional es claro que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. 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.

DERECHO A LA FILIACIÓN REAL

La Corte concluye que, dentro de límites razonables y en la medida de lo posible, toda persona tiene derecho a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real. Las personas tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero "derecho a reclamar su verdadera filiación", como acertadamente lo denominó, durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema de Justicia. Por consiguiente, si una persona sabe que es hijo extramatrimonial de otra, sería contrario a la Constitución que se le obligara jurídicamente a identificarse como hijo legítimo de un tercero.

CORTE CONSTITUCIONAL-Juez de constitucionalidad/CORTE CONSTITUCIONAL-No es juez de legalidad

Esta Corporación, en la medida en que es un juez de constitucionalidad y no de legalidad, no puede imponer, con base en discusiones puramente legales, cual es el sentido de una disposición legal, puesto que ésta es labor de los jueces ordinarios y, en especial, del tribunal de casación. En virtud de la separación que existe entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, la Corte Constitucional sólo puede establecer en sus sentencias cuáles son las interpretaciones admitidas de determinadas normas legales cuando existen valores constitucionales en juego.

PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD-Causales de impugnación/DERECHO DEL HIJO A RECLAMAR SU VERDADERA FILIACIÓN/MATRIMONIO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA VIGENTE/FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA VIGENTE

La Corte Constitucional encuentra que la actual regulación no es compatible con la Constitución puesto que desconoce principios y derechos constitucionales. De un lado, esta regulación viola el núcleo esencial del derecho del hijo a reclamar su verdadera filiación, puesto que la causal no cubre todas las hipótesis razonables en las cuales sería constitucionalmente legítimo que el hijo pudiera acudir a los tribunales a impugnar la presunción de paternidad. De otro lado, la Corte encuentra que esta regulación viola el principio de igualdad, puesto que establece privilegios irrazonables en favor del padre con respecto al hijo. Esto era compatible con una visión patriarcal de la familia y del matrimonio, en la cual el marido, como una reminiscencia del "pater familias" romano, ostentaba privilegios y potestades exorbitantes no sólo sobre la mujer sino también sobre sus descendientes. Pero esa concepción del matrimonio y la familia no es compatible con el orden de valores instaurado por la Constitución de 1991, puesto que éste reposa en la igualdad en dignidad y derechos de los integrantes del núcleo familiar, tal y como se desprende de los artículos 13 y 42 de la Carta. El hecho relevante desde el punto de vista constitucional es que ambas personas, padre y marido, ostentan idéntico interés jurídico para poder impugnar la presunción de paternidad establecida por el artículo 214 del Código Civil.

SENTENCIA INTEGRADORA/ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD

La Corte considera que la única decisión razonable a ser tomada en este caso específico es formular una sentencia integradora que, con fundamento en las actuales disposiciones legales, permita subsanar

la inconstitucionalidad de la actual regulación de la impugnación de la paternidad. Y la Corte considera que ello es posible, pues basta establecer, en la parte resolutive de esta sentencia y con efectos erga omnes, los siguientes dos elementos: De un lado, la sentencia conferirá primacía al artículo 406 del Código Civil que regula la reclamación de estado civil sobre las acciones de impugnación de la paternidad. Esto significa que cuando una persona acumula la impugnación de la presunción de paternidad con una acción de reclamación de la paternidad, entonces el proceso se regirá, de ahora en adelante, por el amplio artículo 406 del Código Civil, y no por las normas restrictivas que regulan la impugnación. Ahora bien, la Corte precisa que esta prevalencia que la sentencia confiere al artículo 406 del C.C no tiene como base una discusión legal sino que deriva de valores constitucionales, y es por ello que la Corte puede establecerla con particular fuerza normativa, pues tiene efectos erga omnes. En efecto, el artículo 406, según la doctrina más autorizada en la materia, establece el derecho de las personas a reclamar su filiación verdadera, por lo cual, la entrada en vigor de la Constitución de 1991 ha conferido a este artículo una nueva dimensión y jerarquía normativa, pues ese derecho ha sido constitucionalizado. Esto explica entonces la prevalencia que la Constitución confiere a las acciones de reclamación de paternidad sobre las restricciones legales que existen en materia de impugnación.

PATERNIDAD-Ampliación de causales de impugnación

La prevalencia del artículo 406 del estatuto civil no soluciona todo los problemas, puesto que en determinados casos puede suceder que el hijo de mujer casada únicamente impugne la presunción de paternidad, sin acumular tal acción a una reclamación de paternidad de un tercero. Por ello, esta sentencia extiende al hijo de mujer casada las causales con que cuenta hoy el marido para impugnar la presunción de paternidad, esto es, las previstas en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890. Esto significa que el hijo también podrá impugnar la presunción de paternidad si demuestra que durante los diez meses anteriores al parto, el marido no hizo vida conyugal con su mujer o estuvo en imposibilidad física de acceder a ella. Igualmente, en caso de demostrarse el adulterio de la mujer durante la época en que se presume ocurrida la concepción, el hijo podrá ejercer la acción de impugnación y se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que el marido no es el padre.

SENTENCIA INTEGRADORA-Fundamento constitucional

Las sentencias integradoras encuentran entonces su primer fundamento en el carácter normativo de la Constitución, puesto que el juez constitucional, con el fin de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, debe incorporar en el orden legal los mandatos constitucionales. Por ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4). Por ello, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en su momento, o como lo ha tantas veces afirmado esta Corporación, la Carta de 1991 cubre "retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, impregnándola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso. De otro lado, este tipo de decisiones integradoras también encuentra fundamento en el principio de efectividad establecido por el artículo 2º de la Carta, puesto que los órganos del Estado en general, y los jueces y la Corte Constitucional en particular, deben buscar, en sus actuaciones, hacer realidad los principios, derechos y deberes constitucionales así como el orden de valores que la Constitución aspira a instaurar. Es pues natural que los jueces, y en particular el juez constitucional, integren en sus sentencias los mandatos constitucionales.