

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Por su parte la inseminación artificial consiste en “un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación” (Sesma, 2014, p. 4), esta se clasifica en la inseminación homóloga en la que se usa el material del novio o esposo creando una filiación consanguinia y legal, mientras que en la inseminación heteróloga se usa el material donado voluntariamente por un tercero, ajeno a la vida personal de quienes reciben el tratamiento (Bernal Crespo, 2013).

En la forma heteróloga es en la que surgen las preguntas relacionadas con la filiación, puesto que en el desarrollo jurídico colombiano no se ha incluido la denominación de filiación asistida, en la actualidad solo se cuenta con una mención clara dentro del ordenamiento nacional en el Artículo 42 de la Constitución Nacional sobre “la familia como núcleo fundamental de la sociedad” donde se establece la igualdad para todos los hijos, incluso los procreados con asistencia científica.

En ese sentido mientras la Ley no profundice, ni regule las particularidades de la inseminación como el consentimiento informado, el estado civil de los participantes, el rol del donante, entre otros, se mantendrá el recorrido incierto que tiene frente a la filiación y sus consecuencias en la nueva vida formada (Sosa, 2014). No obstante, pese algunos intentos como el Proyecto de Ley 55 de 2015, denominada también Ley Lucía, todavía no se cuenta con una Ley en la que se reúnan todos los aspectos esenciales y especializados sobre los efectos de la inseminación en la filiación.

De acuerdo con la revisión de la jurisprudencia, algunas de las dificultades que se han presentado en la país en torno a la relación entre inseminación artificial y filiación incluyen el desarrollo del procedimiento de reproducción sin el debido consentimiento informado del padre, la muerte de uno de los progenitores y la incertidumbre frente a la reclamación de sus derechos patrimoniales por parte de otros familiares, el uso de formatos de consentimiento donde no queda explícita y clara la voluntad de reconocer al niño como hijo legítimo, así como el desconocimiento sobre las consecuencias éticas, económicas y sociales al asumir la participación en el procedimiento.

La legislación en Colombia sobre la reproducción está enmarcado en principios constitucionales como el derecho a la igualdad, consagrado en los Artículos 13 “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...)” (1991, p. 6), también en el Artículo 42 “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 (...)” (1991, p. 14) y en el

Artículo 43 “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades (...)” (1991, p. 14).

En ese orden de ideas el tema permanece fragmentado entre diferentes leyes, decretos o resoluciones sin ofrecer una dirección clara, lo cual genera más dudas que respuestas en las personas interesadas en la inseminación, en sus familiares, en las Instituciones Públicas, en los administradores de justicia, entre otros.

Desarrollo legislativo respecto a la filiación en el contexto de la inseminación artificial

Conforme el estado general de la normativa nacional frente a los cambios en la filiación, en el posicionamiento y la recurrencia de la inseminación artificial, es oportuno interpretar cómo ese desarrollo legislativo resulta pertinente o insuficiente para las necesidades de la sociedad y de la familia contemporánea. En este horizonte se reconoce que la evolución legal de la figura de la filiación en el país ha sido lenta y encontró su primer acercamiento con el trato igualitario y digno a partir de la Constitución de 1991, pero antes de llegar a eso hay que iniciar con lo que señalaba el Código Civil¹.

Anteriormente con leyes restrictivas como la Ley 57 de 1887, Código Civil, se legislaba para que los hijos fueran calificados como legítimos o ilegítimos según el estado civil de los padres, es así como en sus Artículos 20 y 21 se mencionaba la no presunción de paternidad cuando el esposo estaba en proceso de divorcio o había muerto, también se describía la situación como “el hijo no reconocido voluntariamente puede iniciar proceso de investigación de paternidad, pero solo con el objeto de exigir alimentos. Se reconoce la filiación legítima como la ilegítima” (artículo 21). Entre otras posturas que se adaptaban a las condiciones sociales, culturales o familiares de finales del siglo XIX, pero no tendrían espacio, ni validez en la actualidad cuando la ciencia es una fuerza que puede crear o afectar a los núcleos familiares.

En la posterior Ley 153 de 1887 que reformaba al Código Civil, se mantuvo el trato diferenciado entre los hijos, según las condiciones de concepción y nacimiento. Sin embargo con la Ley 45 de 1936, especializada en regular la filiación, solo se reconocía la filiación natural y se clasificaba en: legítima o de padres casados, natural o de padres sin casar. Luego, 32 años después con la Ley 75 de 1968 se encuentra que se ampliaron las condiciones sobre la presunción de paternidad, sin

¹ La Sentencia C-105 de 1994 declaró inexecutable la mención expresa de los hijos y padres legítimos en los artículos 61, 222, 244, 260, 422, 457 y otros del Código Civil.

limitarla al estado civil de la madre, aunque las demandas por filiación todavía se cursaban de manera tradicional, puesto que “Se indicaba que los procesos de filiación se adelantaban ante juez de menores, pero muerto el presunto padre la acción debía adelantarse ante juez civil por vía ordinaria” (Artículo 13).

Por la misma línea, pero con el Decreto 2820 de 1974 se cambia nuevamente la denominación de hijos naturales por la de hijos extramatrimoniales, una perspectiva que mantiene la filiación dentro del marco de referencia del estado civil, la cual cambió de dirección con la Ley 29 de 1982 que reconoce la igualdad entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, lo cual fue un primer paso significativo antes de llegar a la inclusión del papel que cumple la asistencia científica en la concepción.

Esa perspectiva de apertura se vio complementada con el Decreto 2737 de 1989 que establece la filiación como un derecho para todos los niños del país y define la actuación procesal para los casos de adopción. Posteriormente con la aprobación de una Nueva Constitución Política en 1991, se avanzó en el reconocimiento de la filiación por asistencia científica, puesto que en el artículo 42 señala “(...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente **o con asistencia científica**, tienen iguales derechos y deberes (...)” (negrita agregada por los autores, 1991, p. 23), siendo ese un antes y después en el país frente a la existencia de diferentes formas de concepción y procreación, asimismo repudia las distinciones que puedan surgir en torno al origen de un ser humano y que afecten el cumplimiento de sus derechos.

Lo consagrado en la Constitución no solo reconoce la filiación que se genera por vía científica sino que establece la importancia de considerar y proteger a todas las personas, en especial cuando anteriormente se regulaba el tema, dictando normas que no contemplaban factores como el paso del tiempo, ni el progreso de la ciencia. En el Código Civil también se definía de manera anacrónica en los artículos 213 y 214 las formas vinculantes, así como las responsabilidades, entre los padres y los hijos.

En ese orden de ideas hacia finales del siglo XX apenas se estaba asimilando que el parentesco familiar no solo se producía por consanguinidad o por adopción, en esa línea con la aprobación de la Ley 721 de 2001 se establece que la prueba de ADN no puede ser la única evidencia definitiva para probar la filiación, lo señalaba al afirmar: “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” (2001, artículo 3).

El entendimiento de la transformación propiciada por la inseminación, la cual al ser homóloga o heteróloga, plantea más preguntas que respuestas, se ha ido materializando paso a paso en el desarrollo legislativo nacional, así lo evidencia la Ley 1060 de 2006 que modificó las normas encargadas de regular la impugnación de la paternidad y la maternidad, razón por la cual actualizó los artículos de la concepción de la familia y la filiación del Código Civil, siendo uno de los más relevantes el artículo 219 que destaca “ (...) cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público (...)” por lo que se empieza a considerar como prueba de la filiación la carta de voluntad o el consentimiento informado, así fue ratificado en la sentencia SC6359-2017.

La sentencia mencionada previamente destaca algo esencial:

La impugnación de la filiación no es ni puede ser idéntica en todos los casos, porque si se trata de una filiación por inseminación artificial será absolutamente irrelevante que el padre impugnante intente demostrar la ausencia del vínculo consanguíneo, toda vez que es evidente que el hijo producto de la inseminación heteróloga no es su descendiente biológico; por lo que el padre sólo podrá atacar la presunción *pater ist est* mediante la demostración de la ausencia de su consentimiento para realizar el proceso de procreación artificial (Sentencia Corte Suprema de Justicia 6359, 2017, p. 32).

De tal forma que la presunción legal *Pater ist est* de acuerdo con la jurisprudencia (SC6359-2017) también aplica en los hijos concebidos por inseminación artificial. Incluso cuando el artículo 213 del Código Civil no lo indica expresamente, en ese sentido se considera que el cónyuge que ha firmado el consentimiento es el padre o la madre, debido a su declaración de voluntad fundamentada en los artículos 1502 del Código Civil y los siguientes.

Debido al surgimiento de ese reconocimiento, el papel del consentimiento informado se convierte en un aspecto vital dentro de las investigaciones académicas, en el cual destacan su obligatoriedad y utilidad en el futuro para proteger los derechos del concebido ya nacido. En el ordenamiento jurídico colombiano el consentimiento se encuentra regulado por los artículos 6 y 14 de la Resolución 8430 de 1993 que establecía la inseminación solo era legal para las parejas heterosexuales con problemas de infertilidad. Además tiene un punto de referencia en la Resolución 1628 de 1994 que regula la confidencialidad del donante en caso de ser un procedimiento heterólogo.

En ese orden de ideas con la Ley 1060 de 2006, una de las más importantes en el contexto de la inseminación, impulsó algunos cambios claves como:

Modifica las reglas concernientes a la impugnación de paternidad y/o maternidad, en cuanto a la presunción de paternidad al compañero permanente, se deroga el artículo 215 CC. Adulterio, el cual indicaba que probado éste, se admitían pruebas que desvirtuaran la paternidad; se levanta la restricción de 60 días contados a partir del parto para reclamar sobre la legitimación del hijo, de ser posible se vinculará al presunto padre o madre biológica del niño, modifica los términos de impugnación de los herederos. Todos tanto herederos como el padre o madre tienen 140 días a partir que tuvieron conocimiento que no son el padre o madre biológicos para interponer la impugnación de paternidad. El hijo lo puede hacer en cualquier tiempo (Sosa, 2014, p. 49).

En el mismo horizonte y siguiendo la tendencia impulsada durante los primeros años del siglo XXI la Ley 1098 de 2006 profundizó en los efectos de la filiación en la estabilidad económica y familiar de los niños. el Código de la Infancia y la Adolescencia establece en el Artículo 25 que “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y **filiación** conformes a la ley”, en ese sentido al ser un derecho que se les garantiza a los niños como sujetos de especial protección e interés superior, en su situación filiatoria han surgido actualizaciones y refuerzos al respecto, tal es el caso de la Ley 1564 de 2012 o el Código General del Proceso que en el Artículo 386 unifica el trámite de filiación con una serie de pasos que constituyen un mecanismo judicial para asegurar el reconocimiento de los menores de 18 años por parte de sus padres.

Es precisamente con esta Ley que se abrieron nuevas posibilidades en cuanto a la flexibilidad y nuevos alcances en el concepto de la filiación:

Realiza algunas modificaciones en el tema de la competencia de jueces y salas de familia en las diferentes instancias; también se les atribuye competencia a los notarios para algunos temas en familia. Se indica expresamente que en procesos de impugnación de maternidad o paternidad se debe demandar a determinados e indeterminados. Establece reglas especiales que se deben aplicar en los procesos de impugnación de paternidad. Así como se le da prevalencia al fuero de atracción en el proceso de sucesiones de mayor cuantía. Se deroga la expresión “mediante prueba científica” y “en atención a lo consagrado en la Ley”, en el entendido que en el proceso de impugnación de paternidad se puede desvirtuar la presunción que trata el art. 214 del CC, con otros medios diferentes a la prueba científica. También deroga la expresión del artículo 217 CC, plazo para impugnar: “En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera (Sosa, 2014, p. 50).

De la misma forma en el Literal c del Artículo 626 derogó los siguientes apartes del artículo 214 del Código Civil: “mediante prueba científica”, refiriéndose al proceso de impugnación de la paternidad. Sin embargo en ninguna de las normas presentadas se incorpora el término de filiación asistida. En esa línea en la actualidad se identifican en la norma colombiana los siguientes tipos de filiación:

Matriz desarrollo jurídico

Ley	Artículo	Descripción
Ley 57 de 1887 Código Civil	Artículo 213	Modificado por el artículo 1 de la Ley 1060 de 2016: “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”.
Ley 57 de 1887 Código Civil	Artículo 214	Modificado por el artículo 2 de la Ley 1060 de 2006: “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos: 1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre. 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad se desvirtúe esta presunción.
Ley 45 de 1936	Artículo 1 (Derogado por la Ley 29 de 1982)	“El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley (...).”

Ley 75 de 1968	Artículo 13	“En los juicios de filiación ante el juez de menores tienen derecho a promover la respectiva acción y podrán intervenir: la persona que ejerza sobre el menor patria potestad o guarda, la persona natural o jurídica que haya tenido o tenga el cuidado de su crianza o educación, el defensor de menores y el ministerio público”
Ley 29 de 1982	Artículo 1 Adiciona al artículo 250 un inciso.	“Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones.”
Constitución Nacional	Artículo 14	“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.
Constitución Nacional	Artículo 42	“(…) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes (…)”
Constitución Nacional	Artículo 94	La filiación es un derecho innominado.
Resolución 8430 de 1993	Artículo 6	“(…) Contará con el Consentimiento Informado y por escrito del sujeto de investigación o su Representante legal con las excepciones dispuestas en la presente resolución (…)”.
Resolución 8430 de 1993	Artículo 14	“Se entiende por Consentimiento Informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o en su caso, su representante legal, autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos, beneficios y riesgos a que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna”.
Resolución 8430 de 1993	Artículo 15	En el artículo 15 se establecen los requisitos de información que debe contener el consentimiento informado.

Resolución 1628 de 1994	Artículo 9	“Dentro de los registros deberá constar igualmente el consentimiento voluntario, libre y consciente (...)”.
Ley 721 de 2001	Artículo 3	“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”.
Ley 1060 de 2006	Artículo 5	“El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico”.
Ley 1060 de 2006	Artículo 6	Modifica el artículo 218 del Código Civil: El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre.
Ley 1060 de 2006	Artículo 9	Modifica el Artículo 223 del Código Civil: “Una vez impugnada la filiación del hijo, si este fuere menor de edad, el juez nombrará curador al que lo necesitare para que le defienda en el proceso”.
Ley 1060 de 2006	Artículo 219	“Los herederos podrán impugnar la paternidad o la maternidad desde el momento en que conocieron del fallecimiento del padre o la madre o con posterioridad a esta; o desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo, de lo contrario el

		término para impugnar será de 140 días. Pero cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público (...).
Ley 1098 de 2006	Artículo 25	“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley”.
Ley 1564 de 2012	Artículo 386	Investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad.
Ley 1564 de 2012	Literal c del Artículo 626	Derogó los siguientes apartes del artículo 214 del Código Civil: “mediante prueba científica” refiriéndose al proceso de impugnación de la paternidad.

Fuente: elaboración propia (2019)

En respuesta a lo anterior se establece que aunque el desarrollo legislativo nacional ha generado algunos avances positivos como la igualdad de todos los hijos ante la Ley, las menciones en torno a las particularidades de la filiación asistida no están claramente expresadas en la Ley, puesto que por ejemplo si una pareja desarrolla un proceso de inseminación artificial, pero el cónyuge muere son mayores las dudas que las certezas en lo referente a la filiación del niño nacido, puesto que si la concepción siguió su curso antes era posible (Artículo 53 de la ley 1260 de 1970) que solo contara con la filiación materna, aunque ahora con los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el principio *pater ist est*, la declaración de voluntad contenida en el consentimiento informado permite reconocer la filiación por el lado paterno.

Sin embargo, también es preciso reconocer que aunque las herramientas jurídicas existentes, enunciadas en este capítulo, han permitido durante todo este tiempo ofrecer respuestas y soluciones a quienes así lo han necesitado, esto solo ha funcionado desde la óptica del derecho correctivo. No obstante, en materia civil persiste el vacío legal que demanda una regulación clara e inmediata de este tema, puesto que al no existir tal legislación se incurren en interpretaciones variadas, donde el único elemento de garantía es el consentimiento firmado, pero no se establece lo que sigue después del procedimiento y tampoco se previenen los posibles problemas que puedan presentarse desde la concepción.

Conforme a lo anterior se identifican los aspectos donde se evidencia y persiste este vacío en la legislación que genera incertidumbre en la relación jurídica entre padres e hijos concebidos a través de la inseminación artificial:

- El consentimiento no es pormenorizado en su información y tampoco es notariado para fortalecer su valor legal.
- No se establece el tiempo prudencial para el uso de material genético por parte de las mujeres, en caso de muerte o separación con la pareja.
- No se regula el acceso de mujeres solteras y/o homosexuales al tratamiento, así como sus efectos en el ejercicio de la patria potestad hacia el futuro.
- No se indican otros criterios diferentes a la voluntad, para regular la filiación originada en la inseminación artificial.