



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

F

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC009-2024

Radicación n° 08001-31-10-002-2019-00294-01

(Aprobada en sesión del veintinueve de febrero de dos mil veinticuatro)

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante frente a la sentencia de 10 de noviembre de 2021, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso que adelantó Margarita Rios, en representación de los menores Felipe y Juanita Rios Rincón, contra Juliana Rincón¹.

I.- EL LITIGIO

1.- En el escrito de subsanación del libelo, Margarita Rios solicitó declarar que los infantes Felipe y Juanita son sus hijos biológicos «*como producto de una inseminación artificial*», por lo que es la única madre y se debe modificar la

¹ En atención a lo establecido en el Acuerdo 034 de 16 de diciembre de 2020 de la Sala de Casación Civil, como el presente caso se discute una situación jurídica que involucra a dos menores de edad, se elaboran dos versiones del proveído, la una con la información exacta y la otra con los nombres cambiados para su publicación.

filiación excluyendo de esa calidad a Juliana Rincón, quien también figura con tal connotación en los registros civiles de nacimiento.

Relató que en 2017 *«se realizó un tratamiento in vitro a través de la Clínica Procrear logrando gestar con un donante anónimo de esperma, embarazo de mellizos los cuales nacieron el 28 de octubre de 2017 mediante cesárea»* y fueron registrados el 4 de noviembre siguiente en la Notaría Primera de Soledad, haciendo constar en el mismo el nombre de Juliana Rincón *«en el espacio destinado: Datos de madre o padre (para casos de pueblos indígenas con línea matrilineal o parejas del mismo sexo)»*, porque era su compañera sentimental para la época y a pesar de que *«biológicamente no tiene ningún vínculo con ellos»*.

La relación de pareja culminó en abril de 2019 y siempre ha tenido *«a su cargo en forma exclusiva a los dos menores»* ya que fue *«quien por decisión propia decidió traerles al mundo utilizando las innovaciones en materia de fertilidad que así se lo permitían»*, lo que la motiva a *«impugnar la maternidad de Juliana Rincón»²*.

2.- Juliana Rincón admitió la conformación de *«pareja del mismo sexo»* con Margarita desde junio de 2014, que formalizaron por medio de escritura 1600 de 19 de marzo de 2016, otorgada en la Notaría Primera de Soledad, en cuya

² Fls. 36 a 40 pdf. Demanda Parte 1, cuaderno primera instancia, expediente digitalizado.

vigencia convinieron la procreación de los menores mediante «*reproducción asistida por programa de consentimiento informado*» y al nacimiento de los mellizos los registraron como hijos de ambas. En consecuencia, se opuso a las pretensiones y excepcionó la «*inexistencia de causa para demandar impugnación de maternidad*»³.

3.- El Juzgado Segundo de Familia de Barranquilla, en fallo de 29 de abril de 2021, negó las aspiraciones toda vez que no se demostró la ausencia de consentimiento de la contradictora en el proceso de fecundación in vitro al que se sometió la promotora y que culminó con el nacimiento de sus hijos, «*que además se produjo dentro de la unión marital de hecho*» conformada por ellas y sin que estuviera en discusión la improbabilidad biológica de progenitura por la contradictora, que fue admitida, puesto que las pruebas de ADN «*no atacan ni tienen la aptitud de desvirtuar la validez del acto de inseminación artificial consentida, el cual se llevó a cabo con el cumplimiento de los requisitos legales*»⁴.

4.- La accionante apeló con el argumento de que «la maternidad de la señora Juliana Torres es ilusoria, solamente un nombre en un papel que no está amparada en razones biológicas, afectivas o de responsabilidad hacia los dos menores, de quien se busca el interés superior tal como exige nuestra constitución» y que el ánimo es «*rectificar una*

³ Fls. 36 a 16 pdf. DemandaParte 2, cuaderno primera instancia, expediente digitalizado.

⁴ Anotación digital 27 pdf Sentencia 20210429, actuaciones de primera instancia.

situación que si bien nunca debió darse es real, pero que carece de todo sentido mantener ligada legalmente una persona a unos niños que nada tiene que ver con ellos», porque se «impugna una maternidad no querida, no cumplida y no desarrollada»⁵.

5.- El superior confirmó la determinación⁶.

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Conforme al artículo 42 de la Constitución Política, «*la familia es una institución básica de la sociedad y es obligación del Estado y de la sociedad de garantizar su protección integral*», que se conforma por la «*decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, y las relaciones derivadas de la misma se deben basar en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes*», lo que concuerda con lo previsto en CC C-577 de 2011 en relación con las parejas del mismo sexo.

En ese entorno «*los niños procreados por medio de asistencia científica tienen por padres o madres a quienes deciden de manera libre y consciente realizar y adelantar la reproducción humana asistida*» y dicha filiación «*conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral,*

⁵ Anotación digital 28, actuaciones de primera instancia.

⁶ Anotación digital 9, actuaciones de segunda instancia.

obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros», con la precisión de que «la manifestación o consentimiento de las parejas o del futuro padre/madre es el fundamento de la relación filial que se establecerá a futuro y asegura la protección efectiva de los derechos de los menores y de su familia», por lo que de no mediar se posibilita la impugnación de la paternidad a la luz de la CC C-258 de 2015.

El artículo 44 superior prevé que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, el cual debe ser garantizado por el Estado y que por demás se hace imperativo al tenor del artículo 8 de la Ley 1098 de 2006.

En este caso los menores fueron concebidos a través de métodos de reproducción asistida que solicitaron de consuno Margarita y Juliana, en vigencia de la relación sentimental que mantenían e incluso hicieron constar en la escritura 1600 de 2016 de la Notaría Primera de Soledad, aunque en el curso del debate *«la demandada manifestó allanarse a las pretensiones de la demanda, y reconoció que no contaba con la capacidad para mantener a los menores y que accedía a la desafiliación maternal»*. No obstante, de las pruebas recaudadas se extrae un *«consentimiento conjunto»*, que fue corroborado al momento de registrar el nacimiento de los mellizos, de ahí que *«la impugnación de la maternidad fundamentada en que la demandada no es madre biológica de los menores, no tiene asidero»*, sin que le esté permitido a esta *«allanarse a las pretensiones de la demanda, toda vez que no es viable renunciar al estado civil, ni es posible*

disponer de la condición de madre y renunciar a dicha condición», en atención al «interés superior de los menores».

La protección de los derechos de los menores no puede quedar al capricho de las madres, por el mero hecho de la ruptura del vínculo, puesto que *«la relación filial con los menores es distinta a la relación sentimental de la pareja, si los padres/madres terminan su relación, sean una pareja homosexual o heterosexual, esto no afecta la relación y vínculo que nace entre estos y sus hijos, toda vez que los vínculos son autónomos, y no es dable disponer de esa relación»,* más aún si *«el incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones como madre y su ausencia en la vida de los menores, son aspectos que se pueden discutir en otro tipo de proceso, diferente al proceso de impugnación de la maternidad»,* como son los de *«reclamación de alimentos, regulación de visitas, de custodia, privación de la patria potestad».*

III.- DEMANDA DE CASACIÓN

La gestora recurrió en casación y planteó un solo ataque por la causal primera del artículo 336 del Código General del Proceso.

ÚNICO CARGO

Denuncia la violación directa por interpretación errónea de los artículos 213 y 214 del Código Civil, en las sentencias de ambas instancias *«tomadas como un todo»* al contravenir

«lo preceptuado en el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por el Estado colombiano con la Ley 12 de 1991» que impone velar por el interés superior del niño y en virtud de lo cual en los pleitos de impugnación en eventos de reproducción artificial o asistida, no solo prima la ausencia de consentimiento libre e informado para llevarla a cabo, «sino que el operador jurídico debe indagar si ese consentimiento persiste y en caso negativo si esa manifestación de no desear seguir figurando como padre, atenta o por el contrario beneficia el interés superior del niño».

Si bien en algunos casos retrotraer el reconocimiento *«implicaría deshacerse en forma unilateral de una obligación dejando al menor desprotegido, sin nombre, sin padre, sin derecho a alimentos»*, en aquellos donde *«el menor cuenta con una madre biológica que le brinda todo (...) se impone darle eficacia al rechazo de quien no quiere ser padre ya que este rompimiento voluntario de la filiación beneficiara al niño»*, pues sería inútil *«encerrar a una persona en un papel de padre que no piensa asumir»* y cruel atar al hijo *«a alguien que no lo quiere»*.

Ese criterio fue acogido por la justicia francesa, que en un caso de inseminación consentida anuló el reconocimiento del padre en fallo de 2 de febrero de 1987 del Tribunal de Gran Instancia de Toulouse, confirmado por la Corte de Apelación el 21 de septiembre de 1987 y que no casó la Corte Francesa en pronunciamiento del 10 de julio de 1990.

Bajo ese entendido la Corte debe, ante *«la falta de legislación»* sobre la materia y en cumplimiento de sus fines, *«estudiar qué es lo más conveniente para la protección del interés superior del niño; lo anterior en atención a que “Prueba genética es a procreación natural” lo que “estudio de la permanencia de la voluntad de ser padre es a procreación asistida”»*.

CONSIDERACIONES

1.- El concepto de filiación y su evolución en Colombia.

La filiación, según la definición del DRAE tiene diferentes acepciones, entre ellas la *«acción y efecto de filiar o filiarse»* y la *«procedencia de los hijos respecto de los padres»*, de ahí que consolidando las mismas en el campo del derecho se refiere a los vínculos jurídicos que unen a los progenitores con su descendencia, ya sea en virtud del nacimiento o por el ingreso al entorno familiar por otras vías

Las relaciones filiales en los orígenes de la legislación colombiana estuvieron marcadas por el modelo de familia que imperaba en el orbe para la época y a pesar de que su modelo originario se mantuvo estable por tiempo prolongado, en las últimas décadas evolucionó en respuesta a las realidades sociales que obligaron replantearlo como se pasa a desarrollar.

a.-) Filiación originaria en el derecho colombiano.

En la redacción inicial del Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, expedido por Ley 84 de 26 de mayo de 1873 y acogido por la República en el artículo 1° de la Ley 57 de 1887, imperó una concepción patriarcal y monogámica, en que se le brindaba mayor protección y reconocimiento a los vínculos matrimoniales y a los hijos nacidos en vigencia de los mismos frente a los demás descendientes.

Baste con observar cómo el artículo 213 pregonaba que «[e]l hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo», como si con ello se le otorgara una connotación especial y preponderante que se extendía con el 214 al conferirle igual categoría al «hijo que nace después de espirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio», pero eso sí, permitiendo que «[e]l marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92⁷, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer», quedando incipientemente demarcada la impugnación únicamente frente a los «hijos legítimos» y con una clara connotación biológica, ante la imposibilidad de acceso carnal de los esposos entre los

⁷ Precepto que consagraba que: «De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento», presunción que si bien se mantiene perdió dicha connotación para quedar como legal y, por ende, desvirtuable en virtud de la declaratoria de inexequibilidad del término «de derecho» en CC C-4/98, en virtud de que «la ciencia médica ha llegado a establecer sin lugar a dudas la posibilidad de nacimientos de seres humanos que sean el resultado de gestaciones de duración inferior a 180 días o superior a 300 días».

trescientos y los noventa días que precedían el parto.

Los preceptos subsiguientes complementaban lo anterior, ya que según el 216 «[m]ientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo» y el 217 fijaba que «[t]oda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto», lo que se entendía instantáneo si coincidía «[l]a residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo».

Incluso en una visión machista el inciso final del artículo 223 contemplaba que «[n]o se admitirá el testimonio de la madre que en el juicio de legitimidad del hijo declare haberlo concebido en adulterio» y el 215 imponía una carga exclusiva a las mujeres según la cual «declarada judicialmente la ilegitimidad tendrá derecho el marido, y cualquier otro reclamante, a que la madre le indemnice de todo perjuicio que la pretendida legitimidad le haya irrogado».

Tales preceptos hacían parte de las reglas generales del Título 10, denominado «De los hijos legítimos concebidos en matrimonio»⁸, del Libro Primero dedicado a las «Personas», del cual también hacía parte el Título 12 que trataba exclusivamente «de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos».

⁸ Título que aún se conserva incólume.

En el Título 16 del mismo libro se regulaba de forma separada lo concerniente a los denominados «*hijos naturales*» que a la luz del artículo 318 eran los «*nacidos fuera de matrimonio*» y «*reconocidos por sus padres o por uno de ellos*», con la precisión que adquirirían tal categoría «*respecto del padre o madre que los haya reconocido*», eso sin que se advierta que ello se hiciera en interés exclusivo del reconocido ya que el 325 señalaba que «*[s]i es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado a expresar la persona en quién o de quién hubo el hijo*». Por su lado el Título 17 precisaba «*las obligaciones y derechos entre los padres y los hijos naturales*».

Por si fuera poco, ya el artículo 52, en desarrollo de las definiciones de palabras de uso frecuente en las leyes, traía una distinción más odiosa según la cual

[l]os hijos ilegítimos son naturales, o de dañado y punible ayuntamiento, o simplemente ilegítimos.

Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o ambos, otorgado por escritura pública o en testamento.

Se llaman de dañado y punible ayuntamiento los adulterinos y los incestuosos.

Es adulterino el concebido en adulterio; esto es, entre dos personas de las cuales una, a lo menos, estaba casada al tiempo de la concepción con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de ellas produzca efectos civiles.

Es incestuoso para dichos efectos, el hijo habido entre dos personas que no pueden casarse por las relaciones de parentesco natural o civil, y por las cuales sería nulo el matrimonio.

Bajo esa perspectiva el trato diferencial entre los seres humanos, dependiendo de su origen, terminaba siendo más gravoso para aquellos que se consideraban de «*dañado y punible ayuntamiento*»; es más, a pesar de que en el artículo 1040 se le reconocía vocación hereditaria en la sucesión intestada a los hijos «*naturales*», de todas maneras ese beneficio resultaba disparate frente a los hermanos fruto de matrimonio según la regla complementaria del 1045 en el sentido de que «*[l]os hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales; la herencia se dividirá en cinco partes, cuatro para los hijos legítimos exclusivamente, y una para todos los naturales*», con el añadido de que «*[e]stos últimos pueden optar libremente por la herencia o por los alimentos a que tengan derecho, según la ley*».

Tal era el menosprecio de la «*descendencia ilegítima*», que en caso de que un causante no contara con «*hijos legítimos*», los «*hijos naturales*» ni siquiera adquirirían prelación en la distribución del acervo, sino que entraban a suceder junto con los «*ascendientes legítimos de grado más próximo*» y el cónyuge, previa división de la herencia en cinco partes de las cuales eran «*tres para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales*».

Si bien los Títulos 16 y 17 antes referidos fueron expresamente derogados por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887, en la misma se conservó el matiz diferencial ya que en el artículo 54 previó que «*[l]os hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser*

reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad legal de hijos naturales respecto del padre o de la madre que los haya reconocido», dejando por fuera de protección a los nacidos en «adulterio» y los «incestuosos», mientras que en el 59 se trató lo relacionado con los «derechos y obligaciones entre los padres y los hijos naturales» e incluso en materia sucesoral el 86 disponía que «[l]os hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponde al marido o mujer sobreviviente».

Ya en el Título 20 que regulaba lo relativo al «estado civil», luego de pregonar en las disposiciones iniciales que tal condición es «la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles» (art. 346) y debía constar en un registro «cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado» (art. 347), asignando tal encargo a los Notarios o los «funcionarios llamados a sustituirlos» (art. 348), pregonaba que serían objeto de asiento «1.º los nacimientos; 2.º Las defunciones; 3.º Los matrimonios; 4.º El reconocimiento de hijos naturales, y 5.º Las adopciones» (art. 349).

Y en lo que compelia al registro de nacimiento señalaba que «[e]n los Territorios **todo padre de familia** -se resalta-, en cuya casa se verifique un nacimiento, está obligado a hacerlo presente al Notario o Corregidor respectivo, a más tardar a los ocho días siguientes al del nacimiento de la persona» (art. 350), para informar «1.º Que día tuvo lugar el nacimiento; 2.º El sexo y nombre del recién nacido; 3.º Quién

es la madre y su estado, si la madre puede aparecer; 4.º Quién es el padre, si fuere conocido o pudiere aparecer, y lo mismo quiénes son los abuelos, así paternos como maternos», lo que también debía cumplir «[l]a persona en cuya casa se exponga un recién nacido» (art. 352).

En materia de *«reconocimiento de hijos naturales»*, estaba habilitado para el padre con la firma del acta de nacimiento, lo que bastaba como prueba (art. 389); mediante el otorgamiento de *«escritura de reconocimiento»* (art. 369) y en *«virtud de demanda judicial»* (art. 370), estos dos últimos eventos que daban paso a extender la respectiva acta con las anotaciones de rigor.

En complemento a esas disposiciones el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 confería la categoría de *«pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos (...) personas bautizadas (...) en el seno de la Iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas ó partidas existentes en los libros parroquiales»*, lo que evidenciaba el peso de la religión en la materia.

b.-) Ley 45 de 1936, filiación natural y reconocimiento irrevocable de hijo natural.

La situación anteriormente expuesta permaneció inalterable hasta la expedición de la Ley 45 de 1936 que introdujo reformas en materia de *«filiación natural»* y en su artículo 1º precisó que *«[e]l 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. También se tendrá esa calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento», equiparando así a todos los seres humanos nacidos por fuera de vínculo matrimonial entre los padres, sin distinciones.

Fijó las pautas para el reconocimiento de los hijos naturales *«en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce; por escritura pública; por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento; por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene»,* eso sí, fijando como principio la irrevocabilidad de dicha manifestación de la voluntad (art. 2) y a pesar de que se sentó como regla general que el *«hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural»,* previó la posibilidad de hacerlo si el esposo desconocía al hijo y así era acogido en sentencia ejecutoriada (art. 3).

Contempló los eventos en que procedía la declaratoria judicial de la paternidad natural, esto es: en caso de raptó o violación si coincidía la concepción con la época del hecho; de existir seducción demostrada por escrito; la confesión inequívoca de paternidad por escrito; frente a la existencia de relaciones sexuales estables notorias y de acreditarse la *«posesión notoria del estado de hijo»* (art. 4), esto último que se desarrolló a continuación (arts 5 y 6). Igualmente se

establecieron reglas para las acciones de filiación natural (arts. 7, 8 y 10 a 12) y prohibió la comprobación de la paternidad natural por medios diferentes a los allí enunciados (art. 29).

No obstante, seguía el trato disímil frente a los «*hijos legítimos*», respecto de los cuales el ejercicio de la patria potestad quedaba a cargo del padre y solo a falta de éste de la madre (art. 13); mientras que en el caso del «*hijo natural*» la regla general era que le correspondía a la madre y excepcionalmente al «*padre natural no casado*» (art. 14).

A pesar de que se derogaron los artículos 52 del Código Civil y 86 de la Ley 153 de 1887, en el artículo 18 se fijó el interés hereditario de los «*hijos naturales*» dentro de la sucesión de sus padres en la mitad de lo que le pudiera corresponder a un «*hijo legítimo*», en caso de concurrir ambas categorías en los interesados en el trámite, y en el 19, a falta de estos últimos, se insistió en que «*[s]i el difunto no deja posteridad legítima, le suceden sus hijos naturales, sus ascendientes legítimos de grado más próximo y su cónyuge*», aunque modificando la distribución en que «*[l]a herencia se divide en cuatro partes: una para el cónyuge y las otras tres partes para repartirlas, por cabezas, entre los ascendientes legítimos y los hijos naturales*» y únicamente en el evento de que el causante no contara con «*descendientes ni ascendientes legítimos*» y cónyuge el artículo 20 fijaba que «*la herencia corresponde íntegramente a los hijos naturales*».

c.-) Ley 92 de 1938, registro civil como único

medio de prueba del estado civil.

En materia de registro civil fue relevante la expedición de la Ley 92 de 1938, del cual encargó a los notarios, los alcaldes donde no existieran aquellos y los funcionarios consulares en el exterior (art. 1°), con la disposición en el artículo 3 de que en el acta de nacimiento, además de la individualización por «*sexo, nombre y apellido del nacido*» debía especificarse «*la calidad de legítimo o natural*», acompañado de los datos de ambos progenitores y sus ascendientes de ser legítimo, pero de tratarse de «*un hijo natural solo se expresaran el nombre de la madre y de los abuelos maternos, si fueren conocidos*».

No obstante, en el artículo 10 se consagró una obligación al «*funcionario ante quien se lleve a efecto el reconocimiento de un hijo natural*», para que dentro de los ocho días siguientes se tomara nota del mismo al margen de la correspondiente partida de nacimiento, lo que también aplicaba en caso de adopción.

Ya en el artículo 18 se consagró que a partir de la vigencia de la ley solo tendrían el carácter de pruebas principales del estado civil, entre ellos el de nacimiento y adopciones posteriores a su expedición, «*las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios*» encargados de esa función; pero en el artículo 19 concedió efecto demostrativo de los acontecidos con antelación a «*documentos auténticos, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales,*

extendidas por los respectivos curas párrocos, respecto de nacimientos, matrimonios o de defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica», además de «declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil» y ya en defecto de lo anterior «por la notoria posesión de ese estado civil».

d.-) Ley 75 de 1968, impugnación del reconocimiento y realización de pruebas científicas en pleitos de investigación de paternidad o maternidad.

La anterior reforma sufrió una modificación con la expedición de la Ley 75 de 1968; es así como en su primer artículo introdujo cambios al «*artículo 2° de la Ley 45 de 1936*», conservando su esencia en cuanto a las formas como podía llevarse a cabo el reconocimiento⁹, pero en añadidura fijó reglas para la extensión de la partida de nacimiento de los hijos naturales y los pasos a seguir para obtener el reconocimiento por el «*presunto padre*», así como las consecuencias de la negativa a hacerlo con el inicio de la «*investigación de paternidad*» por el Defensor de Menores, según la previsión en el inciso final de que la declaración judicial sería revisable en los términos del artículo 18 que condicionó su procedencia a que la «*acción de revisión no*

⁹ Es de precisar que en el artículo 10 del Decreto 2272 de 1989 le introdujo un cambio al artículo 1° de la Ley 75 de 1968 (que a su vez había reemplazado el artículo 2 de la Ley 45 de 1936), para consagrar un «*reconocimiento especial del hijo extramatrimonial*», ya que de haberse citado en dos oportunidades el supuesto padre o madre para tal efecto, su falta de comparecencia injustificada daría lugar a mirar «*como reconocida la paternidad, previo trámite incidental, declaración que será impugnable conforme al artículo 5° de esta misma ley.*

podrá intentarse por el demandado sino dentro de los dos años siguientes a la publicación del fallo y, por parte del demandante, dentro de los cinco años contados a partir de la misma fecha», plazos estos extensivos a los «herederos de las partes, y el cónyuge en su caso».

Posibilitó en su artículo 2 que el reconocimiento pudiera hacerse antes del nacimiento por escritura pública, testamento y manifestación ante juez. En el artículo 3, que modificó a su vez el 3 de la Ley 45 de 1936, amplió las posibilidades de reconocimiento como natural del hijo concebido por mujer casada al caso de que hubiere acontecido *«durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges»*, salvo que hubiera mediado reconciliación entre estos; así mismo, condicionó el desconocimiento oportuno del padre a la anuencia de la mujer y aprobación judicial *«con conocimiento de causa e intervención personal del hijo, si fuere capaz, o de su representante legal en caso de incapacidad, y además del Defensor de Menores, si fuere menor»*. Adicionalmente, se contempló la posibilidad del hijo de *«reclamar en cualquier tiempo, contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal»*.

Estableció la previa notificación y aceptación del reconocimiento como requisito para el surgimiento de derechos en favor de quien lo hiciera (art. 4), así como la potestad de impugnar dicho acto en caso de poder probar la imposibilidad física de la filiación (art. 5 en concordancia con

los arts. 248 y 335 del Código Civil).

En cuanto a los eventos en que procedía la declaración judicial de paternidad del artículo 4 de la Ley 45 de 1936, les confirió a dichas situaciones la categoría de «Presunciones» y agregó como nuevo evento determinante «*el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto*», salvo que fuera imposible la concepción (art. 6).

El artículo 7 introdujo como novedad la realización de exámenes al hijo, los ascendientes y terceros «*para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre o madre*». Así como la «*peritación antropo-heredo-biológica, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles*» y la calificación de indicio a la renuencia a llevarlas a cabo, en todos los juicios de investigación de paternidad o maternidad.

Permitió que la filiación natural pudiera pretenderse contra los herederos y el cónyuge del presunto padre o por los descendientes legítimos y ascendientes del hijo, en el caso de que hubiera fallecido el uno o el otro, con la advertencia de que la sentencia «*no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción*» (art. 10).

En el resto del articulado se fijaron reglas procesales

para las acciones de investigación de paternidad (arts. 11 a 17) y principios relacionados con la patria potestad y la provisión de guardas (arts. 19 a 26); los alimentos (arts. 31 a 39) y los ilícitos relacionados con la sustracción «*a las obligaciones legales, de asistencia moral o alimentaria*», malversación de bienes administrados en ejercicio de la patria potestad (arts. 40 a 48).

Mención especial merece la adopción del hijo natural «*por su padre o madre conjuntamente con el otro cónyuge*», según el artículo 27 que modificó el artículo 272 del Código Civil donde expresamente se prohibía; sin embargo, dicho cambio ni siquiera lograba igualarlos a los hijos legítimos o legitimados ya que en el agregado final aparecía que «*en la sucesión de su progenitor adoptante solo tendrá los derechos del hijo natural*».

e.-) Decreto 1260 de 1970, Estatuto del Registro Civil.

En virtud de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 8 de 1969, se expidió el Decreto 1260 de 1970¹⁰ que sigue vigente en la actualidad y contiene toda la regulación en materia de Registro Civil y que en su artículo 123 derogó expresamente los artículos 346 a 395 del Código Civil y la Ley 92 de 1938, antes referidos, así como las demás disposiciones relacionadas con el tema.

¹⁰ Modificado y adicionado por el Decreto 2158 de 1970, visible en https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1409947#ver_1409959.

Llama la atención cómo en la redacción del artículo 7 se reconocía efecto relativo a las decisiones judiciales en firme sobre el estado civil «*mientras no se demuestre que reposa sobre hechos inexactos o sobre pruebas insuficientes*», pero tal estipulación fue declarada inexecutable por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 de julio de 1976.

Las reglas del registro civil de nacimiento se contemplan en el Título VI del Decreto, precisando en el artículo 44 numeral 4 como actos a inscribir en materia de filiación dentro del mismo los «*reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones [y] habilitaciones de edad*», entre otros, a lo que pueden proceder ya sea el padre, la madre, los demás ascendientes o los parientes mayores más próximos, fuera de terceros como el «*director o administrador del establecimiento público o privado en que haya ocurrido (...), [l]a persona que haya recogido al recién nacido abandonado, [y el] director o administrador del establecimiento que se haya hecho cargo del recién nacido expósito*», figurando en última medida el propio interesado cuando alcance la mayoría de edad (art. 45).

Si bien se fija como plazo para proceder a la inscripción del nacimiento «*dentro del mes siguiente a su ocurrencia*» (art. 48), lo cierto es que puede llevarse a cabo aún con posterioridad acreditándolo (art. 50), en cualquier caso dejando constancia en la sección específica de «*la hora y el lugar del nacimiento, el nombre de la madre; el nombre del padre; en lo posible la identidad de una y otro, su profesión u*

oficio, su nacionalidad, su estado civil y el código de sus registros de nacimiento y matrimonio; el nombre del profesional que certificó el nacimiento y el número de su licencia» (art. 52)

Aun cuando en un comienzo el artículo 53 precisaba en cuanto al apellido del inscrito que correspondería al *«del padre, si fuere hijo legítimo, o hijo natural reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario, se le asignarán los apellidos de la madre»*, tal estipulación fue modificada por el artículo 1 de la Ley 54 de 1989 en el sentido que sería plural y serían el *«primero del padre **seguido del primero de la madre, si fuere hijo legítimo o extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario, se le asignarán los apellidos de la madre»***. Sin embargo, en vista de la declaratoria de inexecutable de la expresión resaltada en CC C519/19 y con efectos diferidos *«por el término de dos legislaturas subsiguientes a la notificación de la presente sentencia»*, se expidió la Ley 2129 de 2021¹¹ para dejar como redacción del citado artículo 53 del Decreto 1260 de 1970 la siguiente:

Artículo 53. En el Registro Civil de Nacimiento se inscribirán como apellidos del inscrito(a), el primer apellido de la madre y el primer apellido del padre, en el orden que decidan de común acuerdo. En caso de no existir acuerdo, el funcionario encargado de llevar el Registro Civil de Nacimiento resolverá el desacuerdo mediante sorteo, de conformidad con el procedimiento que para tal efecto establezca la Registraduría Nacional del Estado Civil. A falta de reconocimiento como hijo(a) de uno de los padres, se asignarán los apellidos del padre o madre que asiente el Registro Civil de Nacimiento.

¹¹ Si bien la norma es posterior a los hechos de la presente contienda, se cita y relaciona por su trascendencia en las situaciones actuales que involucra https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30042090#ver_30249936.

Esta norma rige para los hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos, de unión marital de hecho, de parejas conformadas por el mismo sexo y con paternidad o maternidad declarada judicialmente.

Parágrafo 1°. Las personas que al entrar en vigencia la presente ley estén inscritas con un solo apellido podrán adicionar su nombre con un segundo apellido, en la oportunidad y mediante el procedimiento señalado en el artículo 6°, inciso 1° del Decreto 999 de 1988.

Parágrafo 2°. El inscrito al cumplir la mayoría de edad podrá, por una sola vez, disponer mediante escritura pública del cambio de nombre, con el fin de fijar su identidad personal.

Parágrafo 3°. Para el caso de los hijos con paternidad o maternidad declarada por decisión judicial se inscribirán como apellidos del inscrito los que de común acuerdo determinen las partes. En caso de no existir acuerdo se inscribirá en primer lugar, el apellido del padre o madre que primero lo hubiese reconocido como hijo, seguido del apellido del padre o la madre que hubiese sido vencido en el proceso judicial”

Ya en el artículo 54 se trata lo relacionado con quien es «denunciado como hijo natural», respecto del cual el funcionario encargado «preguntará al denunciante acerca del nombre, apellido, identidad y residencia de los padres, y anotará el nombre de la madre en el folio», pero advirtiendo en su segundo inciso que «[e]n cuanto al padre, solo se escribirá su nombre allí cuando esa calidad sea aceptada por el propio declarante o como testigo», pues de no corresponder a alguno de los indicados se dejará la «anotación complementaria» para propender por su reconocimiento en los términos de los artículos 57 y 58, que de resultar exitoso conduce a «extender la diligencia de reconocimiento en el folio en que se inscribió el nacimiento, con [la] firma [de quien reconoce] y la del funcionario».

Vistas dichas normas en su conjunto, el reconocimiento

de la calidad de padre extramatrimonial en el registro civil deriva de la firma (consentimiento) del reportado como tal en el instante del asiento del registro, ya sea que obre en calidad de declarante o como testigo de la inscripción; así como de la comparecencia posterior con el ánimo de admitirla y rubricar el acta en el espacio diseñado para ello en tal documento.

Así mismo, para los eventos en que quede dubitativa la filiación el artículo 60 alude a la extensión de una *«nueva acta con reproducción fiel de los hechos consignados en la primitiva»*, una vez *«[d]efinida legalmente la paternidad o la maternidad natural, o ambas, por reconocimiento o decisión judicial en firme y no sometida a revisión»*, quedando ambas con *«anotaciones de recíproca referencia»*.

En cuanto a la comprobación de los *«actos y hechos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938»*, el artículo 105 la centró en la *«copia de la correspondiente partida o folio»* o los *«certificados expedidos con base en los mismos»*, previendo allí mismo la forma como se procedería en caso de su pérdida o destrucción, pasos estos que se mantuvieron y complementaron con el artículo 9 del Decreto 2158 de 1970. No obstante, en el artículo 116 quedó restringida la prueba de la filiación para *«los casos en los que sea indispensable la demostración del parentesco, para fines personales o patrimoniales, en proceso o fuera de él»*, so pena de atentar contra el derecho a la intimidad de exigirse con otros propósitos.

f.-) Ley 29 de 1982 y la equiparación de derechos sucesorales a todas las categorías de hijos.

El inequitativo trato a la descendencia, dependiendo de su génesis, estaba acompañado del estigma a la estirpe «*ilegítima*» que terminaba relegada a un segundo plano, aunque día a día la realidad social evidenciaba lo irrazonable de tan molesta distinción y a pesar de todo se prolongó en el tiempo hasta la expedición de la Ley 29 de 1982, al menos en materia sucesoral.

Fue así como en su primer artículo adicionó un inciso al artículo 250 del Código Civil según el cual «[l]os *hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones*», principio general sobre el cual se introdujeron las reformas encaminadas a igualar los «*derechos herenciales*» de todos ellos, sin ambages, en los artículos 1040¹², 1043¹³, 1045¹⁴ y 1240¹⁵, entre otras disposiciones temáticas que resultaron modificadas y derogadas.

g.-) La Constitución Política de 1991 y la nueva visión de los hijos como titulares de derechos.

12 Para precisar como llamados a la sucesión intestada, entre otros a «[l]os descendientes; los hijos adoptivos (...)»..

13. Eliminando patrones diferenciales en la representación que se da «*en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos*».

14. Según el cual «[l]os hijos *legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal*».

15. Al fijar como legitimarios en el primer ordinal a «[l]os hijos *legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial*».

Como resultado de la coyuntura política, económica y social de finales de la década de los años ochenta, se expidió la Constitución Política de 1991, donde se consagró en el quinto inciso del artículo 42 como principio de orden superior que los *«hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes»*, disposición que se concatena con lo que posteriormente previene respecto de los niños y adolescentes.

En el artículo 44 se enunciaron como derechos fundamentales de los niños¹⁶ *«la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión»*, los cuales *«prevalecen sobre los derechos de los demás»*. La misma disposición impuso su protección *«contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos»*, amén de que *«[g]ozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia»*. Igualmente previó que *«[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos»*, pero posibilitando que *«[c]ualquier persona puede exigir de la*

16. Según el artículo 34 del Código Civil *«[l]ámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años»*.

autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores».

A continuación, en el artículo 45 en relación con los adolescentes, se indicó que tienen «*derecho a la protección y a la formación integral*», lo que significa una extensión de lo anteriormente previsto, sin que pudiera decirse que al pasar a dicha etapa cese o disminuya el compromiso para con éstos, sólo que se les abona el camino a una participación activa «*en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud*», lo que debe ser garantizado por «*[e]l Estado y la sociedad*».

Dicha consagración constitucional le dio una nueva perspectiva a la visión que debe imperar cuando están en juego los intereses de tales sujetos de especial protección, alejada de toda discriminación y con preferencia frente a cualquier otro derecho de orden superior que pudieran invocar los demás integrantes de la población, incluido su entorno familiar.

h.-) Pronunciamientos de la Corte Constitucional encaminados a efectivizar los derechos de los hijos.

A partir de la entrada en rigor de la nueva Carta Política, se evidenció un esfuerzo de la naciente Corporación instituida para su guarda, encaminado a lograr la materialización de los postulados allí contenidos y superar los escollos que pudiera generar la normativa precedente.

Es así como en CC C595/96 se expuso que la clasificación entre «*familia legítima para referirse a la originada en el matrimonio, en el vínculo jurídico; y de familia natural para referirse a la que se establece solamente por vínculos naturales*» no implica alguna discriminación sino el reconocimiento del «*diverso origen que puede tener la familia*».

Ese mismo año en CC C595/96 se declararon inexecutable los artículos 39 y 48 del Código Civil que se referían a la consanguinidad y afinidad ilegítima, con la precisión de que ello no implicaba la desaparición de la afinidad extramatrimonial, «*es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros*», que para todos los efectos legales seguiría existiendo. En las consideraciones de la providencia se expuso cómo el quinto inciso del artículo 42 de la Constitución brindaba una nueva visión donde expresamente se contemplan «*las tres clases de hijos: legítimos, extramatrimoniales y adoptivos*», ya que la «*referencia a los procreados “con asistencia científica” es impropia, no obedece a un criterio jurídico, porque los procreados en esta forma necesariamente serán legítimos, extramatrimoniales o adoptivos*».

En CC C-004/98 se declaró la inexecutable de la expresión «*de derecho*» que acompañaba la presunción de la época de la concepción del artículo 92 del Código Civil, por reñir con la realidad científica ya que «*la duración de la gestación no es ya un factor definitivo en la prueba de la filiación*», la que «*fuera de las demás pruebas aceptadas por*

la ley civil, se demuestra ahora, principalmente, por el experticio sobre las características heredo-biológicas paralelas entre el hijo y su presunto padre, y por la peritación antropo-heredo-biológica, medios de prueba expresamente previstos por el artículo 7º de la ley 75 de 1968», levantándose así la restricción que impedía en ciertas ocasiones demostrar ante la justicia la condición de hijo de una determinada persona o permitía el desconocimiento de la condición de hijo legítimo aun habiendo nacido durante el matrimonio, de ahí que «todas las normas que se refieran directa o indirectamente a la presunción del artículo 92, deberán interpretarse teniendo en cuenta que ésta es simplemente legal y no de derecho, y que, por consiguiente, es admisible la prueba en contrario».

Bajo la misma línea en CC C-289-00, «con la finalidad de asegurar la protección del patrimonio, tanto de los hijos habidos en una relación matrimonial, como los originados en una unión libre» se declararon inexecutable «las expresiones “de precedente matrimonio” y “volver a” del art. 169, y “de precedente matrimonio” del art. 171 del Código Civil», normas relacionadas con los requisitos de las segundas nupcias cuando existen hijos de relaciones anteriores, advirtiendo que

(...) conforme a lo dispuesto en los arts. 13 y 42 de la Constitución el vocablo “casarse” y la expresión “contraer nuevas nupcias”, contenidos en dichas normas, deben ser entendidos, bajo el supuesto de que la misma obligación que se establece para la persona que habiendo estado ligada por matrimonio anterior quisiere volver a casarse, se predica también respecto de quien resuelve conformar una unión libre de manera estable, con el propósito responsable de formar una familia, a efecto de asegurar la protección del patrimonio de los hijos habidos en ella.

i.-) Ley 721 de 2001 y el decreto oficioso de la prueba de ADN.

La Ley 75 de 1968 fue modificada por la Ley 721 de 2001¹⁷ con el ánimo de consagrar el deber oficioso del juez, «en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad», de ordenar «la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%» (art. 1 que reemplazó el 7 de la primera ley citada), lo que también extendió a los pleitos donde hubieren fallecido el «presunto padre o presunta madre o hijo», contemplando la posibilidad de exhumación del cadáver (art. 2), razón por la cual «[s]ólo 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» (art. 3).

En el resto del articulado se fijaron reglas procesales relacionadas con dicho medio, la asunción del costo por las partes, salvo que se hubiera concedido amparo de pobreza, y tendientes a obtener la oportuna comparecencia de los involucrados a la práctica del examen (arts. 4 a 8), así como temas institucionales para «garantizar la eficiencia científica, veracidad y transparencia de las pruebas con marcadores genéticos de ADN» (arts. 9 a 11). Finalmente conminó al ICBF a adelantar «una campaña educativa nacional para crear conciencia pública sobre la importancia y los efectos de la

¹⁷ <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1667141>.

paternidad o maternidad, como un mecanismo que contribuya a afianzar el derecho que tiene el niño o niña de tener una filiación» (art. 12).

j.-) La ley 1060 de 2006 y las nuevas reglas en materia de filiación e impugnación.

Con el objeto de modificar y actualizar el Código Civil en lo relacionado con las pruebas y términos para impugnar la paternidad, se presentó ante la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley 134 de 2004¹⁸, inspirado en la CC-004/98 y en cuya exposición de motivos se indicó que «[l]a Prueba del ADN es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad y se puede realizar por razones legales, médicas o personales siempre dentro de la máxima discreción y privacidad», de ahí que con ella «la figura jurídica de la presunción ha perdido vigencia, debido a que este adelanto de la ciencia prácticamente la ha destruido y la ha dejado en la actualidad sin peso jurídico».

En cuanto a los términos para impugnar se resaltó cómo «en nuestra legislación no corresponde a los postulados establecidos en los Principios Universales de los Derechos Humanos y la Constitución Política de 1991; ya que el Código Civil establece términos diferentes para unos y otros (Padres e Hijos), contrariando y violando los postulados generales», los que debían ser igualados «para los integrantes del núcleo

¹⁸ Como se puede constatar en la Gaceta del Congreso 472 del 26/08/2004 en el link <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Camara&fec=26-8-2004&num=472&consec=8926>.

familiar, padre, madre e hijos».

El propósito del proyecto estuvo encaminado a conjurar los

(...) casos de impugnación de paternidad, donde a pesar de haberse aportado una prueba médico-científica (Prueba Genética de ADN), pero debido a que no se ha observado el cumplimiento de los términos señalados por el Código Civil o demostrado la causal de adulterio para impugnar la paternidad, un hombre es sometido por la ley vigente y obligado mediante una sentencia a responder por un hijo que en algunas ocasiones no convive con los verdaderos padres biológicos y lo que es peor, un menor obligado a llevar en su nombre un apellido que no corresponde a su verdadero padre, situación no acorde con los principios de justicia, igualdad y libertad, que rompe la armonía del núcleo familiar que es la base de la sociedad, además de producir conflictos de orden psicológico para cada una de las partes.

La propuesta solo buscaba modificar los artículos 213, 215 y 217 del Código Civil y la inclusión de dos nuevos preceptos en dicha codificación, con el ánimo de fijar las reglas que permitirían desvirtuar la presunción legal del primer precepto, pero habilitando que de forma simultánea se adelantara la impugnación y la investigación de la verdadera filiación, con la posibilidad de reclamar la reparación de los perjuicios derivados del engaño al hacer creer como progenitor a quien no lo era. Ya en el tránsito legislativo la reforma se fue haciendo más compleja y profunda, para brindar solución a situaciones conflictivas relacionadas con el tema que a esa época estaban sin atender.

Fue así como vio la luz la Ley 1060 de 2006 que entró a modificar «*las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad*» donde se amplió la presunción

del artículo 213 del Código Civil al «*hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho*» e hizo lo propio con los alcances del 214 *ibidem*¹⁹, fuera de que estructuró de forma armónica las reglas para refutar los alcances de dichos preceptos con los cambios en los artículos 216 a 219, 222 a 224 y 248 *id*, así como la derogatoria de los artículos 215, 221 y 336 de la misma compilación, 5° y 6° de la Ley 95 de 1890 y 3° de la Ley 75 de 1968.

En virtud de dichas modificaciones tanto el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho, como el nacido después de los 180 días posteriores a las nupcias o al comienzo de la unión marital de hecho, «*tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes*», presunción que se puede derrumbar en «*proceso de investigación o de impugnación de paternidad*» donde se demuestre que «*el cónyuge o el compañero permanente (...) no es el padre*» o desvirtuarse con «*prueba científica (...) en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001*». El plazo para impugnar en tales eventos por el «*cónyuge o compañero permanente y la madre*» es de 140 días «*siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico*», lo que se entenderá como inmediato si la residencia del presunto padre coincide con el lugar del nacimiento del hijo, salvo que se compruebe el ocultamiento por la mujer.

19. Es de precisar que de conformidad con la CC C-131/18 la presunción de legitimidad por concepción que contempla el primer inciso del artículo 214, según la reforma introducida por el artículo 2 de la Ley 1060 de 2006, en el caso de las uniones maritales de hecho «*la contabilización del término de ciento ochenta días se empezará a contar desde cuando se acredite el inicio de la convivencia entre los padres*».

El hijo podrá impugnar en cualquier tiempo y el «juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera», mientras que en los pleitos de «reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad» se propenderá por vincular, en la medida de lo 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». Así mismo, se contempla la posibilidad de indemnizar los perjuicios ocasionados por quienes dieron lugar a una falsa imputación de la paternidad o la maternidad de salir airoso el reclamo del afectado.

Como se puede apreciar los cambios introducidos concatenaron, tanto la figura de la impugnación como la de la investigación de la filiación, a un contexto biológico en el cual la principal razón para derrumbar la presunción de los artículos 213 y 214 del Código Civil es la ausencia de identidad genética entre los hijos y quienes se tienen como sus progenitores.

k.-) Código de la Infancia y la Adolescencia. Nueva visión de los derechos de los menores.

Por medio de la Ley 1098 de 2006 se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, con la finalidad de garantizarle a todos los menores de edad un «pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia

y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión», donde prevalezca el «reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna» y el objeto de establecer un marco jurídico que posibilite su protección integral y permita garantizarles «el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento».

En el desarrollo de la codificación se precisó que para los efectos de la misma «*son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años*» y que «*se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad*», eso sí, «*[s]in perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil*» (art. 3); se consagró su aplicación generalizada en el territorio nacional, sin consideración a la nacionalidad, y los efectos extraterritoriales para los nacionales (art. 4); quedó contemplada su naturaleza de orden público y carácter irrenunciable, así como la aplicación preferente de sus principios y reglas frente a disposiciones contenidas en otras leyes (art. 5); incorporó y tuvo «*[l]as normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño*» como guía de interpretación y aplicación, pero a fin de que se prefiera «*la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente*» (art. 6); y se insistió en la necesidad de propender por su protección integral (art. 7) y la prevalencia de los derechos reconocidos, primordialmente

cuando riñen con los de «*cualquier otra persona*», en virtud del interés superior que los caracteriza (arts. 8 y 9), todo lo cual debe hacerse desde una perspectiva de género que reconozca «*las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social*» (art. 12).

La contundencia de esta última codificación en cuanto a la prevalencia del interés del menor, con amparo en los principios de orden superior resaltados (artículos 42, 44 y 45 de la Constitución), ha sido objeto de estudio en posteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional como las CC C-239/14²⁰ y C-262-16²¹, entre otros, lo que va aunado a la equiparación de derechos y deberes entre las diferentes categorías de hijos en pos de un trato igualitario, independientemente de su origen, como se memoró en CC C-

20. Sentencia donde se resaltó que «*(...) el niño es un verdadero sujeto de derechos y no un objeto. Si bien se debe propender por proteger al niño, pues su condición especial así lo requiere para el desarrollo armonioso de su personalidad, no debe pasarse por alto que el niño, en tanto ser humano, goza de todos los derechos reconocidos a los seres humanos. Frente al niño, antes que derechos, los demás seres humanos tenemos deberes, que se predicán de la familia, de la sociedad y del Estado. Un ser humano, así sea niño, no puede ser en ningún caso tenido o tratado como objeto del ordenamiento jurídico nacional o internacional, pues es un verdadero sujeto de derechos*».

21 Se reiteran allí los criterios previstos en la C-071 y C-683-2015, a tener en cuenta para resolver conflictos asociados con el derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, en particular para establecer vínculos de filiación, consistentes en el reconocimiento del vínculo familiar, el deber de intervención del Estado en casos de riesgo o abandono, la necesidad de proteger los lazos familiares consolidados, la prevalencia relativa de los lazos de consanguinidad, la intervención excepcional del estado en vínculos familiares ya establecidos, la protección de vínculos con cuidadores en situación especial. También se recuerdan los parámetros señalados en la C-683/15 para identificar cuando puede verse involucrado el interés superior del menor como son la garantía del desarrollo integral del menor y de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, el equilibrio con el derecho de los padres y la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.

451/16²² y C-046/17²³.

1.-) Recapitulación de la situación actual de los hijos en el derecho colombiano.

El anterior recuento refleja un cambio considerable en el régimen de los hijos, ya que pasaron de un matiz dominado por la sumisión paterna, donde el origen era determinante de privilegios y tratos más favorables, en contraposición a la presente inexistencia de barreras que pueda significar un trato disparejo o discriminatorio, ya que las denominaciones atadas a su génesis solo reconocen las diferencias que pueden existir en el entorno familiar, sin que trasciendan al campo del reconocimiento de derechos y la protección a los mismos.

Esa evolución no ha sido ajena a la Sala que en CSJ SC1225-2022, precisamente frente a la importancia del trato

22 Pronunciamiento en el que se recordó que «el artículo 13 Superior establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, que recibirán la misma protección por parte del Estado para que puedan gozar de los mismos derechos, sin que sea dable alegar una discriminación cimentada, por ejemplo, en el origen familiar. A su vez, este artículo que debe analizarse de forma sistemática con el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución Política, el cual fija un parámetro de igualdad de derechos y obligaciones entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. Significa lo anterior que, toda norma que establezca una discriminación basada en el origen familiar de los hijos, es contraria a la Constitución y por ello debe ser declarada inexecutable», por lo que se declaró la inexecutable del término «legítimos» del encabezado del Título XII – Libro I y en el artículo 252 del Código Civil, «por cuanto dicho encabezado excluye del criterio de interpretación del título, los derechos y deberes que también son predicables frente a los hijos extramatrimoniales y adoptivos. A su vez, el artículo 252 del Código Civil excluye a los ascendientes naturales y adoptivos de la posibilidad de ser beneficiarios legales de la obligación de cuidado y auxilio que deben prestar los hijos cuando aquellos se encuentren en estado de necesidad o debilidad manifiesta».

23 Declaró la inexecutable de «expresiones "legítimo" y "legítimos", contenidas en el artículo 1221 del Código Civil, por desconocer los artículos 13 y 42-6 de la Constitución Política, en cuanto promueven un efecto simbólico negativo en el uso literal del lenguaje empleado en dicha norma, que mantiene la discriminación para aquellos hijos cuyo lazo filial era identificado históricamente como ilegítimo».

indiscriminado de los hijos, resaltó cómo

[e]l texto constitucional y antes de ésta el artículo 1° de la Ley 29 de 1982 -como fue citado en otro aparte-, recogieron la aceptación, como realidad social, del origen diverso de la filiación de los descendientes, que se manifiesta en la presencia en nuestra legislación de sendos enunciados normativos, incluso algunos vigentes en la actualidad, que aluden a hijos matrimoniales y extramatrimoniales, mención que, de ninguna manera, prohija la vigencia en el ordenamiento jurídico de una segregación por el origen familiar a partir de la distinción entre filiación legítima e ilegítima, la cual no sólo es contraria «a los nuevos valores en que está inspirada la Constitución de 1991» (CC, C-801-2000, 29 jun., rad. D-2731), sino que atenta contra la dignidad humana (CC, C-595-96, 6 nov., rad. D-1267).

La igualdad de los hijos proclamada por la Carta Política impide que, a partir de su entrada en vigencia, pueda consentirse una categorización que los coloque en situación de disimilitud jurídica y sirva de parámetro de discriminación, de ahí que, así como no es aceptable hablar de descendencia «legítima» en contraposición a la «ilegítima», expresiones por demás anacrónicas, tampoco son admisibles las diferenciaciones de trato que desconozcan o mengüen la igualdad material de derechos y obligaciones amparada por el Constituyente.

No obstante, dicho trato igualitario no conlleva a desconocer las diferentes formas en que surgen las relaciones filiales, ya que por principio general la regulación vigente responde a una concepción netamente biológica, como se desprende de la normatividad que rige los temas de investigación del vínculo e impugnación del mismo, sin dejar de lado situaciones en las que pierde total relevancia el componente genético, como es el caso de las adopciones.

Aparejada a ambas emerge la reproducción asistida a la que alude el artículo 42 de la Constitución Política, en la cual dicho tema puede tener cierto grado de repercusión ya

sea que se cuente o no con aportación de componentes reproductivos provenientes de terceros, lo que se abordará más adelante.

Como se resaltó sobre el particular en CSJ SC6359-2017:

Atendiendo a su conformación, la filiación puede ser natural (matrimonial o extramatrimonial), adoptiva (por uno o ambos padres), o por reproducción artificial o asistida.

Tanto la filiación natural como la reproducción asistida se dan por un proceso genético que consiste en la fusión de dos gametos o células sexuales haploides, una femenina (óvulo) y otra masculina (espermatozoide). Una vez fecundado el óvulo por el espermatozoide se produce una célula denominada huevo o cigoto, que es diploide porque contiene dos conjuntos de cromosomas, uno proveniente de cada progenitor.

La diferencia entre la reproducción “natural” y la “artificial” consiste en que la primera se da por la cópula de los órganos sexuales masculino y femenino; mientras que en la segunda la fecundación del óvulo se hace sin unión sexual o ayuntamiento, aunque tales conceptos no son del todo precisos porque ambos procesos son biológicos y siguen las leyes naturales de la reproducción celular. La inseminación artificial es, entonces, la fecundación científicamente asistida del óvulo, que puede hacerse en el útero de la madre o fuera de éste (in vitro); con semen de la pareja o de un donante.

Los efectos jurídicos sobre el estado civil son iguales para todas las relaciones de filiación, independiente de la forma en que se produzcan, o si son matrimoniales o extramatrimoniales. Así lo reconoce el inciso 6° del artículo 42 de la Constitución Política:

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

Dicho precepto consagra el principio de «unidad de filiación», conforme al cual los hijos deben recibir idéntico trato jurídico,

independientemente del origen diverso que pueda tener la familia.

El distinto origen de la familia determina las formas de adquisición del estado civil de las personas, el cual «deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos». (Art. 2° Decreto 1260 de 1970).

El vínculo paterno-materno-filial generalmente se origina por reproducción biológica y, en un menor número de casos, por adopción o inseminación artificial consentida, que son hechos con relevancia jurídica que dan origen a situaciones de estado civil que el ordenamiento legal atribuye a las personas, como lo dispone el precitado estatuto. Las fuentes jurídicas de la filiación son, entonces, el artículo 42 de la Constitución Política, las disposiciones del Libro I del Código Civil que regulan el régimen de las personas y el Decreto 1260 de 1970.

Vale la pena precisar que dicho precedente debe ser revaluado en el sentido de que el concepto de «filiación» en el actual orden jurídico admite una clasificación más diversa a la que allí se indica e incluso a la pregonada en CC C595/96 donde se precisó que el sexto inciso del artículo 42 de la Constitución expresamente contempla «*las tres clases de hijos: legítimos, extramatrimoniales y adoptivos*».

Lo anterior, si se tiene en cuenta que conforme a los más recientes pronunciamientos de la jurisdicción constitucional, la reforma introducida a los artículos 213 y 214 del Código Civil por los artículos 1 y 2 de la Ley 1060 de 2006; y según se percibe en el artículo 2 de la Ley 2129 de 2021, al modificar el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970, los hijos hoy en día se clasifican en «*matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos, de unión marital de hecho, de parejas conformadas por el mismo sexo y con paternidad o maternidad declarada judicialmente*», sin que ello conlleve

algún tipo de discriminación sino el reconocimiento del «*diverso origen que puede tener la familia*» como en su momento señaló la referida CC C595/96.

Eso es así porque semánticamente el término matrimonial²⁴ no comprendería a los hijos nacidos en vigencia de las demás relaciones estables de pareja, mientras que la categoría de «*legítimos*» sería inexacta ya que deriva del Título 10 del Libro Primero de la Codificación Civil que se refiere a «*los hijos legítimos concebidos en matrimonio*», aún cuando los aludidos artículos 213 y 214 que pasan a desarrollarlo y fijan reglas de presunción de filiación, en su redacción actual, comprende a los concebidos y nacidos tanto dentro del matrimonio como en vigencia de una unión marital de hecho. Por demás, como se reseña en el precedente de constitucionalidad antes referido, los niños procreados con asistencia científica encajarían en alguna de las condiciones antes previstas, dependiendo de las circunstancias.

2.- Correlación entre la filiación y el grupo familiar.

La filiación es connatural a la familia, de ahí que cobra relevancia la evolución de dicho concepto en el ámbito patrio, puesto que la visión que inspiró su contemplación legal en un comienzo se ha ido replanteando, conforme a los cambios sociales y normativos contemporáneos.

²⁴ Según la definición del DRAE en su única acepción su significado es «[p]erteneciente o relativo al matrimonio».

a.-) Contexto de familia en el Código Civil para la época en que empezó a regir.

El artículo 113 del Código Civil, que se mantiene inalterado a la fecha, define el matrimonio como «*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*», de donde se extrajo una visión de «*familia tradicional*» originada en la decisión concertada y formalizada de dos personas de distinto sexo de trazar un proyecto de vida común que incluía, como uno de los propósitos primordiales, la progenie.

Era tal la relevancia de la figura que se reguló ampliamente desde sus albores al tratar el tema de los esponsales y las capitulaciones, incluyendo todo lo relacionado con su celebración, la nulidad del vínculo y sus efectos, así como la disolución por muerte o divorcio. También se trataron aspectos inmanentes al mismo como las obligaciones entre los cónyuges; el régimen de la sociedad conyugal; lo relativo a los hijos nacidos en vigencia del matrimonio, con la consecuente presunción de paternidad legítima, así como la legitimación de los habidos entre la pareja antes del vínculo y los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos; la adopción; la patria potestad y la emancipación que en un comienzo solo se concebía para los «*hijos legítimos*»; además de su incidencia en las segundas nupcias y el campo sucesoral²⁵.

²⁵. Aun cuando la mayoría de la regulación quedó comprendida en el Libro

No obstante, esa amplia regulación en aras de proteger la familia así concebida tenía un matiz patriarcal en el que la esposa y los hijos estaban subordinados al poder del cónyuge y padre, quien era considerado la «*cabeza*» de dicha institución.

Tal era la situación que algunos preceptos, la mayoría ya separados del ordenamiento y otros atemperados con el paso del tiempo, ahondaban en un trato discriminatorio al prescribir que «[l]a mujer casada sigue el domicilio del marido» (artículo 87); en caso de requerirse permiso para el matrimonio de menores y de existir desacuerdo entre ambos progenitores «*prevalecerá en todo caso la voluntad del padre*» (artículo 117); las mujeres no podían ser testigos «*para presenciar y autorizar un matrimonio*» (numeral 1° artículo 127); entre las causales de nulidad del matrimonio estaban la falta de libertad «*en el consentimiento de la mujer, por haber sido esta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor*» y cuando se celebraba «*entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio*» o «*entre una mujer menor de veintiún años, aunque haya obtenido habilitación de edad, y el tutor o curador que haya administrado o administre los bienes de aquélla, siempre que la cuenta de la administración no haya sido aprobada por el juez*» (numerales 6,7 y 13 del artículo

primero Títulos III a XV, artículos 110 a 317, del Código Civil; lo relativo a las capitulaciones y el régimen de la sociedad conyugal se contempló en el Título 22 del Libro cuarto, artículos 1771 a 1841 y en materia de sucesiones en el Libro Tercero.

140); la inviabilidad de la anulación del matrimonio «*cuando la mujer, aunque sea impúber, haya concebido*» (artículo 143); prever que los hijos de un matrimonio declarado nulo «*quedan bajo la potestad del padre*», pero serían «*alimentados y educados a expensas de él y de la madre, a cuyo efecto contribuirán con la porción determinada de sus bienes que designe el juez*» (artículo 149); ni qué decir de la administración de los bienes comunes por el «*marido*» (artículos 1805 al 1813), que se extendía incluso durante el proceso de separación (artículo 158) y cuando «*la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio*», como consecuencia accesoria a la pérdida de «*todo derecho a los gananciales*» (artículo 163).

La anterior relación, a manera enunciativa, es muestra de una visión según la cual las mujeres y los hijos estaban subyugados al poder del esposo y padre, quien se consideraba el proveedor del grupo familiar, independientemente de que eso pudiera llegar a ser ajeno a la realidad, a lo que se sumaba el trato segregacionista a cualquier otra opción de vida que no encajara dentro del régimen matrimonial, pues aunque el artículo 329 del Código Civil de la Unión precisaba que «*no se tendrá como concubina de un hombre sino la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno o otro sean solteros o viudos*», eso solo era tenido en cuenta para los efectos del 328 según el cual «*[l]os hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de éste, a menos que compruebe que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción estuvo imposibilitado para tener acceso a la mujer*», estipulaciones

que de todas maneras tuvieron corta vigencia ya que fueron derogadas por el artículo 65 de la Ley 153 de 1887, en la cual a su vez se desarrolló la figura de los hijos «*naturales*» en los artículos 54 a 59 y 66 a 79, como se recordó con antelación.

b.-) Reformas legales entre 1887 y 1990 con incidencia en el ámbito familiar.

La dispareja situación expuesta empezó a cambiar de forma paulatina, ya que con la Ley 8 de 1922 se concedió la administración y uso libre a la «*mujer casada*» de los bienes determinados en las capitulaciones matrimoniales y los de «*su exclusivo uso personal*», además de que posibilitó que las mujeres pudieran ser «*testigos en todos los actos de la vida civil*»; mientras que con la Ley 28 de 1932, relacionada con el «*régimen patrimonial en el matrimonio*», ya se consagró la libre administración y disposición por cada cónyuge durante el matrimonio de los bienes que les pertenecieran con antelación al vínculo, los que se hubieren aportado y los que adquirieran durante su vigencia, con la precisión de que al momento de la disolución o cualquier otro evento que implicara liquidación de la sociedad conyugal, «*se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación*» (artículo 1), régimen igualitario que se desarrolló en el resto del articulado y aún se mantiene en su esencia. Eso sí, allí mismo se estipuló la nulidad absoluta de las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, entre cónyuges, salvo el de mandato general o especial, en consonancia con lo que predicaba el artículo

1852 del Código Civil según el cual conlleva igual efecto «*el contrato de venta entre cónyuge no divorciados y entre el padre y el hijo de familia*».

Para esa época continuaba la marginalidad de las relaciones «*concubinarias*», a pesar de que en CSJ SC026-1935, se contempló la posibilidad de que coetáneamente con la convivencia surgiera una sociedad de hecho de segunda clase entre concubinos, pero bajo una visión comercial mas no proteccionista de alguno de los integrantes de la pareja²⁶, siempre que se dieran los siguientes supuestos:

Si la sociedad -lo que es muy frecuente- se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales:

1º- Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera de, matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa;

2º- Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos.

²⁶. Ese sentido se mantuvo consistentemente en las CSJ SC 30 nov. 1935 G. J. Tomo XLII, págs. 479 y ss; 7 dic. 1943 G. J. Tomo LVI, págs. 435 y' ss., 7 de mayo y 17 sep. 1947, esta última publicada en G. J. Tomo LXIII, págs. 19 a 23.

Sin desconocer los fines que inspiraban el marco normativo de los nexos familiares para entonces, lo cierto es que con el paso de los años se iba distanciando de la realidad reinante, ya que la decisión de convivir en pareja sin existir de por medio un vínculo matrimonial era creciente, muchas veces como consecuencia de la indisolubilidad de las nupcias por el rito católico y a pesar de haber cesado la convivencia entre los cónyuges. Incluso, no en pocas ocasiones, por presión social se acudió a la celebración de nuevos matrimonios en el extranjero viciados de nulidad en el territorio patrio en virtud de los nexos preexistentes, incrementándose así la litigiosidad.

Por si fuera poco, en el campo político a las mujeres ni siquiera se les reconocía como ciudadanas, ya que en la otrora Constitución de 1886, según el artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 1936, solamente detentaban tal categoría los «*varones mayores de veintiún años*», a pesar de que según el siguiente artículo 8° «*la mujer colombiana mayor de edad*» podía desempeñar empleos así llevaran «*anexa autoridad o jurisdicción*», situación que fue replanteada en el Acto Legislativo 1 de 1945 al considerar como «*ciudadanos los colombianos mayores de veintiún años*», pero reservando «*la función del sufragio y la capacidad para ser elegido popularmente*» únicamente a los «*varones*».

Los vientos de cambio fueron arreciando y con el Acto Legislativo 3 de 1954 se les permitió el sufragio a las mujeres, lo que fue complementado luego con el Decreto 2820 de 1974

donde por fin se propugnó por la igualdad de derechos y obligaciones indistintamente para «*mujeres*» y «*varones*», modificando en lo pertinente varias disposiciones del Código Civil, con incidencia en las relaciones de familia, para hacerlas acordes a la nueva situación.

Posteriormente la Ley 1 de 1976 introdujo modificaciones al divorcio e instituyó la separación de cuerpos y de bienes «*en el matrimonio civil y en el canónico*», además de que se introdujeron modificaciones sustanciales y procesales en materia de Derecho de Familia, tales como los alimentos, la disolución de la sociedad conyugal y los trámites relacionados con esos temas. En ese entorno también cobró relevancia la Ley 27 de 1977 que fijó la mayoría de edad en los 18 años, incidiendo en temas relacionados con el matrimonio, la emancipación y las obligaciones alimentarias.

c.-) La Ley 54 de 1990 y la nueva concepción de familia en la Constitución Política de 1991.

Si bien la jurisprudencia de la Corte había flexibilizado en algo el reconocimiento a la labor conjunta de los concubinos²⁷, fue solo hasta la expedición de la Ley 54 de

²⁷. Ejemplo de esto es la CSJ SC 26 mar. 1958, G. J. Tomo LXXXVII, págs. 490 a 503 donde se precisó que «*[g]eneralmente entre concubinos se forma una sociedad de hecho de las de la segunda clase. Frecuentemente el concubinato, además de la comunidad de vida, crea una comunidad de bienes. Los ahorros que hace el concubino se deben en parte a la industria y economía de la concubina; con dichos ahorros comienza a formarse un capital. No puede decirse que tal capital es de exclusiva propiedad del concubino, sino de ambos, pues su formación se hizo dentro del estado de concubinato y con ocasión del mismo*».

1990 que en su artículo 1 contempló la figura de la «*unión marital de hecho*» bajo el entendido de que es «*la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular*», a la cual podría ir aparejada una sociedad patrimonial siempre y cuando aquella perdurara por más de dos años y se cumpliera alguno de los dos supuestos referidos en la presunción del artículo 2.

Casi de forma coetánea se expidió la Constitución Política de 1991, actual rectora del ordenamiento patrio, en cuya elaboración se hizo acopio de todas las transformaciones sufridas en el ámbito familiar para instituir en el artículo 42, dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, una noción comprensiva de todo tipo de familias, independientemente de su origen, que reflejara los principios fundamentales de igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad previstos en los artículos 13, 15 y 16, bajo los siguientes términos:

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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales

derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

En el mismo texto se recalcó en el artículo 43 sobre la igualdad de derechos y oportunidades entre «*la mujer y el hombre*», sin que resulte admisible alguna discriminación a la primera y comprometiéndose el Estado a apoyar especialmente a la «*mujer cabeza de familia*».

Como complemento del artículo 42 se expidió la Ley 25 de 1992 que reglamentó sus incisos 9 a 13, para extender los efectos civiles a «*los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia que haya suscrito para ello concordato o tratado de Derecho Internacional o convenio de Derecho Público Interno con el Estado Colombiano*» y consagrar la cesación de aquellos «*por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia*», además de precisar algunas reglas sobre esta causal de disolución del vínculo, facilitando con ello la

reconformación de los nexos afectivos vinculantes al querer de los integrantes de la pareja.

A pesar de que el Código Civil en su artículo 113 precisa que el contrato de matrimonio es la unión solemne de «*un hombre y una mujer*», la Ley 54 de 1990 definió a la «*unión marital de hecho*» como la conformada entre «*un hombre y una mujer*» y el artículo 42 superior admite que los diferentes tipos de familia se constituyen por la «*decisión libre de un hombre y una mujer*», nociones todas ellas que en su tenor literal darían a entender que solo entre personas de distinto sexo podría germinar un vínculo constitutivo de familia. Tal visión se ha visto replanteada frente a la interpretación que al respecto se le ha dado por la Corte Constitucional en su labor de guardiana de la norma superior.

Si bien en los primeros exámenes de constitucionalidad de normas preexistentes, por ejemplo la CC C-105/94 donde se declaró la inexecutable de algunos artículos del Código Civil, se pregonaba con amplitud que «*la Constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida "por vínculos naturales o jurídicos", es decir, a la que surge de la "voluntad responsable de conformarla" y a la que tiene su origen en el matrimonio*», el estudio se refería a la que derivaba de la decisión entre «*un hombre y una mujer*»²⁸. Así incluso se

²⁸ Lo mismo aconteció en CC C098/96 donde pese a precisar que «*desde el punto de vista constitucional, la conducta y el comportamiento homosexuales, tienen el carácter de manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones válidas y legítimas de las personas*», eso no significaba que las parejas del mismo sexo pudieran constituir uniones maritales en los términos del artículo 1° y del literal a del artículo 2° de la Ley 54 de 1990; igual en CC C595/96 y C289-00, esta última en donde se conceptuó que «*[l]a familia es una realidad sociológica que fue objeto de un*

recalcó en CC C-814/01, al proceder a interpretar el artículo 42 de la Constitución desde su literalidad y según el contexto histórico, bajo el entendido de que *«la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual»*²⁹.

d.-) Evolución del concepto de familia a la luz de la Constitución Política de 1991.

El anterior horizonte empezó a cambiar con la expedición de la CC C-075/07³⁰, donde se advirtió cómo *«hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicán de la pareja heterosexual»*, para entonces desprotegida, generándose un trato discriminatorio inadmisibles que ameritaba reconocimiento jurídico, pero con una connotación económica derivada del ejercicio de una opción de vida admisible al amparo de *«la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad»*, cuidándose de esbozar que fueran constitutivas de familia al *«[d]eclarar*

reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991, en cuanto se la considera como el núcleo o sustrato básico de la sociedad», pero desde una perspectiva heterosexual.

²⁹ En CC C-271/03 tajantemente se expresó que *«el artículo 42 Superior se ocupa de calificar la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, aclarando que ésta se constituye por vínculos naturales o jurídicos, es decir, que surge a través del matrimonio o de cualquier otra forma de unión entre dos personas de distinto sexo»*.

³⁰ Pronunciamento donde se abrió de nuevo la discusión planteada en CC C-098/06 y se analizó la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, con la modificación que le introdujo la Ley 979 de 2005 y en virtud de la cual cobro relevancia *«la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad»*.

la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales».

Dicho pronunciamiento sirvió de base para declarar en CC C-811/07 la exequibilidad condicionada del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, sobre «cobertura familiar», bajo «el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo», con similares parámetros a dicho precedente y acudiendo en adición al principio de progresividad, pero con las mismas omisiones que se resaltaron en uno de los salvamentos y la aclaración de que fue objeto³¹.

A pesar de la renuencia a aceptar que dos personas del mismo sexo pudieran instituirse como familia por la decisión libre y autónoma de adelantar un proyecto de vida, por vía de tutela se amplió la lectura del artículo 42 de la Constitución a otras situaciones cotidianas que sí podían considerarse constitutivas de la misma, tal es el caso de la CC T-1163/08 donde se llamó la atención a que

(...) el pluralismo inmanente a la Constitución Colombiana conlleva

31 Situación similar se presentó en CC C798/08 donde se interpretó que el delito de inasistencia alimentaria también aplica entre parejas del mismo sexo, en el que se barajó en la discusión si eran constitutivas de familia, pero dicho aspecto ni siquiera fue tratado en las consideraciones y en CC C-029/09, en la que al abordar el estudio de constitucionalidad de múltiples estipulaciones del ordenamiento y su incidencia para las parejas conformadas entre personas del mismo sexo, se advirtió de entrada que «no obstante que entre las expresiones demandadas en distintas disposiciones se encuentran las de “familia”, “familiar” o “grupo familiar”, los accionantes no presentan cargos específicamente orientados a cuestionar el concepto de familia previsto en la ley, ni el alcance que el mismo tiene de acuerdo con la jurisprudencia, razón por la cual la Corte se inhibirá de hacer un pronunciamiento de fondo en relación con tales expresiones».

a que el concepto de familia no se reduzca exclusivamente a aquella conformada por hombre y mujer. Esto se evidencia en el artículo 42 de la Carta, donde se estableció que “[s]e 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 (...)”. Así, la familia surge, entre otros, por el matrimonio, la unión marital de hecho o la adopción. Sin embargo, al establecerse la constitución de la familia por la voluntad responsable, esto conlleva a que a este concepto se llegue por caminos diferentes, distintos, y no simplemente a partir del vínculo entre un hombre y una mujer.

En este orden de ideas, la familia puede estar conformada por una madre soltera y su hijo o hija, e incluso por un padre y sus descendientes. Es más, la disolución del matrimonio – simple negocio jurídico – no acarrea el fin del vínculo familiar. De hecho, la muerte de alguno de los ascendientes, o incluso de ambos, no conlleva el fin de las relaciones familiares, que subsisten entre hermanos y hermanas, primos y primas, nietos y abuelos.

La posibilidad de constitución de la familia exclusivamente por un adulto y su descendencia, o por un adulto y otras personas pertenecientes a su núcleo familiar que no sean necesariamente sus hijos o hijas, fue expresamente reconocida por el constituyente. Así, por ejemplo, en el artículo 43 de la Carta se dispuso que “(...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (...)”; amparo que se debe brindar aún si aquella no es madre de los demás miembros del núcleo familiar que dependen de ella, ya sean abuelos, padres, o hermanos. En este sentido, el inciso segundo del artículo 2° de La ley 82 de 1993, Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, establece que “(...) es Mujer Cabeza de familia, quien (...) ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar (...)”. Otro claro ejemplo fue consagrado en el inciso séptimo del artículo 42, donde se estableció que “(...) [l]os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes (...)”. O en otras palabras, no importa si los descendientes fueron concebidos por una mujer que se efectuó un procedimiento de inseminación artificial o dentro del matrimonio, el hecho es que tiene iguales derechos y deberes frente a su núcleo familiar, la sociedad y el Estado.

e.-) Vínculo solemne entre personas del mismo sexo como constitutivo de familia.

Fue con la CC C-577/11 que se introdujo un cambio sustancial al concepto de familia para desligarlo del que tradicionalmente había imperado hasta entonces, inspirados en que

(...) tanto la familia como el matrimonio, son derechos de carácter fundamental. Tratándose de la familia, la Corte ha precisado que es “una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones”, ya que “su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia”.

En este orden de ideas, es evidente que la persona tiene el derecho a conformar una familia y que su ámbito de protección comprende una faceta negativa, cual es el derecho a no constituir una nueva familia, aunque inevitablemente se pertenezca a alguna en condición distinta a la de esposo o padre y, a su turno, procede puntualizar que, tal como se ha visto, en los términos del artículo 44 superior, a los niños les asiste el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

En dicho proveído, frente al matrimonio se recalcó que está íntimamente atado al derecho al libre desarrollo de la personalidad y que del mismo

(...) surge una familia fundada en vínculos jurídicos, pero la unión matrimonial no agota el espectro de las relaciones familiares, pues “la Constitución reconoce y protege el matrimonio como una de las formas de conformar una familia”, de manera que la familia surgida del matrimonio es “una de las posibles formas familiares a la que pueden recurrir los colombianos”, dado que otras formas tienen origen en diferentes clases de vínculos, de entre los cuales el artículo 42 superior destaca los denominados “naturales”.

Esa visión amplificada sirvió a la Corte Constitucional para precisar que a pesar de las diferencias que pudieran surgir entre dos figuras constitutivas de familia como son el matrimonio y la unión marital de hecho ambas merecen protección constitucional, muy a pesar de que su disimilitud justificara regulaciones separadas en algunos aspectos, con la advertencia de que

(...) tratándose de los hijos, no procede aplicar el mismo régimen al que están sometidas las relaciones de pareja, ya que en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad, porque, en relación con los hijos, “no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o no matrimonial”, igualdad absoluta que no existe “en la protección de las diferentes uniones convivenciales”.

Esas circunstancias llevaron a replantear la definición habitual de «*familia*» que había imperado hasta ese momento, al advertir que ni la heterosexualidad ni la consanguinidad son características predicables de todo tipo de vínculos de esa índole, mientras que existen otros aspectos determinantes como «*el amor, el respeto y la solidaridad*» en pos de la «*unidad de vida o destino que liga íntimamente a sus miembros e integrantes más próximos*», presentes en diferentes formas de interactuar en el conglomerado social, de ahí que se fijó como nueva regla de interpretación del primer inciso del artículo 42 de la Constitución que «*la sola pareja que libremente manifiesta su consentimiento o se une con vocación de permanencia es ya una familia*», indistintamente del sexo de quienes la conformen.

No obstante, en esa oportunidad la Corte no encontró viable decidir *«acerca de la opción que está llamada a garantizar la existencia de la posibilidad de optar en el caso de las parejas homosexuales decididas a conformar familia y su desarrollo concreto»* por ser un asunto de competencia del Congreso, al cual exhortó para que en un plazo equivalente a dos legislaturas expidiera la ley que superara la disparidad advertida con la advertencia de que si al 20 de junio del año 2013 no se había cumplido tal cometido, como aconteció en su momento, *«las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión»*, eso sí, conservando dicha Corporación su *«competencia legislativa sobre la materia»* que podría ejercer a futuro.

f.-) La extensión del término cónyuge y los derechos que lleva implícito entre parejas del mismo sexo.

El ánimo proteccionista al entorno familiar desde la nueva visión conllevó a declarar en CC C-238/12 la exequibilidad condicionada de los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del Código Civil, que contienen reglas en materia de sucesión intestada y porción conyugal, bajo el entendido de que el término *«cónyuge»* allí contenido *«comprende al compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho»*, luego de dejar sentado que

(...) la evolución del concepto tradicional de familia y el surgimiento de una amplia variedad de tipos familiares que superan, con creces, el reconocimiento exclusivo de la modalidad caracterizada por la heterosexualidad y el vínculo acordado según el contrato de matrimonio, son factores que conducen a reconsiderar, a partir de supuestos específicos, los alcances de la protección que la Carta dispone a favor de la familia en cuanto núcleo básico de la sociedad, al tenor de lo establecido en los artículos 5 y 42 superiores.

Con posterioridad en CC C-278/14, haciendo eco a la evolución en la jurisprudencia constitucional, se trajo a colación que

[e]n cuanto al alcance del concepto de familia, la Corte ha considerado que debe considerarse la realidad social y por ende, ha ampliado su ámbito de protección a todo tipo de familias, originadas en el matrimonio, en las uniones maritales de hecho, así como a las familias monoparentales, o las constituidas por parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo”. De este modo, se ha entendido que la familia debe ser especialmente protegida independientemente de la forma en la que se conforma el grupo familiar.

g.-) Posibilidad de adopción por parejas del mismo sexo.

Aunque la CC C-577/11 abrió el camino para posibilitar la formalización de las parejas del mismo sexo, desde ese momento y en los años subsiguientes eran vistas en forma autónoma, como si el círculo familiar se circunscribiera solo a quienes estuvieran inmersos en la relación y así se hizo saber en CC SU617/14, donde se estudió la posibilidad de adopción de un hijo producto de una inseminación artificial

por parte de la compañera permanente de la madre, al señalar que *«la barrera normativa para la adopción conjunta por parejas homosexuales no resultaba lesiva del principio de igualdad, en atención a que la familia heterosexual y monogámica, por ser el escenario natural de la reproducción de la especie y de la renovación generacional»*. Empero al analizar el caso concreto se precisó que

(...) en la hipótesis planteada, en la que confluye la circunstancia de la filiación única, la conformación de una unión permanente del padre o la madre y un tercero del mismo sexo, la inserción de este en el núcleo familiar, y la conformación de un vínculo afectivo y de solidaridad entre este último y el menor, en el que aquél comparte la crianza, el cuidado y la manutención del niño, y en el que asume el compromiso de hacerlo de manera indefinida e incondicional, la denegación de la adopción con fundamento en el carácter homosexual de la pareja, implica un déficit de protección del menor que amenaza gravemente sus derechos.

En concordancia con la anterior posición en CC C-071/15 se analizó por separado la adoptabilidad de las parejas entre personas del mismo sexo dependiendo de la clasificación normativa, para concluir que en la adopción conjunta establecida en los numerales 1 del artículo 64 y 3 del 68 de la Ley 1098 de 2006 dichas normas *«no establecen una diferenciación basada en la orientación sexual de los aspirantes a adoptar sino que se funda en la composición de la pareja adoptante (que los compañeros permanentes sean diferente sexo, esto es, hombre y mujer)»* lo que no constituía una *«discriminación por motivo de orientación sexual»*, mientras que en el evento de la *«adopción complementaria o por consentimiento (núm. 5º del artículo 64, artículo 66 y núm. 5º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006)»* a pesar de no advertirse *«defectos de constitucionalidad por el hecho de que*

el Legislador haya autorizado que una persona pueda adoptar el hijo biológico de su compañero o compañera permanente», se estimó necesario condicionar la exequibilidad de dichos preceptos «en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente».

Es en la CC C-257/15 donde, tomando en consideración los lineamientos sentados en la CC C-577/11, se acoge la definición actualizada y más ampliada del concepto de familia bajo el entendido de que se refiere a una

(..) comunidad de personas unidas por vínculos naturales o jurídicos, fundada en el amor, el respeto y la solidaridad, caracterizada por la unidad de vida que liga íntimamente a sus integrantes más próximos. Además, es una realidad dinámica en la que cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad, entre otros. El régimen constitucional colombiano ha buscado hacer de ella el escenario para que, dentro de un clima de respeto, no violencia e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse libre y plenamente sin la intromisión de terceros. De esta forma, la institución pretende lograr un equilibrio entre la estabilidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de cada uno de sus integrantes.³²

Pero a pesar de tan significativo avance, aún era necesario profundizar en situaciones que a pesar de haberse estudiado en la CC C-071/15 seguían siendo objeto de discriminación y fue allí donde vio la luz la trascendental CC C-683/15 que declaró exequibles varios apartes demandados de los «*artículos 64, 66 y 68 (numerales 3º y 5º) de la Ley 1098*

³² Concepto reiterado en CC C-296/19

de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, así como del artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, pero con el condicionamiento de que «en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia», esto es, a pesar de que se entendían superadas las discusiones sobre el trato diferencial de las uniones entre personas de igual sexo frente a los demás vínculos constitutivos de familia, fue el ánimo de amparar las necesidades de un grupo de especial protección el que permitió la adopción por parte de aquellas sin las limitantes del precedente que entró a complementar.

Casi simultáneamente en CC SU696/15 se introdujo el concepto de «*familia diversa*» al estudiar un caso donde las autoridades encargadas del Registro Civil se mostraban renuentes a inscribir como hijos de dos padres colombianos del mismo sexo, que habían solemnizado su relación como una unión marital de hecho ante una Notaría de Medellín y posteriormente celebrado matrimonio civil en Estados Unidos, a dos niños concebidos por inseminación in vitro, pronunciamiento en el que se concluyó que

(...) después de reconocer también el derecho que tienen estas parejas a ser beneficiarios del régimen de salud, de la pensión de sobrevivientes e, incluso, de la extensión del delito de inasistencia alimentaria y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de todo funcionario público, la Corte aceptó plenamente que la Constitución reconoce el principio de familia diversa y que, particularmente las que están conformadas por parejas del mismo sexo, están sujetas a un déficit de protección que debe ser

corregido por el Estado. Puntualmente, la sentencia C-577 de 2011, señaló que la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. De esta manera, en su conformación, la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros.

A renglón seguido se hizo un parangón entre esa precisión y el trato constitucional dado a los derechos de los niños para concluir que

(...) la jurisprudencia vigente reconoce plenamente el carácter diverso de la familia sin hacer ninguna distinción acerca de la exigibilidad que tienen los derechos de los niños en los distintos tipos de unión. En otras palabras, mientras el concepto de familia se ha ampliado de manera progresiva, la regla de respeto absoluto por los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separado de la misma se ha mantenido incólume con el paso del tiempo. Sin importar el tipo de hogar, los derechos de los niños prevalecen y las grandes garantías que el régimen constitucional reconoce para su protección no cambian en los más mínimo.

Dicha sentencia de unificación concedió el amparo solicitado haciendo énfasis en que conforme a las particularidades caso

(...) no se trata de un[a] discusión acerca de la capacidad que tienen las parejas del mismo sexo a adoptar sino del derecho que tienen los menores de edad, en aras del interés superior que obliga al Estado a observar y proteger sus derechos fundamentales de manera prioritaria, a tener una familia y a no ser separados de ella. En este caso se trata de dos menores de edad que tienen una relación filial con sus dos padres, a partir de la presunción de legitimidad del Código Civil y por la naturaleza del proceso de reproducción asistida al que acudieron los accionantes, por lo que la figura de la adopción, destinada a reemplazar un vínculo

biológico o reconocer la realidad filial en una familia, no aplica.

h.-) Asimilación de los vínculos solemnes entre personas del mismo sexo al matrimonio civil.

En vista de los múltiples tropiezos que se ocasionaron en diferentes estrados, las notarías del país y las oficinas de la Registraduría Nacional del Estado Civil³³, al presentarse posiciones divergentes frente al efecto práctico que se derivaba de la CC C-577/11 y la inacción del Congreso al vencer el plazo concedido para legislar sobre el tema tratado en el fallo, varias parejas del mismo sexo solicitaron amparo a sus derechos fundamentales.

La situación se zanjó con CC SU214-16 al precisar la dualidad de propósito de aquel fallo en el sentido de «*respetar la facultad legislativa del Congreso de la República (principio mayoritario)*», como primera medida, y de no cumplirse lo anterior, en segundo lugar, «*permitirle a las parejas del mismo sexo constituir una familia, mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal, en caso de que el legislador no estableciera los parámetros normativos al respecto (principio de prevalencia de los derechos fundamentales)*», tras advertir que a esa data no existía para

³³ En CC SU214-16 se advirtió como «*Con base en el principio constitucional de autonomía judicial, algunos Jueces civiles interpretaron la Sentencia de la Corte, en el sentido de que el vínculo solemne y formal que podían contraer las parejas del mismo sexo correspondía a aquel del matrimonio civil. Para tales efectos, los funcionarios aplicaron, por vía analógica, las normas civiles que regulan el matrimonio entre parejas de distinto sexo (...) Algunos Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil, por el contrario, entendieron que se trataba de un contrato civil innominado mas no de un matrimonio-, en tanto que la Procuraduría General de la Nación formuló diversas acciones de tutela encaminadas a evitar la celebración de matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo*

las parejas del mismo sexo *«una opción clara, idónea y jurídicamente eficaz para contraer matrimonio, en iguales condiciones a las de las parejas heterosexuales, dado que la figura de la unión marital de hecho, y la indeterminada “unión solemne”, resultan insuficientes e implican un déficit de protección constitucional»*, para concluir que *«con base en lo decidido en Sentencia C-577 de 2011, la Corte reitera que el referido vínculo contractual corresponde a la celebración de un matrimonio civil, en los términos del artículo 113 del Código Civil»*.

Fue por eso que sentó como reglas de ejercicio *«de funciones judiciales, notariales y registrales en materia de matrimonio entre parejas del mismo sexo»*, las siguientes:

- *Los Jueces de la República, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil, al momento de adoptar sus respectivos actos judiciales, notariales o registrales, deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, acordándoles a todos igual trato.*
- *Vencido el plazo fijado por la Corte en su Sentencia C-577 de 2011 (20 de junio de 2013), la ausencia de regulación en materia de unión marital solemne entre parejas del mismo sexo, fue colmada mediante la aplicación del numeral 5° de aquélla, y en consecuencia, los Jueces civiles que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, fundándose para ello en una aplicación analógica del ordenamiento legal vigente y en el respeto de la dignidad humana, actuaron conforme a la Constitución y dentro del ámbito de su autonomía judicial.*
- *Los Registradores del Estado Civil no pueden negarse a inscribir en el Registro Civil un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo.*
- *Los Notarios Públicos deben celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo.*

- *Un juez de la República incurre en un defecto por violación directa de la Constitución cuando anula un matrimonio igualitario, alegando la existencia de un error sobre la identidad de género de uno de los contrayentes.*

i.-) Diferentes modelos de familia a la luz de la CC C1107/17.

Un nuevo paso en la amplificación del concepto de familia se dio en CC C-107/17 al declarar la exequibilidad de los artículos 4° y 5° de la Ley 70 de 1931 «*que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables*», bajo el entendido de «*que el patrimonio de familia podrá constituirse a favor de los integrantes de la familia unipersonal y de crianza, y a los integrantes de la familia extensa*», en virtud de que la protección equitativa a las diferentes clases de familia se sustenta en cuatro argumentos de orden superior consistentes en «*(i) la protección del derecho a la igualdad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad; (ii) la vigencia del derecho a la intimidad; (iii) la obligación de tratamiento jurídico paritario entre los hijos; y (iv) la necesidad de dotar de sentido al principio de respeto del pluralismo*», de ahí que «*lo previsto en el artículo 42 C.P. no puede ser comprendido únicamente como la igualdad entre los hijos, sino que también incorpora la necesidad de equiparar a las diferentes formas de filiación y, de una manera más general, de vínculo familiar fundado en características de carácter material*», toda vez que su conformación «*no se limita a las opciones que confiere la filiación biológica, sino que adopta múltiples posibilidades, todas ellas sujeto de protección*».

Es así como precisa, frente a cada uno de los tipos referidos, que *«la familia de crianza, esto es, la que no se conforma por vínculos biológicos, sino por la comprobación de criterios materiales, es una modalidad de grupo familiar con reconocimiento y protección constitucional»*, lo que es igualmente predicable de las *«familias extensas, esto es, aquellas que se conforman por parientes vinculados por algún grado de filiación»*, en cuyo caso su configuración *«no solo se soporta en la acreditación de los criterios materiales expuestos, sino también concurre prueba de la existencia de parentesco, según las reglas del derecho civil»*, mientras que *«[l]a “familia unipersonal” es una categoría sociológica y demográfica identificable, referida a aquellas personas que deciden conformar su hogar de manera solitaria, hecho suficiente para extenderles la definición constitucional de familia de que trata el artículo 42 CP.»*, a la cual ya se le habían reconocido efectos en el CC C-936/03 al estudiar la figura del leasing habitacional.

j.-) Visión actual del entorno familiar y su confrontación con los derechos de los niños.

Como puede observarse, a pesar de que en el ordenamiento jurídico interno se han dado algunos pasos para ir adecuando la institución de la familia a las circunstancias reinantes, la labor del legislador se ha quedado corta al mantener como postulado un enfoque tradicional que no atiende el espíritu pluralista de la Constitución de 1991, que acoge principios superiores de

igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

No son pocas las situaciones que están pendientes por definir en el derecho positivo y en las cuales los intentos regulatorios han fracasado, basta con observar la ausencia de interés en expedir la normatividad relacionada con la situación de las parejas del mismo sexo, aspectos registrales que atiendan a una adecuada determinación del estado civil en las condiciones actuales y la materialización de situaciones que cuentan con un incipiente amparo, como la forma en que se hace efectiva la presunción de filiación de los hijos concebidos y nacidos en vigencia de uniones maritales, entre otros.

En contraposición a dicha inercia, de forma lenta pero paulatina, la jurisprudencia ha ido ampliando la visión monogámica y patriarcal de la familia hasta construir una consolidada noción amplia e incluyente que ha permitido la incorporación de los diferentes espectros en que se manifiesta. De ahí que hoy en día al lado de las uniones matrimoniales y las de hecho, ya sea entre personas de igual o distinto sexo, con o sin hijos, también se admite la posibilidad de las familias uniparentales, unipersonales, de crianza, extendidas y ensambladas, entendidas estas como las que surgen en virtud de segundas nupcias o uniones y quienes llegan por lado y lado para conformarlas. Eso sin incluir conceptos ya en discusión como las relaciones afectivas múltiples o la familia multiespecie.

Es tal la dinámica del entorno que como se resaltó en

CC C-577/11

[1] *la doctrina ha puesto de relieve que “la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez”, lo que se ha denominado “cadena compleja de transiciones familiares”.*

A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que “en su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros”, de manera que “la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia”.

Ahora bien, a pesar de que las relaciones interpersonales entre los miembros de una familia deben responder a patrones de igualdad y tolerancia, eso sí tomando en consideración las particularidades de sus diferentes manifestaciones, no puede obviarse que cuando están en juego los derechos de niños y adolescentes que hacen parte de la misma, aún en contraposición a los de los padres, siempre prevalecerán los de aquellos por mandato constitucional en su calidad de sujetos que ameritan especial protección.

Por tal razón, así se acuda en ejercicio de la patria potestad a agenciar los intereses de los hijos, no se puede confundir la naturaleza de los reclamos para invocar sesgos particulares de los voceros so pretexto de atender sus necesidades básicas, cuando en el fondo lo que revelan son discrepancias al interior del grupo familiar que pueden atentar el desarrollo armónico, integral y sano de los niños, niñas y adolescentes que buscan amparar.

3.- La reproducción asistida y sus efectos filiatorios.

Entre los instintos naturales del ser humano se encuentra el de preservar la especie, de allí que en la antigüedad se contemplara como uno de los fines del matrimonio el de procrear, no obstante, existen diferentes circunstancias que pueden truncar dicho propósito.

Padecimientos como la endometriosis, síndrome de ovario poliquístico, falla ovárica prematura y fibromas uterinos en la mujer, así como síntomas de infertilidad en el hombre por problemas de eyaculación, tumores, desequilibrios hormonales y defectos cromosómicos, entre otros, pueden dificultar o impedir la concepción en forma natural.

A lo anterior se suma el deseo unilateral de engendrar sin necesidad de tener contacto sexual, la imposibilidad de procrear como pareja cuando está integrada por personas del mismo sexo o la situación de quienes pudiéndolo hacer no

consiguen lograrlo por razones físicas, emocionales o de cualquier otra índole.

Frente a esas situaciones las técnicas de reproducción humana asistida se han convertido en opciones cada vez más recurridas para lograr el deseo, tanto individual como de las parejas, de perpetuarse en la descendencia en ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos inmanentes en los artículos 16 y 42 de la Constitución Nacional, este último en el que se predica la igualdad de los hijos procreados con «*asistencia científica*» frente a los de las demás categorías.

A pesar del amparo superior, el tema no ha tenido el amplio y concienzudo desarrollo legislativo que requiere, pues lo más cercano se contrae a las estipulaciones que con antelación contemplaba la Ley 9 de 1976, «*por la cual se dictan medidas sanitarias*», que incluye algunos apartes en el Título IX relacionado con las «*defunciones, traslado de cadáveres, inhumación y exhumación, trasplante y control de especímenes*»³⁴, así como los cambios introducidos a ésta y demás disposiciones complementarias de la Ley 73 de 1988³⁵. Ya con posterioridad a la nueva constitución se

34 El artículo 540 establece que «*los órganos, tejidos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos*» solo pueden ser utilizados «*cuando exista consentimiento del donante libre, previo e informado o presunción legal de donación*»; el 153 contempla las certificaciones necesarias para dichas donaciones o traspasos por parte de una persona viva; y el 546 asigna al Ministerio de Salud del deber de «*[e]stablecer las normas sobre preservación, transporte, almacenamiento y disposición final de órganos, tejidos y líquidos orgánicos o de seres vivos para trasplantes en otros usos terapéuticos a fin de eliminar cualquier riesgo para la salud o el bienestar de la comunidad*».

35 Fija reglas para la «*extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplante u otros usos terapéuticos*» y en el artículo 3° señala los casos en que podrá realizarse «*[l]a extracción y utilización de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos para fines de trasplante u*

expidieron el Decreto 1546 de 1998³⁶, la Resolución 3199 de 1998 del Ministerio de Salud³⁷, el Decreto 2493 de 2004³⁸ y la Ley 1805 de 2016³⁹.

Ya en el campo penal la Ley 599 de 2000 tipifica como ilícitos en los artículos 108, 128 y 187 la «*inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas*», así como la muerte o el abandono por la madre «*durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes*» del hijo fruto de la misma, preceptos en los cuales se brida especial importancia al «*consentimiento*» en dichos procedimientos, mientras que en los artículos 132 a 134 figuran las conductas ilícitas relacionadas con la manipulación genética

otros usos terapéuticos» y en el 5° indica el orden de prelación para expresar el consentimiento en tales casos «*bien sea como deudo de una persona fallecida o en otra condición*».

36 Reglamenta parcialmente «*las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos*», además de adoptar «*las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares*» cuyo objeto consiste en «*prestar servicios de salud en el área de la Biomedicina Reproductiva de acuerdo con los principios de calidad, oportunidad y racionalidad lógico-científica*» (art. 43) y con la advertencia de que «*[t]odo programa de Biomedicina Reproductiva deberá basarse en la selección de donantes sanos y con ausencia de alteraciones genéticas que impliquen riesgos de anomalías congénitas, y garantizar la subsistencia de dicha circunstancia el tiempo que estos permanezcan activos dentro del programa*», los cuales deben ser mayores de edad, sin vinculación «*con la unidad o criobanco de la misma*» o nexo con el «*médico que remite a los pacientes*», además de no tener «*factores de riesgo para inmunodeficiencia humana (VIH), o enfermedad de transmisión sexual (ETS) u otras enfermedades infecciosas transmisibles y hereditarias*».

37 Establece las «*normas técnicas, científicas y administrativas para el funcionamiento de los Bancos de Componentes Anatómicos, de las Unidades de Biomedicina Reproductiva. Centros o similares y se dictan otras disposiciones*».

38 Reglamenta parcialmente «*las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos*» y en el artículo 2° define estos como «*los órganos, tejidos, células y en general todas las partes vivas que constituyen el organismo humano*».

39 Por medio de la cual se modifican la Ley 73 de 1988 y la Ley 919 de 2004 en materia de donación de componentes anatómicos y se dictan otras disposiciones, que en sus artículos 2° y 20 toca el tema de los «*líquidos orgánicos*».

«alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad»; la improcedencia de la repetibilidad del ser humano «por clonación o por cualquier otro procedimiento»; y el tráfico de embriones humanos por fecundación de óvulos «con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación».

Frente a esa inercia legislativa nuevamente las Cortes se han visto obligadas a hacer algunas precisiones sobre el tema, amparadas en el marco normativo vigente, aunque encontrando que aún existen algunas deficiencias sobrevinientes, como se pasa a resaltar:

a.-) Reproducción asistida como tratamiento por cuenta del sistema de seguridad social

En el área constitucional la mayoría de los casos han estado vinculados al tema de la asunción de costos de tratamientos contra la infertilidad dentro del sistema de seguridad social, como aconteció en las CC T-1104/00, T-689/01, T-946/02, T-752/07 y T-760/08, entre otros, en los que se advirtió la inexistencia de violación de derechos fundamentales por la negación a llevarlos a cabo por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

Dicha posición de todas maneras no ha sido uniforme ya que en CC T-009/14 y T-398/16, se recordó la concesión excepcional de algunos amparos ante la presencia de tres supuestos⁴⁰. Mientras que en CC T-375/16 se concedió «*la tutela de los derechos a la salud sexual y reproductiva, a la intimidad, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la prohibición de discriminación y a conformar una familia*» a fin de que se autorizara a una mujer, por una sola vez, un tratamiento de «*Fecundación in vitro con lavado de[1] semen*», aportado por su esposo infectado con VIH, para disminuir la posibilidad de la misma afección en la madre y el niño que nacería, todo ello a la luz de la «*jurisprudencia sobre los derechos sexuales y reproductivos, contenida en las sentencias T-528 de 2104 y T-274 de 2015*».

b.-) Ausencia de filiación entre el tercero donante de material genético y el nacido bajo técnicas de reproducción asistida.

La Sala en CSJ SC de 28 de febrero de 2013, rad. 2006-00537-01, analizó el caso de impugnación de un menor

⁴⁰ En el último fallo se recordó como el anterior estimó «*procedente el amparo para asuntos atinentes a la fertilidad en caso que se presente alguna de las siguientes circunstancias: (a) cuando el tratamiento para la infertilidad ya ha sido iniciado por parte de la Entidad Promotora de Salud y ésta lo interrumpe de manera inesperada, es decir, sin mediar concepto médico que justifique tal proceder o existir una razón científica que sustente dicha suspensión, hipótesis en la cual se debe garantizar la continuidad en la prestación del servicio; (b) cuando lo requerido por el accionante es la práctica de exámenes para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad o para diagnosticar su causa, evento en el cual el juez constitucional ordena la realización del examen diagnóstico, y no el tratamiento para la infertilidad; y (c) cuando la infertilidad es un síntoma o la consecuencia de otra enfermedad que afecte la salud, la vida o la integridad física de la mujer, hipótesis en la que el amparo se dirige a asegurar el suministro de las tecnologías en salud requeridas para tratar directamente aquella enfermedad, más no la prestación de la técnica de reproducción asistida propiamente dicha*».

nacido en vigencia de un matrimonio en el que, en vista de la imposibilidad para concebir naturalmente, los esposos *«estudiaron otras opciones como la inseminación artificial, llegándose a concluir que si el padre no podía concebir, se efectuaría inseminación con espermias del padre del demandado»*, pero que a decir del promotor su contraparte resultó engendrado antes de que él iniciara el tratamiento y le asistían *«serios indicios de que el menor no es hijo suyo, dado su estado clínico»*.

En esa oportunidad, con respaldo en la prueba de incompatibilidad de paternidad y habiendo mediado el allanamiento de la madre que demostró haber sido inseminada artificialmente sin conocer el *«origen del semen»*, la primera instancia concluyó con sentencia que accedió a la impugnación. Inconforme con la decisión porque el resultado no comprendía la plena determinación del padre biológico, el Defensor de Familia apeló, pero la determinación fue confirmada por el Superior.

Dicho agente insistió en tales argumentos en casación con base en las exigencias del artículo 218 del Código Civil y la modificación del artículo 6° de la Ley 1060 de 2006, empero, la Corte no casó el fallo del Tribunal en vista de que la *«facultad–deber para el juez que conoce del correspondiente proceso de impugnación, enderezada a la vinculación, de oficio o a solicitud de parte, de los presuntos padre o madre biológicos del menor demandado»* no se previó *«como un imperativo aplicable en todos los casos sino, solamente, en aquellos en que dicha actividad fuera posible, hipótesis esta*

que, por consistir, como viene de registrarse, en la vinculación de sujetos procesales, exige, como mínimo, su plena identificación» y de manera complementaria profundizó en el tema al estimar lo que en extenso se reproduce por su relevancia:

(...) la Corte considera importante destacar que en el trasfondo de la acusación del censor se encuentra la vigencia del principio denominado por la doctrina y la jurisprudencia como de la “verdad biológica”, o “del derecho a conocer los orígenes”, según el cual es lícita y, por consiguiente, procedente la investigación sobre el origen de las personas -considerado, incluso, por algunos como un derecho inalienable del ser humano de conocer su verdadero estatus jurídico, así como la identidad de sus padres-, tema que merece un análisis particular a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida.

Es del caso puntualizar, entonces, que la inseminación artificial, método que fue alegado como el procedimiento médico seguido en la concepción del menor aquí demandado, constituye una técnica de reproducción humana asistida en la que el óvulo de una mujer receptora es fecundado con gametos masculinos procedentes bien de su pareja, ora de un tercero donador. En el primer caso se alude a una inseminación artificial homóloga, mientras que la segunda se denomina heteróloga.

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

No obstante lo anterior, la Sala llama la atención sobre el vacío legal existente en el derecho colombiano, toda vez que no hay una

normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos. La Corte reconoce, además, que la definición de las reglas sobre el estado civil así como de la filiación son asuntos que corresponden al Congreso de la República, como quiera que en un Estado democrático y participativo, como lo es Colombia, ese es el escenario idóneo dónde debe adelantarse el debate sobre la situación de los individuos en la familia y la sociedad, y por ende es a esa Institución a la que le corresponde precisar el alcance y proyección de la normatividad en materia tan sensible, siguiendo los derroteros del artículo 42 de la Constitución Política, y, particularmente, su inciso 5°, según el cual “[l]os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La Ley reglamentará la progenitura responsable”, norma esta que, sin duda, y mientras dicha normatividad se expide, debe orientar la interpretación que en la actualidad haya de darse a las disposiciones civiles relacionadas con el tema.

11. Sin perder de vista las apreciaciones que en precedencia se dejan consignadas, en apretada síntesis del tratamiento jurídico que en el derecho comparado se da sobre la materia, se puede señalar, en primer término, que, en general, en tratándose de inseminación artificial heteróloga prevalece la confidencialidad del donante sobre el principio de la verdad biológica.

En cuanto hace a este asunto, valga traer a colación lo expuesto, por ejemplo, en el apartado 5° del artículo 5° de la Ley 14 de 26 de mayo de 2006, de España, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que, sobre la base de un principio general de anonimato del donante y de confidencialidad sobre sus datos personales, permite a los hijos nacidos obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, la cual solo puede ser revelada en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud de los menores, o cuando sea procedente en el trámite de una causa penal; en igual sentido, en el Reino Unido, el Informe de la Comisión Warnock, sobre fecundación y embriología humana, establecía que el donante debía ser desconocido para la pareja receptora y solo permitía al hijo o hija, una vez alcanzara la mayoría de edad, obtener información sobre el origen étnico y la salud genética del donante, postura que fue reiterada mediante la Ley del 1° de abril de 2005; por otra parte, la doctrina destaca el tratamiento dado en los tribunales italianos, antes de la entrada en vigencia de la Ley 40 de 2004 sobre reproducción asistida médicamente –que prohibió la inseminación heteróloga–, que privilegiaba el interés de la pareja en formar una familia antes que el interés del menor por indagar sobre su padre biológico; se indica, igualmente, que en Noruega existe un deber de confidencialidad del personal sanitario respecto de la identidad del donante así como la imposibilidad “del

nacido de conocer la identidad de su padre genético” ; también la Ley francesa 654 de 1994, que prohíbe al hijo investigar la identidad del donante, y solo permite que sean los médicos quienes accedan a dicha información, por motivos terapéuticos.

En segundo lugar, ha de tenerse presente que los Estados que han regulado la materia niegan, en general, la posibilidad de establecer relaciones de filiación entre el donante y el hijo o hija procreados mediante un procedimiento de inseminación artificial heteróloga. Así, por ejemplo, en Costa Rica el Decreto Ejecutivo N° 24.029-S de 1995, que rigió hasta el año 2000, establecía que el hijo que naciera como resultado de un tratamiento de inseminación heteróloga sería considerado como hijo del matrimonio receptor de la donación y que el donante no tendría ningún derecho ni obligación sobre el nacido, restricción que continúa vigente en el artículo 72 del Código Civil de ese país; la ley de Suecia, aun cuando éste es uno de los pocos países que permite indagar por la identidad del donante de esperma –en el evento en que el menor haya obtenido madurez suficiente-, señala que dicho procedimiento no tiene la virtualidad de establecer la filiación con el padre biológico ; y en virtud de la Ley 653 de 1994, que incorporó el artículo 311-19 al Code Civil, en Francia no se crea ninguna relación de filiación en caso de procreación asistida con gametos de terceros donantes.

12. Se concluye, entonces, que en el derecho comparado, en general, prima el anonimato del donante en materia de inseminación artificial heteróloga, y se establece como principio rector la imposibilidad de establecer relaciones de filiación entre aquél y los hijos nacidos como fruto del respectivo tratamiento de fertilización.

13. Por otra parte, en el derecho comparado, de manera general, la realización de un tratamiento de fecundación artificial a una mujer casada está precedido de la obtención del consentimiento de su marido, manifestación que, por una parte, es el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo de quien es su madre –lo que en el derecho nacional reforzaría la presunción establecida en el artículo 213 del Código Civil, modificado por el artículo 1° de la Ley 1060 de 2006, y podría ser extendido al compañero permanente en los casos de unión marital de hecho-, y, por otra, impide que aquél posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad así determinada, pues se considera que quien así actúa contradice los parámetros de la buena fe objetiva al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones, restricción con la cual, además, se protegen de mejor manera los intereses del menor y de la familia. Por el contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de fertilización realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad derivada de la presunción a la que arriba se hizo referencia.

14. La conjugación de las consideraciones previamente realizadas respecto del derecho nacional con las tendencias internacionales anteriormente reseñadas, conduce a colegir que ni las decisiones adoptadas en las sentencias de instancia, ni la que en este fallo habrá de pronunciarse, pueden considerarse lesivas de los derechos del menor demandado, particularmente si se tienen presentes los principios y valores del ordenamiento nacional así como los estándares del derecho comparado, especialmente, de ser aquél merecedor de una protección integral, o de tener un nombre y una familia, o los que, en punto de las relaciones paterno filiales, desarrollan la Ley 75 de 1968 y sus disposiciones complementarias.

c.-) Adoptabilidad en parejas del mismo sexo, por uno de sus integrantes, del hijo que concibe la compañera que acude a técnicas de reproducción asistida.

El anterior pronunciamiento sirvió de referente en sentencia de unificación de la Corte Constitucional al estudiar un caso en el que una mujer pretendía adoptar la hija de su compañera sentimental de igual sexo, tras haber acudido a una «*inseminación artificial*», lo que estimaba improcedente la Defensora de Familia «*con fundamento en que la solicitante y la adoptante son del mismo sexo*».

En CC SU617/14 se concedió el amparo para que se continuara el trámite obviando tal consideración, pero «*sin perjuicio de que las autoridades exijan el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para la conformación del vínculo filial*», luego de hacer un recuento de la exigua normatividad sobre la materia a la que se hizo mención en el proveído de esta Corte, sin que se encontrara «*una regla especial que establezca la obligación de agotar la posibilidad de conformar el vínculo filial con el donante en la*

inseminación, como condición para proceder a la adopción», para concluir que

[d]ado que no existe una regla especial semejante, a primera vista podría pensarse que son aplicables las reglas generales de la filiación, en virtud de las cuales únicamente se puede conceder la adopción cuando no es posible consolidar la relación de paternidad o maternidad con el padre o la madre biológica. En efecto, como la adopción tiene como objeto fundamental sustituir o suplir la inexistencia del vínculo filial con los progenitores, es decir, con los padres biológicos, en principio la figura de la adopción sólo es viable, o bien cuando se han agotado y han fracasado los procedimientos para la conformación del vínculo filial con los progenitores, o cuando nunca se conformó el vínculo filial, por ejemplo, debido a que no fue posible la individualización y ubicación de los progenitores, o bien porque una vez perfeccionada la relación, desaparece posteriormente por causas naturales como el fallecimiento, por la renuncia voluntaria de los padres al vínculo o por la terminación unilateral del mismo por parte del Estado, cuando ésta representa un peligro para el menor. Así las cosas, podría pensarse que atendiendo a estas directrices generales, para proceder a la adopción requerida en la tutela, previamente se debía intentar la ubicación del padre biológico y la conformación del vínculo filial con éste.

Sin embargo, esta regla no es automáticamente aplicable a la hipótesis examinada, por las siguientes razones.

En primer lugar, esta directriz fue formulada de manera general, haciendo abstracción de las nuevas formas de reproducción asistida; es decir, la normatividad responde a un contexto empírico dominado por la reproducción natural de la especie, en el que no se visibilizaron ni tuvieron en cuenta las problemáticas relativas a la filiación y al estado civil de las personas, asociadas a estas nuevas técnicas; por tal motivo, el alcance general de la exigencia legislativa es susceptible de ser matizado y relativizado, toda vez que ésta fue formulada sin tener en cuenta las particularidades y especificidades de las nuevas modalidades de reproducción.

En segundo lugar, para esta Corte es un hecho constitucionalmente relevante que cuando un niño nace a partir de un procedimiento de inseminación artificial heteróloga, ni el donante ni la futura mamá pretenden la conformación de una relación de paternidad entre el menor nacido de tal procedimiento

y el donante, sino únicamente viabilizar y materializar los derechos reproductivos de aquella. A diferencia de la inseminación homóloga, este método está concebido para que el donante se limite a suministrar el material biológico, y para que posteriormente se abstenga de establecer lazos jurídicos con el menor.

(...)

Ahora bien, aunque usualmente los protocolos médicos apelan a la exigencia del anonimato y a la reserva de confidencialidad del donante como mecanismo para evitar la aplicación de la legislación común sobre la filiación y el estado civil de las personas, cuando por alguna circunstancia el donante es conocido pero expresa de manera clara e inequívoca su interés en renunciar a la paternidad, carece de sentido supeditar la adopción a que el donante reconozca al menor y luego preste su consentimiento para renunciar a la filiación, o a que se agoten todas las posibilidades para individualizar y ubicar al donante, y forzarlo a que reconozca a su hija biológica. Este proceder dejaría en situación de indefensión a los menores, y no redundaría en su bienestar, pues implicaría prolongar de manera indefinida su situación de incertidumbre sobre su filiación, e impediría el reconocimiento jurídico de los vínculos de afecto y solidaridad ya establecidos y consolidados con otros adultos.

Por tales motivos, la Corte concluye que en los casos de inseminación artificial heteróloga, en los que el donante es determinado pero no ha expresado su deseo o interés en la conformación de la relación de paternidad, el ordenamiento no prevé expresamente la obligación [de] condicionar la adopción al agotamiento de los trámites para individualizar, ubicar e informar al donante sobre la existencia de su hijo, y para instarlos a conformar el vínculo filial.

d.-) Inscripción en el registro civil del hijo de parejas del mismo sexo concebido por medio de técnicas de reproducción asistida.

La misma Corporación en la CC SU696/15, donde dos hombres con una relación afectiva de más de diez años,

«solemnizada como vínculo contractual entre parejas del mismo sexo» ante una notaría el país y que después contrajeron matrimonio en Estados Unidos, pretendían registrar en Colombia dos niños que figuraban como hijos de ambos en el «certificado de nacimiento de los menores de edad -expedido por la Agencia de Servicios de Salud de la ciudad de San Diego» y contaban con pasaportes estadounidenses, sin que fuera posible por la renuencia de las autoridades encargadas, se resguardaron «los derechos fundamentales a la vida digna, la personalidad jurídica, la nacionalidad y la protección del interés superior de los menores de edad»⁴¹, luego de fijar importantes pautas sobre la materia acudiendo a situaciones análogas que justifican su reproducción in extenso:

En ese sentido, por ejemplo como fue resaltado por diferentes intervinientes, los notarios podían aplicar por analogía la presunción de legitimidad contenida en el artículo 213 del Código Civil y extender sus efectos a la solicitud de registro civil presentado por (...) y (...) quiénes, como pareja legamente reconocida y cuya paternidad ya fue declarada por una autoridad competente en el extranjero, son sujetos de las reglas generales de los hijos concebidos durante el matrimonio contempladas en dicho Estatuto. Así, aunque este Tribunal entiende la prudencia en la actuación de los funciones notariales (sic) ya que sus actuaciones deben observar estrictos límites legales y constitucionales, la Sala encuentra que existen posibilidades, dentro de su marco competencial, que podían brindar una solución oportuna que protegiera los derechos de los menores de edad a tener una familia y a preservar su interés superior.

Dicha presunción, resulta plenamente válida dentro de los límites formales propios de la función fedante ya que los notarios estarían aplicando una figura contemplada en la legislación colombiana

⁴¹ Fallo en el que posteriormente se sustentó CC T-196/16 donde se analizó una situación similar respecto de una pareja de mujeres a las que no se les permitía registrarse conjuntamente como madres de su hija nacida en virtud de un proceso de reproducción asistida.

cuyos alcances materiales y sustanciales incluyen plenamente un caso como el aquí revisado. Por lo tanto, no es necesario que el Legislador cree una figura específica para los casos del registro de hijos e hijas de parejas del mismo sexo ya que la legislación civil ofrece una salida práctica y eficiente a cualquier duda hermenéutica que tengan los funcionarios notariales frente a los límites del registro civil. Por esta razón, y como se explicará con mayor detalle en la parte resolutive, se debe concluir que el formato actual de registro civil admite de plano la inscripción en el registro civil de menores de edad que formen parte de familias diversas.

Asimismo, no existe ninguna razón material u objetiva que justifique una razón para no proteger, a través de dicha presunción, el derecho de (los menores) a la identidad y la personalidad jurídica. La Sala considera que dicha figura legal fue concebida por el Legislador como una medida rápida y eficaz para otorgarle seguridad a la situación civil y filial del menor de edad. Además, se convierte en un mecanismo adecuado que preserva el derecho a la intimidad del núcleo familiar ya que evita que prima facie se deba acudir a una prueba genética para determinar la paternidad. Por lo tanto, la presunción cumple un doble valor, por un lado garantiza los derechos de los niños y niñas y por otro preserva la intimidad de la familia. Aceptar que el contenido del artículo 213 del Código Civil no se puede aplicar a familias diversas es una posición que no se compece con la prohibición de discriminación por origen familiar y que, por esa razón, debe ser reprochada por el juez constitucional.

Más adelante se acotó que no era objeto de discusión «la capacidad que tienen las parejas del mismo sexo a adoptar sino del derecho que tienen los menores de edad, en aras del interés superior que obliga al Estado a observar y proteger sus derechos fundamentales de manera prioritaria, a tener una familia y a no ser separados de ella», ya que estaba definida la relación filial de los niños con ambos padres «a partir de la presunción de legitimidad del Código Civil y por la naturaleza del proceso de reproducción asistida al que acudieron los accionantes, por lo que la figura de la adopción, destinada a reemplazar un vínculo biológico o reconocer la realidad filial en

una familia, no aplica».

En cuanto al acto del registro civil se advirtió que «no es un instrumento jurídico que da fe de un hecho biológico sino que es un mecanismo con el que cuenta el Estado para generar capacidad jurídica», ya que en caso contrario «sería imposible admitir la inscripción en dicho registro del hijo de una madre soltera que acudió a un procedimiento de fertilización in vitro ya que en estos casos no se tiene certeza sobre la paternidad del menor de edad» o no podría modificarse «el registro de menores de edad dados en adopción ya que los padres adoptantes no tendrían ningún vínculo natural con el niño o niña», lo que exige de los funcionarios encargados de hacerlo «realizar un examen objetivo y material de cada petición para determinar si los requisitos generales de ley se cumplen».

Se agregó que «concluir que el procedimiento a seguir en caso de niños concebidos por medio de reproducción asistida de una pareja homosexual siempre sería el de exigir una prueba genética, reafirmaría la discriminación de los niños por origen familiar», pues las presunciones legales a que se acude en caso de «familias heterosexuales» permite que se invierta la carga para impugnar, de ahí que «por analogía, se deben extender dichas presunciones cuando se trata del reconocimiento de la paternidad, la nacionalidad y, sobre todo, la personalidad jurídica de los menores de edad».

En vista de la «respuesta de la Registraduría, en el sentido de introducir un nuevo formato de registro civil de nacimiento que de manera explícita permita la incorporación

de parejas del mismo sexo como padres de un menor de edad» como paso adecuado para superar la vulneración, pero ante la imprecisión sobre su existencia o la de «*una circular clara, concisa y expresa dirigida a todas las notarías y consulados del país para empezar a introducir dichas modificaciones»* se resaltó en el mencionado fallo que «*el formato clásico también permite el reconocimiento de familias diversas a través de una interpretación sistemática de los precedentes»* de dicha Corporación, por lo que en el numeral tercero de la parte resolutive conminó a la Registraduría Nacional del Estado Civil a implementar dentro de los treinta días siguientes

(...) un nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y “madre” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres, en el orden que voluntariamente señale la pareja para efectos de los apellidos legales de su hijo, si los mismos cumplen con los requisitos generales de ley para ser reconocidos como los padres o madres del niño. Particularmente, se ordena que en el plazo señalado, se expida, además del formato ya descrito, una circular única dirigida a todas las notarías y consulados del país en el extranjero explicando: i) el contenido de esta sentencia y los cambios introducidos por el nuevo formato de registro civil; y ii) que mientras se introduce en todos los circuitos notariales y consulados del país el nuevo formato, las peticiones que llegaran a presentar parejas del mismo sexo que son padres o madres de un menor de edad con respecto a su inscripción en el registro civil de nacimiento se deben tramitar utilizando el formato actual sin que el mismo constituya un obstáculo para reconocer el derecho a la nacionalidad, a la vida digna, a la personalidad jurídica, el derecho a tener una familia y el interés superior de los niños y niñas. ⁴²

⁴² En virtud de dicho fallo la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la Circular 024 del 8 de febrero de 2016 sobre la forma de registrar el nacimiento de hijos de parejas del mismo sexo, donde se especificó que para el efecto debía preguntarse la «*calidad de vínculo de la pareja de madres o padres de los hijos»* y se precisó que debía «*tratarse de parejas con unión marital de hecho debidamente declarada»*, lo que resultaba insuficiente ya que para entonces ya se había expedido

e.-) Disposición de material genético obtenido en procedimientos de reproducción asistida.

En posterior determinación CC T-290/18, frente a las dificultades de una pareja para sacar del país embriones humanos obtenidos en procedimientos de reproducción asistida, se encontró que el Ministerio de Salud

(...) señaló que “[u]na vez revisada la normatividad vigente para los procedimientos de reproducción asistida, es decir, el Decreto 1546 de 1998, y la Resolución 3199 de 1998, se encuentra que no se contempla la expedición de autorizaciones para la entrada o salida de embriones humanos” e indicó que al tratarse de una actividad no regulada “puede por sus características generar graves riesgos para la salud de la población colombiana” por lo que reiteró que, de acuerdo con lo recomendado por la Dirección Jurídica del Ministerio, se proyectará la construcción de una reglamentación específica en punto a la entrada o salida de embriones humanos con fines de reproducción asistida del territorio nacional.

22. No obstante, mediante radicado 201724002398991 del veintisiete (27) de diciembre de 2017, reconociendo que no existe regulación expresa sobre la emisión de autorizaciones para la entrada y salida de embriones humanos del territorio nacional, dispuso que “(...) en adelante y hasta tanto no se regule expresamente la materia, no se requerirá solicitar autorización alguna a este Ministerio” y, concluyó que “(...) no existe impedimento para la salida del territorio nacional de 2 pajuelas que contiene 8 embriones criopreservados con fines de tratamiento reproductivo y sin ánimo de lucro” (negritas y subrayado fuera del texto original). Adicionalmente, recomendó tener en cuenta los

la CC C-577/11 y habían transcurrido los dos años para que dichas parejas pudieran celebrar vínculos solemnes. Sin embargo, dicha situación está superada como se advierte en la Circular Única RC e identificación -* versión 8 de 23 de marzo de 2023, donde se contemplan en el aparte de la «[i]nscripción en el registro civil de nacimiento de hijos de parejas del mismo sexo» por separado la «inscripción de hijos de parejas del mismo sexo nacidos durante el matrimonio o la unión marital de hecho» y el «reconocimiento de hijo extramatrimonial de parejas del mismo sexo», apreciable en el siguiente link <https://www.registraduria.gov.co/Circular-unica-de-registro-civil-e-identificacion.html>.

siguientes aspectos: (i) la existencia de consentimiento informado, donde se expliquen los riesgos previsibles de la decisión; (ii) la normatividad internacional y nacional para el transporte de embriones criopreservados; (iii) datos de la institución, ciudad y país de destino; y (iv) la no existencia de violación al artículo 134 de la Ley 599 de 2000.

f.-) Trascendencia del consentimiento en la reproducción asistida.

Esta Sala en un asunto que guarda similitud con el presente, donde se intentó la impugnación de la paternidad de una menor concebida mediante inseminación artificial consentida por el compañero permanente de la madre, en CSJ SC6359-2017 no casó la sentencia confirmatoria adversa a los intereses de los herederos de aquel, quienes aducían que era suficiente demostrar que la demandada no pudo tener como padre al fallecido.

En esa oportunidad se estimó que *«la filiación por medio de reproducción artificial es una modalidad más de las situaciones cobijadas por la presunción pater ist est prevista en el artículo 213 del Código Civil»* y en tal virtud *«cuando los cónyuges o compañeros permanentes dan su consentimiento informado para que la mujer quede embarazada mediante las técnicas de inseminación artificial, el hijo concebido de esa forma durante el matrimonio o la unión marital de hecho, se presume que tiene por padres a los cónyuges o compañeros»,* evento en el cual *«éstos podrán ejercer la acción de impugnación de la paternidad prevista en el artículo 214 del Código Civil mediante la demostración de la ausencia o vicio del consentimiento al momento de autorizar el proceso de*

reproducción asistida», como un nuevo motivo bajo el entendido de que en tales situaciones «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», máxime cuando el consentimiento es «uno de los criterios que junto al lazo genético ha reconocido el ordenamiento jurídico para determinar la filiación», recordando lo esbozado en CSJ SC, 30 Nov. 2006, rad. 1998-00024-01 y SC, 21 May. 2010, rad. 2004-00072-01.

Al profundizar en el tema se señaló como

[a] causa de los avances y descubrimientos científicos, particularmente en los campos de la biomedicina y la biotecnología, se modificó el panorama de las formas reproductivas de la especie humana; hoy es posible acceder a la inseminación artificial, a la fecundación in vitro, a la transferencia de embriones y a toda una gama de procesos biomédicos para la procreación.

En la inseminación artificial, los espermatozoides son depositados en el interior de la mujer, mediante cánula, jeringa o cualquier otro tipo de dispositivo; la fecundación in vitro supone la fusión de los gametos masculino y femenino de manera extracorpórea y su posterior implantación en la mujer. La transferencia intratubárica de gametos es un método intermedio, pues no se transfiere el pre-embrión o el embrión, sino las células reproductivas que han sido previamente recolectadas, para luego ser transferidas a las trompas de Falopio, con el fin de que se produzca la fecundación de manera natural.

Todos esos procedimientos se producen al margen de la cohabitación sexual y tienen como propósito superar la esterilidad de la pareja, con el fin de facilitar la procreación cuando los demás tratamientos terapéuticos se han descartado por inadecuados, ineficaces, o imposibles de realizar.

La inseminación artificial o fecundación asistida, puede ser

llevada a cabo con semen de la pareja (homóloga) o con el espermatozoide de un donante obtenido de un banco de semen (heteróloga).

Fue así como tomando en cuenta las definiciones «*en relación con la donación de gametos y preembriones a utilizar en las Unidades de Biomedicina Reproductiva*» del artículo 2 del Decreto 1546 de 1998, con la modificación del Decreto 2493 de 2004, así como las demás disposiciones complementarias; lo dicho en CSJ SC, 28 feb. 2013, rad. 2006-00537-01; la Declaración Internacional sobre datos genéticos humanos de la UNESCO en sus artículos 2.iii y 8; el artículo 6.1 de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos y los artículos 14 y 44 de la Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de Salud, se coligió que el ordenamiento jurídico nacional regula dicha actividad «*exigiendo la prestación de un **consentimiento informado tanto de los solicitantes de la técnica de inseminación artificial como del donante** en los casos en que aquélla es heteróloga, respecto de quien se establece la posibilidad de mantener en total reserva su identidad*» -se resalta-, sobre lo que se profundizó en estos términos:

Dado que en la procreación asistida heteróloga la filiación no se produce por la unión sexual de los miembros de la pareja, la determinación de la paternidad no depende de la verdad biológica, sino del consentimiento en la realización de la técnica reproductiva, el cual supone la voluntad de asumir la responsabilidad en la procreación y la misma progenitura, es decir, ejercer la función paterna con todas las obligaciones y derechos que ello implica.

Esa manifestación debe cumplir las exigencias establecidas en el artículo 1502 del Código Civil, es decir, que provenga de persona legalmente capaz; esté de acuerdo en dicho acto o declaración; que su consentimiento no adolezca de vicio alguno y que recaiga sobre

objeto y causa lícitas.

La voluntad tiene relevancia jurídica si crea derechos y obligaciones jurídicamente exigibles, para lo cual además de ser declarada expresamente o exteriorizarse en hechos que la demuestren, pues mientras la voluntad sea un acto psicológico interno, carece de toda significación jurídica. Lo que le da su fuerza creadora es su exteriorización y es esta manifestación externa lo que se denomina declaración de la voluntad.

Esa expresión de la voluntad tiene como objetivo hacer posible la práctica de la inseminación en la mujer, y que el hombre asuma la paternidad del hijo que nace como consecuencia de ese procedimiento. El objetivo principal del consentimiento no consiste únicamente en que la mujer pueda ser inseminada, sino en que una vez efectuada exitosamente la inseminación los padres deben asumir las consecuencias jurídicas de su nuevo estado civil.

El consentimiento otorgado por los miembros de la pareja debe ser informado y previo a la utilización de las técnicas, pues una vez emitido obliga a quien lo otorga a aceptar las consecuencias jurídicas de dicho acto, con respecto a la filiación, o lo que es lo mismo, la declaración de voluntad de los intervinientes presupone la conformidad con el procedimiento científico y la asunción de las consecuencias jurídicas que lleguen a producirse en caso de que se logre la gestación y se produzca el nacimiento del hijo.

De ese modo, la fecundación heteróloga permite configurar la filiación como una construcción jurídica asociada a la voluntad de asumir la paternidad, en la que el consentimiento prevalece sobre el aspecto genético, de ahí, que, en caso de impugnación, sea inútil acudir a un medio de prueba cuyo objeto es reconstruir la denominada «verdad biológica» como lo es el examen de ADN, pues el lazo filial está fundado en otro criterio, igualmente válido para generarlo: la voluntad de asumir la paternidad con pleno conocimiento de la ausencia de lazo de sangre.

El consentimiento informado suscrito por la pareja receptora permite establecer que el esposo, compañero permanente o pareja de la mujer conoce el procedimiento y que por razones estrictamente clínicas (infertilidad, insuficiencia o baja calidad de espermatozoides), se realizó con los gametos del donante, creándose el vínculo jurídico de la filiación entre la pareja que firmó el consentimiento y el hijo, sin que se genere ninguna vinculación con el tercero que aportó las células reproductivas.

La conclusión que arrojó lo anterior fue que *«al ser la filiación por inseminación artificial una de las situaciones de adquisición del estado civil, su naturaleza jurídica pertenece al régimen sobre las personas»*, pero *«la impugnación de este tipo de paternidad no puede fundarse en la demostración de la ausencia del vínculo biológico, pues éste no es el tema del debate; por lo que los medios de prueba tendientes a desvirtuar la reproducción natural son completamente irrelevantes»*.

g.-) Inquietudes atinentes a la filiación derivada de la reproducción asistida.

Como quedó expuesto en la introducción sobre esta específica temática, la contemplación normativa es limitada y ni siquiera trasciende al aspecto filiatorio más allá de lo que pregona el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución frente a la igualdad de derechos y deberes que se predica de todas las clases de hijos, incluidos los procreados con *«asistencia científica»*.

No obstante, sigue sin desarrollarse lo relacionado con las implicaciones civiles y familiares concretas de la reproducción asistida, además de puntos tan álgidos como los tratamientos de fecundación in vitro, la inseminación artificial y la ovodonación⁴³; las técnicas de preservación de

⁴³ Conforme a la página web de un centro especializado español sobre el tema <https://www.quironsalud.com/reproduccionasistida/es/deseas-donante>, se pueden discriminar así: La fecundación in vitro consiste en el intento de lograr la unión del

la fertilidad por conservación de gametos, la vitrificación de ovocitos y embriones, MACS, el diagnóstico genético preimplantacional y el sistema Time-Lapse⁴⁴; lo relacionado con los bancos de espermatozoides y de óvulos; la responsabilidad derivada de procedimientos insatisfactorios⁴⁵; la disposición del material genético hacia futuro; el alquiler de vientres; e incluso lo relacionado con el estado civil y sus incidencias registrales, de lo que ninguna alusión trae el Decreto 1260 de 1970 y ni siquiera fue contemplado en la modificación que introdujo la Ley 2129 de 2021.

óvulo con el espermatozoide en el laboratorio, para obtener embriones que puedan transferirse al útero materno y la fecundación de los óvulos puede llevarse a cabo mediante técnica de FIV convencional (colocar en la placa de cultivo un óvulo junto a una elevada cantidad de espermatozoides capacitados) o por la ICSI o Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (microinyección intracitoplasmática, que consiste en introducir un espermatozoide vivo dentro del óvulo). En la inseminación artificial se coloca en el interior del útero de la mujer una muestra seleccionada de semen, ya sea de la pareja o de donante, previamente preparada y optimizada en laboratorio, con el fin de incrementar el potencial de los espermatozoides y las posibilidades de fecundación del óvulo, así para aumentar las posibilidades de embarazo se estimulan hormonalmente los ovarios y se controla la ovulación para saber cuál es el mejor momento para hacer la inseminación). La ovodonación se presenta cuando el gameto femenino (ovocito) es aportado por una mujer donante, para ser implantado en una mujer receptora que desea ser madre.

44 En la misma página web se describen estas así: con la preservación de la fertilidad se busca la conservación de gametos (ovocitos y espermatozoides) manteniendo toda su viabilidad y capacidad biológica, a fin de posponer la maternidad con garantías razonables; la vitrificación de ovocitos y embriones permite conservar los gametos femeninos y embriones de forma prolongada con igual propósito; la técnica MACS (Magnetic Activated Cell Sorting) es la preparación seminal diseñada para optimizar la selección de espermatozoides a fin de que no presenten daños o signos de apoptosis (muerte celular) para utilizarlos en las técnicas de reproducción asistida e incrementar la probabilidad de embarazo; el diagnóstico genético preimplantacional es una herramienta diagnóstica que permite realizar el estudio genético de una condición concreta del embrión antes de ser transferido al útero, con objeto de prevenir algunas enfermedades genéticas o alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del embrión; y el sistema Time-Lapse es una avanzada forma de incubación que lleva incorporado un sofisticado procedimiento de captación de imágenes, para observar la evolución de los embriones fertilizados en el laboratorio de la fecundación In vitro, desde el mismo momento en que se produce la fertilización hasta su transferencia al útero materno, sin tener que sacarlos del incubadora para su chequeo.

45 Tal es el caso en que se equivoca el laboratorio al utilizar óvulos y/o espermatozoides ajenos al aportado por la pareja o del material genético donado que es escogido por características específicas, como la raza del donante, ya que, a pesar de estar condicionada la labor del centro de especialistas, el reemplazo altera el resultado de identidad genética esperado de los embriones.

Si bien existe una incipiente regulación sanitaria en las memoradas Leyes 9 de 1976 y 73 de 1988, complementadas con el Decreto 1546 de 1998, la Resolución 3199 de 1998 del Ministerio de Salud, el Decreto 2493 de 2004 y la Ley 1805 de 2016, la misma resulta insuficiente para obtener respuestas precisas y claras frente a las crecientes dificultades que se derivan en el campo civil y familiar, por lo que sus estipulaciones deben sopesarse al amparo de figuras ampliamente desarrolladas en el ámbito contractual y filiatorio, pero sin que eso conlleva a desfigurarlas.

Eso sí, lo que resulta irrefutable en el área de la «reproducción asistida» es la trascendencia del «consentimiento informado» en las repercusiones que se derivan de acudir a técnicas científicas para cristalizar el sueño de prolongar la especie humana, ya que incluso algunos comportamientos relacionados con su ausencia conllevan implicaciones penales, como se tipifica en los artículos 108, 128, 132 a 134 y 187 del Código Penal, de los que se entienden expresamente prohibidos los experimentos de manipulación que alteren «*el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad*», la clonación y la fecundación de «*óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto*

de la investigación».

Aunque la ausencia de legislación y reglamentación no puede constituirse en obstáculo para dirimir las innumerables discrepancias que sobre la materia arriben a los estrados, eso de ninguna manera justifica forzar la normativa para extender los efectos del derecho positivo a situaciones que distan de estar comprendidas en su esfera de acción, por lo que lo indicado para brindar soluciones óptimas es acudir a los parámetros de situaciones simétricas en el ámbito que sea objeto de disputa, ya sea en el campo contractual o del derecho de familia, bajo los principios superiores del actual espíritu constitucional, de forma que se posibilite superar la incertidumbre y responder con prontitud a los constantes retos que la investigación genética y reproductiva generan.

Por el solo hecho de que, como se resaltó en CC C595/96, la referencia a los nacidos con asistencia científica que se hace en el inciso sexto del artículo 42 de la Constitución no los constituye en una categoría más de la clasificación de hijos, porque los así procreados encajan dentro de los supuestos de hijos «*matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos, de unión marital de hecho [o] de parejas conformadas por el mismo sexo*» de que habla el artículo 2 de la Ley 2129 de 2021, dependiendo de la situación en que sean concebidos, eso no quiere decir que las implicaciones en los alcances de los artículos 213 y 214 del Código Civil, con las modificaciones de los artículos 1 y 2 de la Ley 1060 de 2006, sean integrales.

Como se dejó sentado con antelación, la esencia de los referidos preceptos según la génesis de la Ley 1060 de 2006 está directamente ligada a la «*filiación biológica*» y así quedó expresado en la exposición de motivos con que se radicó el proyecto en la Cámara de Representantes según el siguiente tenor:

Ya son múltiples los casos de impugnación de paternidad, donde a pesar de haberse aportado una prueba médico-científica (Prueba Genética de ADN), pero debido a que no se ha observado el cumplimiento de los términos señalados por el Código Civil o demostrado la causal de adulterio para impugnar la paternidad, un hombre es sometido por la ley vigente y obligado mediante una sentencia a responder por un hijo que en algunas ocasiones no convive con los verdaderos padres biológicos y lo que es peor, un menor obligado a llevar en su nombre un apellido que no corresponde a su verdadero padre, situación no acorde con los principios de justicia, igualdad y libertad, que rompe la armonía del núcleo familiar que es la base de la sociedad, además de producir conflictos de orden psicológico para cada una de las partes.

(...)

El descubrimiento médico-científico de la Prueba Genética de ADN hace que sea prioritario y de manera urgente modificar el Código Civil Colombiano, el cual debe evolucionar con una doctrina dinámica, justa y actualizada, ya que el Código Civil en aspectos como la presunción ha permanecido rígido y por qué no decirlo estático, no está acorde con la realidad, debe actualizarse tal y como lo hicieron de manera oportuna muchos países del mundo, que consideraron que esta Prueba Genética de ADN es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad, de otro lado, confirma o desvirtúa las obligaciones respecto de unos y otros y evita los serios conflictos al interior de la familia, originados por el engaño y la infidelidad.

De manera concluyente, Colombia debe estar a tono con los cambios de la era moderna y efectuar las modificaciones de orden jurídico a que haya lugar y no continuar rezagados frente a la globalización, acabar de una vez por todas con la discriminación

odiosa de unos términos que contradicen sustancialmente los principios de igualdad ante la ley, reforzar la Ley 721 de 2001 y darle el valor científico que se merece, además de tenerse como soporte sustancial en la diversidad de procesos, ya sean civiles, penales, etc. Se debe propender por una defensa concreta de los derechos del menor, reforzar el precepto constitucional de una progenitura responsable que mantenga el respeto y la lealtad entre la pareja, aspectos estos que contribuyan a la unidad familiar y a una sana convivencia.⁴⁶

Esencia que se conservó en el curso de las discusiones e incluso en el pliego de modificaciones a la ponencia para primer debate, luego de reseñar que la propuesta estaba encaminada a la *«modificación de normas del Código Civil referentes a la eliminación del término para impugnar la paternidad, la admisión de pruebas médico-científicas en el proceso de impugnación de la paternidad, la vinculación del padre biológico al proceso, entre otros»*, para agregar que resultaban necesarias *«modificaciones mayores a las inicialmente planteadas»*, pero solo para ampliar los efectos del artículo 213 a las uniones maritales de hecho, precisar que la presunción de filiación es de estirpe legal y admite prueba en contrario, conceder la titularidad de la acción de impugnación *«a la madre y a cualquiera que previamente y en forma sumaria acredite interés ante el Juez, con el fin de incluir dentro de esta última categoría a los ascendientes, a los herederos y a los presuntos padres biológicos en aras de la economía procesal»* y fijar reglas para la caducidad de los procesos⁴⁷.

⁴⁶ Como se puede constatar en la Gaceta del Congreso 472 del 26/08/2004 en el link <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Camara&fec=26-8-2004&num=472&consec=8926>.

⁴⁷ Como se puede constatar en la Gaceta del Congreso 591 del 4/10/2004 en el link <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Camara&fec=4-10-2004&num=591&consec=9251>.

Igual propósito se mantuvo en la discusión surtida en el Senado donde se recalcó que *«la prueba genética de ADN, es el método más confiable y contundente para aprobar o negar la paternidad, por lo cual confirma o desvirtúa las obligaciones respecto de unos y otros y evita conflictos al interior de la familia, originados por el engaño y la infidelidad»*⁴⁸.

Valga resaltar que las nuevas reglas que regulan *«la impugnación de la paternidad y la maternidad»* se expidieron con posterioridad a la Constitución Política de 1991 y en su génesis, ni en su desarrollo, nunca pretendió dársele alcances a aspectos referentes a la *«reproducción asistida»*, de ahí que su aplicación para tales eventualidades no puede ser irrestricta sino condicionada a las circunstancias de cada caso en concreto

Las anteriores precisiones llevan a rectificar los planteamientos hechos en SC6359-2017 ya que, si bien la discusión en esa oportunidad giró en torno a una inseminación heteróloga, se fijó una regla general en virtud de la cual *«en los casos de procreación científicamente asistida la impugnación ha de sustentarse en la ausencia de consentimiento libre e informado para realizar la inseminación artificial»*, como un nuevo motivo adicional a las *«causales previstas por el artículo 214 del Código Civil»*.

⁴⁸ Como se puede constatar en la Gaceta del Congreso 691 del 3/10/2005 en el link <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=3-10-2005&num=691&consec=11698>.

Tal consideración es imprecisa porque las reglas filiatorias y de impugnación tienen raigambre netamente biológica, lo que podría predicarse solo de algunos eventos muy específicos de la reproducción asistida, como aquellos en que una pareja heterosexual acude a un tratamiento de «*inseminación artificial homóloga*» y se logra establecer que la concepción fue en realidad producto de una infidelidad, así como cuando la mujer casada o en unión marital decide inseminarse con el semen donado por un tercero, sin la anuencia de su esposo o compañero, pero en virtud de las presunciones de los artículos 213 y 214 del Código Civil, con los cambios introducidos por la Ley 1060 de 2006, operaría la presunción de paternidad respecto de este. En tales casos quedarían habilitadas las reglas de impugnación previstas en la normatividad vigente.

Sin embargo, no podría decirse lo mismo de la inseminación artificial heteróloga, que es a la que acuden las parejas heterosexuales en las que alguno de sus integrantes o ambos están impedidos para concebir y necesitan obligatoriamente la aportación de material genético de personas ajenas a la relación o que sin estar en esa situación simplemente desean optar por esa vía.

Incluso las parejas del mismo sexo, por obvias razones, necesariamente deben socorrerse de esta clase de procedimientos heterólogos si desean ampliar su círculo familiar por medio de técnicas de reproducción asistida, si se tiene en cuenta que biológicamente es imposible su

reproducción como pareja.

Eso sin dejar de lado la situación de las mujeres que individualmente deciden inseminarse, ni la complejidad de las inseminaciones cruzadas en las relaciones entre personas de sexo femenino, donde una de las mujeres aporta su óvulo para que una vez inseminado sea implantado en el útero de la otra, de ahí que la madre gestante no compartiría la información genética del hijo.

Bajo esa perspectiva, ni siquiera dentro del marco normativo vigente y a la luz de la interpretación constitucional ampliada al concepto de familia previamente expuesta, podría decirse que a todos los niños producto de tratamientos de reproducción asistida les sean extensibles las presunciones de los artículos 213 y 214 del Código Civil en su actual redacción, ni mucho menos las causales de impugnación contenidas en el último, lo que se tratará de dilucidar más adelante con auxilio de la regulación en algunos países donde se ha tratado el tema y las situaciones análogas en el derecho colombiano.

4.- Derecho comparado en materia de reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción humana asistida no cuentan con una amplia regulación en el orbe, por lo que resulta conveniente para el estudio contrastar el manejo dado en algunas naciones donde ha sido objeto de desarrollo legislativo y existen pronunciamientos judiciales sobre la

temática, advirtiendo de antemano que a pesar de su complejidad y las múltiples variantes que admite, todas coinciden en la relevancia del consentimiento para fines de determinar la filiación de los nacidos como resultado de su puesta en marcha, así como la imposibilidad de impugnar tales lazos, aún por aquellos.

a.-) Reino de España.

En atención a los avances y descubrimientos científicos y tecnológicos en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología que favorecieron el «*desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana*» desde la década de los años 70, en el Reino de España se expidió la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, modificada por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre. Posteriormente fue reemplazada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo⁴⁹, sobre técnicas de reproducción humana asistida, normativa vigente en la actualidad con los cambios introducidos por las Leyes 3/2007 de 15 de marzo, 14/2007 de 3 de junio, 26/2011 de 1 de agosto, 18/2015 de 9 de julio y 19/2015 de 13 de julio.

Bajo dicho marco en el artículo 3.6 se advierte sobre la confidencialidad en las historias clínicas individuales sobre la «*identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos*».

⁴⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>.

En el artículo 5 se fijan reglas para la donación de gametos y preembriones con fines de aplicación en técnicas de técnicas de reproducción humana, precisando que corresponde a un contrato escrito *«gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado»*, que solo es revocable *«cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles»*. A pesar de que se insiste en que *«donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial»* da cabida a una compensación económica resarcitoria que cubra *«estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar»* sin que suponga un incentivo económico. También fija como regla que en forma previa *«los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto»* lo que se hará constar en formatos adecuados donde conste el consentimiento y según el numeral 5

La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

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 y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para

conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

Esa misma norma en el numeral 7 fija como limitante que el «*número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis*», mientras que en el 8 extiende sus disposiciones a «*los supuestos de donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de la propia pareja para la reproducción de personas ajenas a ella*»

En lo que respecta a los «*usuarios de las técnicas*» el artículo 6 los circunscribe a toda mujer mayor de 18 años con capacidad plena para ser «*receptora o usuaria*» y con «*independencia de su estado civil y orientación sexual*», con las advertencias de que es necesario el consentimiento del marido si estuviera casada, «*a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente*» y «*la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación*», sin que pueda hacerse escogencia personal «*a petición de la receptora*», pero procurando «*garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora*».

En materia de filiación de los hijos nacidos como resultado de dicho proceso el artículo 7 prevé que se rige por «*las leyes civiles*», salvo lo previsto en las reglas complementarias de los artículos 8 a 10, precisando que «*[e]n*

ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación» y que si «la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

Se transcriben a continuación las tres estipulaciones subsiguientes por su importancia en los intereses involucrados en el presente caso:

Artículo 8. Determinación legal de la filiación.

1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Artículo 9. Premoriencia del marido.

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 éste 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 prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o

documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

Artículo 10. Gestación por sustitución.

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 a 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.

El tratamiento exhaustivo de la compilación se extiende a la crioconservación de gametos y preembriones, las técnicas de diagnóstico preimplantacional y terapéuticas en el preembrión, la utilización de ambos con fines de investigación y lo relacionado con los centros sanitarios y equipos biomédicos, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y los registros nacionales sobre la materia.

Ya en el anexo se identifican como técnicas de reproducción asistida la inseminación artificial, la

«Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones» y la «[t]ransferencia intratubárica de gametos». Además, define los procedimientos diagnósticos como aquellos «dirigidos a evaluar la capacidad de fecundación de los espermatozoides humanos consistentes en la fecundación de ovocitos animales hasta la fase de división del óvulo animal fecundado en dos células, momento a partir del cual se deberá interrumpir la prueba», lo que concuerda con la prohibición expresa de «la clonación en seres humanos con fines reproductivos» del artículo 1.3.

Dicha regulación permite inferir como principios rectores:

- La gratuidad, anonimidad e irrevocabilidad en la donación de gametos y preembriones, con la imposibilidad de consecuencias filiatorias para los donantes, cuya identidad permanece oculta incluso para los hijos nacidos por esos medios y solo puede revelarse en situaciones excepcionales que no conlleven discusiones sobre parentesco.

- La obligatoriedad del consentimiento debidamente informado de la «receptora o usuaria», así como el de su cónyuge, de estar casada, sin que puedan incidir en la selección del donante, lo que refuerza la anonimidad.

- Frente a las parejas conformadas por personas de sexo femenino se fija como supuesto adicional la facultad de manifestar en el registro civil que acoge como suyo el hijo que

dio a luz su compañera

- La aplicación complementaria de las leyes civiles en materia de filiación.

- La inimpugnabilidad de la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación debidamente consentida cuando se logra con componentes donados por un tercero.

- La imposibilidad de utilizar el material reproductor con posterioridad al fallecimiento del marido, salvo autorización expresa para su utilización por la esposa dentro de los doce meses siguientes al deceso.

- La prohibición expresa de acudir a la gestación por sustitución, esto es, la gestación gratuita u onerosa con el compromiso de renuncia a la filiación materna en favor de terceros, bajo el entendido que ésta queda determinada por el parto, lo que excluye de tales procedimientos a las parejas conformadas por personas del sexo masculino.

Con base en dicha normativa el Tribunal Supremo en la Sala de lo Civil ha proferido interesantes pronunciamientos sobre el tema, a saber:

- STS 5765/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5765⁵⁰, de 5 de

⁵⁰ Providencia que puede ser consultada en el siguiente link <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/be7a639984b8f8c0/20131217>.

diciembre de 2013, en una acción de reclamación de filiación matrimonial instaurada por una mujer respecto de las hijas concebidas por inseminación in vitro consentida con su exesposa. La primera instancia resultó favorable a las pretensiones y fue confirmada por el superior, sin que se accediera al recurso de casación de la madre biológica porque

[l]os actos son claros, evidentes y reiterados, incluso los que pretenden elevarse a la categoría de "propios", pues una cosa es que se deban atender con cautela en acciones legalmente previstas para la protección de un interés público, como es la filiación, y otra distinta que no puedan servir como una manifestación complementaria de esta posesión de estado a partir de una acreditada una (sic) relación de hecho y de derecho entre las partes que se inició con la adopción de una hija nacida con carácter previo al matrimonio, que siguió con el matrimonio, en el seno del cual nacieron las dos hijas, y que concluyó, por ahora, con el posterior divorcio, y lo que carece de sentido y fundamento, cuando no está en juego el interés siempre preferente de las menores, es el empeinado esfuerzo de la madre biológica en impedir que progrese, se consolide y tenga efectos una situación como la enjuiciada en la que se está avanzando legal y jurídicamente en beneficio e interés de estas parejas, con argumentos como los que aquí se han sostenido. Es cierto que lo que se reclama es una filiación y que lo determinante es ver si se dan las condiciones necesarias para ello, pero ello no impide recordar que el artículo 3 de la LO 3/2007, de igualdad, parte del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en supuestos como el [de] la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, y esta norma, ni ninguna otra, ha sido infringida en la sentencia. En estos momentos existe un interés real, y este no es otro que el de las niñas, y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones la conseguidas entre todas, y la discrepancia entre las litigantes debe reconducirse a su ámbito natural y jurídico, que no es otro que el de la ruptura de las relaciones personales, mediante el divorcio, que ya instaron.

"El sistema familiar actual - STS 12 de mayo 2011 - es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales".

- STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247⁵¹, de 6 de febrero de 2014, donde se desestimó el recurso de casación de una pareja de hombres frente a la decisión que confirmó la decisión de primer grado de dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento de dos menores que habían sido registrados en una oficina consular del Reino de España en Estados Unidos como hijos suyos y fueron producto de un contrato de «gestación por sustitución». La decisión se basó en que

(...) en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Bajo esos lineamientos se estimó que

(...) la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

Y como conclusión se expuso que «[l]a filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria

⁵¹ Providencia que puede ser consultada en el siguiente link <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bac2bad54153bf37/20140214>.

a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina», sin que la determinación tomada fuera constitutiva de discriminación por razón de sexo u orientación sexual o se afectara el interés superior de los menores.

- STS 243/2022 - ECLI:ES:TS:2022:243⁵², de 27 de enero de 2022, donde se casó la sentencia confirmatoria de segundo grado que accedió a las pretensiones de declaración de maternidad extramatrimonial, por posesión de estado, de un menor concebido por «*inseminación artificial con semen de donante*» solicitada de consuno entre dos mujeres, pero que solo fue inscrito como hijo de la madre biológica. Para el Tribunal «*el consentimiento de la esposa de la madre es esencial en la determinación extrajudicial de una doble maternidad en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida cuando se presta con los presupuestos y requisitos legales*», pero resulta insuficiente «*cuando lo que se ejercita es una acción de reclamación de filiación por posesión de estado*» y para el caso particular «*lo cierto es que, en atención a su brevedad y a las circunstancias concurrentes, no puede considerarse con entidad suficiente para conformar una relación de maternidad vivida*».

⁵² Providencia que puede ser consultada en el siguiente link <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3e237988e7b38fa4/20220211>.

- STS 3002/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3002⁵³, de 11 de julio de 2022, en un proceso en el que una mujer pedía ser declarada «*madre no biológica*» de un menor que dio a luz su antigua compañera en una relación entre personas del mismo sexo, como resultado de un proceso de inseminación no consentido por la pareja. Si bien en primera instancia la decisión fue adversa a la reclamante, al desatarse la apelación de la vencida se accedió a sus pretensiones de filiación, pero negó lo relativo a la custodia y el régimen de visitas pretendido, por lo que la demandada acudió en casación que salió avante para confirmar la decisión desestimatoria de primer grado. Se sustentó el proveído en que mientras «*la maternidad por naturaleza de la demandada quedó determinada por el parto (arts. 120 CC). Por el contrario, con arreglo al derecho vigente aplicable, no pudo haber determinación de la maternidad a favor de la demandante*», a pesar de que para esa época era admisible «*la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre que consintiera ante el encargado del Registro civil que se determinara respecto de ella la filiación cuando el niño naciera*», pero en esta oportunidad la «*demandante y demandada nunca han contraído matrimonio, la demandante no prestó su consentimiento para que quedara determinada su maternidad, ni inició la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción, lo que ha justificado diciendo que era muy caro*» y aunque no «*se niega que*

⁵³ Providencia que puede ser consultada en el siguiente link <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c56c14ba6faed264a0a8778d75e36f0d/20220728>.

demandante y demandada tuvieran una relación sentimental ni que la demandante sintiera afecto y cariño por el hijo de su compañera, incluso después de su ruptura como pareja, (...) ello no determina que sea su madre», advirtiéndose que el vínculo entre la reclamante y el infante «se ha basado en la decisión de la madre, quien velando por lo que consideró ajustado al interés de su hijo, permitió esa relación y, posteriormente, una vez que consideró que no era beneficiosa para él, decidió ponerle fin». Como conclusión se precisó que

[e]s improcedente y contrario al interés del menor que, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello se fije judicialmente cuando no solo no resulta de una constante relación de maternidad vivida, sino que además es contraria a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien debe reconocerse su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental para su vida.

b.-) República Argentina.

En el país austral existe la Ley 26.862 de 26 de junio de 2013 sobre el «Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida», cuyo objeto es el de «garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida» y que en su artículo 7° señala como beneficiarios para acceder «a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, [a] toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado», el cual «es revocable

hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer».

Dicha regulación tiene un enfoque netamente social-asistencial, como se advierte en la decisión de amparo de 18 de junio de 2014 del Tribunal en lo Criminal N° 4 de La Plata⁵⁴, Buenos Aires, donde se brindó la protección pedida por un matrimonio de mujeres a fin de que *«la obra social de la Provincia de Buenos Aires le[s] cubra el tratamiento de fertilización in vitro con donación ovocitaria y de espermatozoides»*, que asoció al tema la Ley 26.618 de 15 de julio de 2010 con la cual se introdujeron modificaciones al Código Civil vigente para entonces, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, con posterioridad a la misma y el fallo referenciado se expidió la Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014 aprobatoria del Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁵, con una visión actualizada de las relaciones familiares, como en el caso del matrimonio que, sin definirlo, consagra en una estipulación omnicomprendiva y de amplio espectro que *«[n]inguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas*

⁵⁴ Consultable en la página web del SAIJ en el siguiente link <http://www.saij.gob.ar/tribunal-criminal-nro-4-local-buenos-aires-otra-instituto-obra-medico-asistencial-ioma-amparo-fa14010084-2014-06-18/123456789-480-0104-1ots-eupmocsollaf?>

⁵⁵ Ver <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#11>.

de distinto o igual sexo» (art. 402), lo que se observa igualmente en el título dedicado a las «uniones convivenciales» donde se precisa que las disposiciones allí contenidas «se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo» (art, 509).

Las relaciones de familia se regulan con una visión igualitaria y que riñe con cualquier grado de discriminación, es así como el parentesco se define como *«el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad» (art. 529)* y se clasifica la relación fraterna en hermanos bilaterales, esto es aquellos que tienen los mismos padres, y los unilaterales *«que proceden de un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro» (art. 534).*

Situación similar acontece con la filiación que *«puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción»,* pero en cualquier caso surten iguales efectos (art. 558), de ahí que los certificados de nacimiento deben estar redactados de forma tal que no se pueda establecer las condiciones que lo rodearon (art. 559).

En capítulo aparte se fijan reglas *«generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida»,* que debe contar con *«consentimiento previo, informado y libre»* de quienes se sometan a las mismas y requiere de renovación

«cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones» (art. 560), pero puede ser revocado «mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión» (art. 561). Los nacidos por tales medios «son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento (...) debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos» (arts. 562 y 575) y la consulta de la información relacionada con los datos médicos e identificación del donante solo es viable en situaciones excepcionales (art. 564).

Si bien está contemplada la presunción de filiación en virtud del matrimonio, se advierte que no rige «en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento» (art. 566), fuera de que se previene de manera expresa sobre la inadmisibilidad de la «impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida» si ha mediado el debido consentimiento, «con independencia de quién haya aportado los gametos», fuera de que tampoco es viable el «reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste» (art. 577), ni siquiera por quien haya nacido como resultado de su aplicación (art. 582) y en tales eventos «**la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre**» -se resalta- (art. 588).

Finalmente se establece una regla según la cual «[t]odo *emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño*», además de que los «*principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas, pero «[e]n todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño*» (art. 2634).

No obstante que se aprecia la intención de abordar de la forma más completa dicha temática, quedaron excluidos aspectos como la subrogación de vientre o la filiación exclusiva en parejas conformadas por dos hombres, que al parecer estarían al margen de la normatividad, lo que ha llevado a decisiones en diferentes vertientes.

Es así como en sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de 28 de Octubre de 2020, Id SAIJ: FA20020071, se precisó que «*la intención del legislador fue clara, al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma*», lo que conlleva a que no exista un vacío legislativo al respecto que «*justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN.*», pues de estimarlo así

quienes brinden el consentimiento *«acordarían tanto sobre la voluntad procreacional como respecto al procedimiento de determinación de la filiación y el modo de entrega del niño de una persona a quien no se estima como la madre a los progenitores que serían los padres por el sólo acuerdo de las partes ante la inexistencia de prohibición alguna»* y eso resulta inaceptable, lo que guarda *«coherencia con los términos que emergen del art. 17° del CCCN que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo»*.

Mientras que en sendos fallos de 15 de octubre de 2021 se abrió paso a la subrogación de vientre, uno de ellos del Tribunal de Familia, San Salvador de Jujuy, Id SAIJ: FA21200095, donde a una pareja en la que la mujer no contaba con aptitud física para *«poder llevar a cabo la gestación de manera adecuada para su propia integridad y la del por nacer»*, se le autorizó transferir un óvulo fecundado para que sea *«implantado médicamente, gestado y concebido en el vientre de una tercera persona»*, y el otro del Juzgado de Familia de San Juan, Id SAIJ: FA21289002, en el que se homologó el convenio celebrado para autorizar la *«realización de la técnica reproducción humana asistida de gestación por sustitución»*, lo que en ambos casos implicó declarar la inaplicabilidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Incluso se le ha dado paso a la filiación triple en virtud de familias pluriparentales, según tres pronunciamientos del 22 de junio de 2022 del Juzgado Nacional en lo Civil N° 7, en los radicados Id SAIJ: SUC0411004, Id SAIJ: SUC0411005 y

Id SAIJ: SUC0411006, lo que implicó para dichos casos decretar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 558, último párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación «*por conculcar el derecho a conformar una familia en términos diversos y plurales, el derecho a desarrollar un plan de vida autónomo en ejercicio pleno de la voluntad procreacional compartida y el derecho a la no discriminación con motivo o razón de la triple filiación o poliamor registral filiatorio*».

c.-) República Oriental del Uruguay

Por medio de la Ley 18246, promulgada el 27 de diciembre de 2007, se incorporó a la normativa uruguaya la figura de la «*unión concubinaria*», con consecuencias jurídicas en caso de superar cinco (5) años y considerando como tal «*la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí*» y sin «*los impedimentos dirimientes establecidos en los numerales 1°, 2°, 4° y 5° del artículo 91 del Código Civil*».

Con posterioridad se expidió la Ley 19075, publicada el 20 de mayo de 2013⁵⁶, que introdujo varias modificaciones al Código Civil y otras disposiciones complementarias con el ánimo de acondicionarlas a la figura del «*matrimonio*»

⁵⁶ Consultar <https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19075-2013>.

igualitario», para definir el «matrimonio civil» como «la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo» (art. 1) y adecuar la presunción de filiación aparejada al mismo en el entendido de que «[v]iviendo los cónyuges de consuno, y sin perjuicio de la prueba en contrario, la ley considera al otro cónyuge, jurídicamente progenitor de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio», pero abriendo paso a la posibilidad de desvirtuarla con excepción de «las personas que están imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción y antes de la fecundación del óvulo ambos acepten bajo acuerdo expreso y escrito ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial» (art. 14).

Además, contempló la posibilidad parental en las parejas del mismo sexo al señalar que el «hijo habido dentro del matrimonio homosexual llevará los apellidos de sus padres en el orden que ellos opten expresamente», así como la viabilidad de la adopción bajo el entendido de que «[e]n los casos de adopción por parte de parejas homosexuales, cónyuges o concubinos entre sí, el hijo sustituirá sus apellidos por los de los padres adoptantes en el orden que ellos opten expresamente» (art. 25).

Finaliza la ley con una prevención en el sentido de que «[e]n todas las normas reguladoras del instituto del matrimonio o conexas a este donde se utilicen menciones diferenciales en razón de sexo, deberá entenderse cónyuges, pareja matrimonial, esposos u otras de similar tenor que no alteren el contenido sustantivo de la regulación y que no distingan en razón del sexo de la persona» (art. 28).

Ese mismo año, el 22 de noviembre, se promulgó la Ley 19167⁵⁷, para regular las «*técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente*», que podrán aplicarse a «*toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil*» (art. 1) y propende por su inclusión dentro de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud (art. 2).

Dicho procedimiento requiere del consentimiento «*escrito por parte de ambos miembros de la pareja o de la mujer en su caso*» y la ratificación al momento de la inseminación e implantación, pero la mujer puede disponer la suspensión de dichas técnicas antes de la fecundación del óvulo (art. 7).

Tal normativa fija reglas para la donación de gametos y embriones, con la advertencia de que «*no genera vínculo filiatorio alguno entre los donantes de gametos y el nacido, quienes tampoco tendrán entre sí ningún tipo de derechos ni obligaciones*» (art. 14). También prevé lo relacionado con la conservación de gametos y embriones, así como la utilización con fines de investigación o experimentación, eso sí, prohibiendo «*la clonación de seres humanos así como cualquier procedimiento dirigido a la transformación o*

⁵⁷ Consultar <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013>.

alteración de la especie humana, a partir de material biológico obtenido» por ese medio (art. 19).

En cuanto a la gestación subrogada, a pesar de que se afectan con nulidad *«los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero»*, contempla como excepción *«la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio»*, entendido como tal *«aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo»* (art. 25), pero con la condición de que el convenio sea a título gratuito y consentido por todos los involucrados (art. 26).

Ese conjunto regulatorio, a pesar de su coherencia, deja por fuera aspectos relacionados con la filiación de los hijos habidos durante relaciones concubinarias en parejas del mismo sexo y así se evidenció en fallo de 21 de agosto de 2023, proferido por el Tribunal de Apelaciones de Familia 2°T, en acción de amparo con radicación 1187/2023, donde se negó la protección solicitada por una pareja de mujeres a fin de ser reconocidas como madres de dos niños nacidos en virtud a procedimiento de fertilización asistida, ya que solo se permitía inscribirlos a quien los había gestado. La determinación no encontró fundamento a sus aspiraciones a

la luz de las normas vigentes, a pesar del marco regulatorio antes relacionado, con base en que

[e]l Tribunal tiene jurisprudencia firme para situaciones como la presente, que determinan el rechazo de la demanda, lo que significa que los agravios no son de recibo. En caso análogo y en términos aplicables al sublite, tal como lo manifestó la Dra. Álvarez en su voto, esta Sala sostuvo: “En relación al cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, debe tenerse presente que el art. 195 del C.N.A. remite a la Ley 16011. Los firmantes comparten los fundamentos de la atacada en cuanto a la inexistencia de ilegitimidad manifiesta en la actuación del Ministerio de Educación y Cultura. Y esto por cuanto, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, no existe un vacío legal sino una norma que expresamente excluye el reconocimiento de un hijo extramatrimonial por dos mujeres, pero también por dos hombres. En efecto, el art. 240 del C.C. edicta: “Si alguno fuere reconocido como hijo natural por más de un hombre como su padre, o por más de una mujer como su madre, no habrá prueba de paternidad o maternidad mientras que uno de estos reconocimientos contradictorios no fuese excluido por sentencia que cause ejecutoria...”.

En consecuencia, no existe vulneración a los principios de discriminación e igualdad pues la norma rige tanto para mujeres como para hombres.

Cabe agregar que el art. 27 del C.N.A. relativo al nombre, correlativamente a lo consignado en aquella norma, refiere a las situaciones de hijos habidos dentro del matrimonio heterosexual, dentro del matrimonio homosexual y fuera del matrimonio en parejas heterosexuales, así como a los hijos habidos fuera del matrimonio que son inscriptos por uno solo de los padres o que no es inscripto por ninguno de ellos; no hace mención a los hijos habidos fuera del matrimonio en caso de parejas homosexuales.

En ese sentido, Santos Viazzi, B. (La asignación de los apellidos en nuestro derecho y su cambio por vía de consecuencia, AUCDFYS, T. X) señala que en dicha norma se realizan dos distinciones, la primera entre los hijos que provienen de matrimonio y los que no, y la segunda considera si los progenitores son de igual o diferente sexo.

La primera tiene motivo en que el emplazamiento de los hijos matrimoniales es diferente a los hijos no matrimoniales. En la filiación matrimonial opera la presunción, o en su caso, la ficción por el acuerdo de primogenitura previsto en el art. 214 del CC, en cambio, en la filiación no matrimonial, para que el hijo quede emplazado en dicha calidad en relación con ambos padres desde el momento mismo de su inscripción, esto deben comparecer

conjuntamente a reconocerlo. La segunda distinción, toma en consideración si la pareja está imposibilitada de concebir entre sí. Pero además solo se hace referencia a las parejas heterosexuales no unidas en matrimonio, lo que deja afuera la posibilidad de que se llegue a un acuerdo de progeneritura, como sí lo pueden hacer los integrantes del matrimonio homosexual.

Esta regulación está vinculada a lo previsto en la ley N°19.167, que solo contempla a las parejas unidas en matrimonio (quienes deberán suscribir previamente el acuerdo de progeneritura jurídica para emplazar como hija a la criatura así concebida) o a aquellas mujeres que quieran concebir y comparezcan solas al reconocimiento de su hija o hijo (...).

En opinión de los firmantes, esto no implica discriminación, sino que se trata de normas de orden público que imponen un trato diferente a situaciones diferentes.

(...)

Por su parte, el Ministro Cavalli -en su voto- afirmó lo siguiente. La progeneritura jurídica aparece en la ley 19.075, que modificó el art. 214 de CC, adecuando la filiación matrimonial para incluir a los matrimonios homosexuales. La ley creó una ficción, por la que, las personas que biológicamente no pueden concebir serán los progenitores jurídicos del hijo matrimonial, siempre que concurren dos requisitos: que estén casados entre sí y que realicen un acto previo a la fecundación del óvulo, que es que acepten o consientan por escrito ser los progenitores del hijo. Ahora bien, “En noviembre del mismo año, se sancionó la ley 19.167 (TRHA). En su art. 7 establece como requisito: “...d) Consentimiento escrito por parte de ambos miembros de la pareja o de la mujer en su caso, para la realización de técnicas de reproducción humana asistida en un formulario que establezca la reglamentación, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 18.335, de 15 de agosto de 2008.”. Esta ley en ningún momento refiere a que la mujer gestante deba estar casada. Es decir, por TRHA, una mujer soltera, emparejada con otra mujer, con un hombre o sola, puede recibir un embrión y quedar embarazada. Entonces, podría sostenerse la existencia de una discriminación, en el sentido que, si ellas estuvieran casadas, bastaba presentar el acuerdo por escrito para que se le permitiera la inscripción de los niños como hijos de ambas. Por tanto, se entiende que, siendo la cuestión al menos discutible no se debió rechazar el accionamiento in limine. Empero en la sub causa no se acreditó el consentimiento previo -el acuerdo escrito de la Sra. BB- pues el documento agregado a fs. 18 no la vinculó, solo refirió a la madre biológica. La falta de este requisito es decisiva; y en la demanda no se hizo mención al mismo. Si no hay consentimiento previo, de que ambas iban a ser progeneratoras no puede haber filiación por parte de BB. No hubo discriminación porque se tratara de mujeres.

El reconocimiento de un padre sin serlo no solo es ilícito, sino que es penalmente relevante, por lo que no se comparte ese agravio.”

d.-) República Francesa

En el caso de la República Francesa si bien en 1994 se expidieron tres leyes trascendentales para la Bioética y dentro de dicha temática la reproducción asistida, esto es la Ley 94-548 de 1 de julio sobre *«tratamiento y protección de datos nominativos en la investigación médica»*, la Ley 94-653 del 29 de julio, relacionada con el respeto del cuerpo humano y la Ley 94-654 de la misma fecha que trata la *«donación y uso de elementos y productos del cuerpo humano, la asistencia médica a la procreación y el diagnóstico prenatal»*, fue en la reciente revisión que se hizo el año 2021 que se permitió a las parejas de mujeres y a mujeres solteras acceder a dichos procedimientos.

El conjunto normativo de 1994 introdujo en el Código Civil y en el Código de la Salud Pública principios generales relacionados con la primacía de la dignidad humana; la inviolabilidad del cuerpo humano y su no patrimonialidad; la gratuidad de los productos y elementos del cuerpo; la necesidad del consentimiento libre, informado y escrito del paciente; el secreto profesional y la no patentabilidad del genoma. También se trataron temas relacionados con la protección de datos clínicos; la indisponibilidad y no patentabilidad del cuerpo humano, sus tejidos y productos; las intervenciones médicas sobre el cuerpo humano; las técnicas de reproducción asistida; las reglas de la donación de órganos y la creación de embriones, que solo podía

hacerse para las técnicas de reproducción humana asistida, precisando que los excedentes de embriones solo podían ser donados a otras parejas o destruidos.

La primera revisión que se les hizo por medio de la Ley 2004-800, del 06 de agosto de 2004, introdujo al derecho penal francés delitos como los crímenes contra la especie humana, el eugenismo⁵⁸ y la clonación tanto reproductiva como terapéutica de humanos. En la misma se autorizó la investigación en las células embrionarias, aunque de forma excepcional y limitada, y fue creada la Agencia de la Biomedicina, como organismo público encargado de regular el trasplante y donación de órganos, la investigación en embriones humanos, el diagnóstico preimplantacional, las técnicas de reproducción humana asistida y la ingeniería genética.

Por medio de la Ley 2011-814, del 07 de julio de 2011, se hizo una segunda revisión en la que se permitió la donación cruzada de órganos inter vivos⁵⁹; se ampliaron nuevos frentes de investigación en células embrionarias y embriones humanos, pero aún de manera excepcional y controlada; y creó la obligación al paciente con enfermedad genética grave de informarlo a sus parientes, revertiéndose la

58 El eugenismo o eugenesia, según la definición que de la última trae el DRAE es un concepto médico consistente en el «[e]studio y aplicación de las leyes biológicas de la herencia orientados al perfeccionamiento de la especie humana».

59 La donación cruzada consistente en que si dos candidatos de donación presentan incompatibilidad, uno de ellos puede cruzar su donación con otro donante que sea compatible, siempre de manera anónima y gratuita.

carga al médico tratante, en caso de no hacerlo.

Como se advirtió en un comienzo, la última revisión por medio de la Ley 2021-1017, del 02 de agosto de 2021⁶⁰, permitió que «[c]ualquier pareja formada por un hombre y una mujer o dos mujeres o cualquier mujer soltera» pudieran acudir a técnicas de reproducción humana asistida⁶¹, previo consentimiento de «ambos miembros de la pareja o la mujer soltera» para la «inseminación artificial o la transferencia de embriones» que puede ser revocado por escrito⁶². Allí mismo se contempla la asunción de los costos de la procreación asistida por la seguridad social, tanto para las mujeres solas como para todas las parejas, pero se establece un trato diferencial para el matrimonio de heterosexuales a quienes cobija una presunción de parentalidad, mientras que a los matrimonios entre personas del mismo sexo les corresponde adelantar un trámite notarial de «reconocimiento común anticipado del niño por nacer». Aun cuando se permite la donación de embriones su perfeccionamiento debe ser consentido, gratuito y anónimo.

A diferencia de otros regímenes se permite que «[t]oda persona concebida mediante procreación médicamente asistida con un tercero donante podrá, si lo desea, al alcanzar

⁶⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043884384>.

⁶¹ Antes solo estaba permitido para parejas heterosexuales vivas, estables y en edad de procrear.

⁶² La reforma brindó una solución a las parejas en las que una de las mujeres, antes de la reforma, acudió a técnicas de reproducción asistida en otros países y su cónyuge debía adoptar al hijo así concebido para establecer la filiación, de allí que se concediera un plazo de gracia de tres años para que procedieran a un reconocimiento conjunto a fin de evitar dicho paso y establecer así la filiación «respecto de la otra mujer».

la mayoría de edad, acceder a la identidad y a los datos no identificativos del tercero donante», de ahí que las «personas que deseen donar gametos u ofrecer su embrión para su recepción consienten expresamente y previamente en la comunicación de estos datos y de su identidad» y de negarse no pueden cumplir con tal propósito, lo que no se modifica por el fallecimiento del donante.

Entre las modificaciones introducidas al Código Civil Frances en el tema de filiación se previene que «[e]n el caso de que la procreación médicamente asistida requiera la intervención de un tercero donante, no podrá establecerse filiación entre el autor de la donación y el hijo resultante de la procreación médicamente asistida», sin que se pueda emprender alguna acción de responsabilidad en su contra (art. 342-9 CC); «[l]as parejas o mujeres solteras que, para procrear, recurran a asistencia médica que requiera la intervención de un tercero donante, deberán dar su consentimiento previo a un notario, quien les informará de las consecuencias de su acto en materia de filiación», así como la posibilidad del niño de conocer la identidad del donante cuando sea mayor, y a continuación se precisa que **«[e]l consentimiento prestado a la procreación médicamente asistida prohíbe cualquier acción encaminada a establecer o impugnar la filiación, a menos que se sostenga que el hijo no es producto de la procreación médicamente asistida o que el consentimiento haya sido privado de efecto»** -se resalta- (art. 342-10 CC), fuera de que con dicho consentimiento *«la pareja femenina reconoce conjuntamente al hijo»*, pero la filiación de la mujer que da a

luz surge por el nacimiento y de la otra mujer por el reconocimiento conjunto que se debe exhibir al registrador en el momento de la inscripción del nacimiento (art. 342-11).

En cuanto a la maternidad subrogada⁶³ se reforzó su prohibición, dificultándose la situación de las parejas de hombres que acuden a dicho medio e incluso se advierte que los reconocimientos de filiación hechos en el extranjero deben ser analizados bajo la óptica de la legislación francesa, lo que los obliga a acudir a la adopción.

5.- Situaciones afines a la filiación derivada de la inseminación heteróloga en el derecho colombiano.

Existen en el derecho colombiano dos figuras con efecto filiatorio a pesar de la ausencia de nexo biológico entre padres e hijos, ambas concordantes en que se torna en inimpugnable el parentesco, como se pasa a ver:

a.-) Adopción:

El artículo 269 del Código Civil en su redacción original definía la adopción como «*el prohijamiento de una persona, o*

⁶³ Vale advertir que maternidad subrogada, también conocida como gestación por sustitución o vientre de alquiler, está legalizada en Rusia, Ucrania, Israel, Georgia, Kazajistán, Bielorrusia, así medie compensación, mientras que en Canadá, Reino Unido, Grecia, Australia, Brasil, Uruguay, India y Sudáfrica solo se admite si es altruista. La situación en Estados Unidos es variable ya que se permite en Florida, California, Arkansas, Delaware, New Hampshire, Nevada e Illinois; está penalizada en Nueva York, Arizona, y Michigan; en Kansas, Louisiana, Nebraska e Indiana está prohibida y el contrato es nulo; mientras que otros estados imponen algunas condiciones, requiriendo autorización judicial en Texas, en Tennessee se exige que ambos miembros de la pareja aporten sus gametos, en Utah los padres deben estar casados y la donante de óvulos no puede ser la gestante, en Nueva Jersey solo se admite si es altruista y los padres cuentan con 3 días para reclamar los derechos de maternidad, finalmente en Vermont se requiere sentencia judicial posterior al parto.

la admisión en lugar del hijo, del que no lo es por naturaleza».

Tal es la raigambre de la figura que el artículo 272 impedía la adopción por quienes tuvieran descendencia legítima y en la reforma que al régimen le introdujo la Ley 140 de 1960 dicho canon quedó con la restricción de que el *«hijo natural reconocido no puede ser adoptado por su padre o por su madre»*, de lo que se deduce que su contemplación excluía la intención de alterar por ese medio la categoría que para ese entonces tenían los hijos extramatrimoniales. Incluso el cambio que a dicho precepto le introdujo el artículo 27 de la Ley 75 de 1968 en el sentido de que el *«hijo natural podrá ser adoptado por su padre o madre conjuntamente con el otro cónyuge»*, tenía efectos nugatorios ya que *«en la sucesión de su progenitor adoptante solo tendrá los derechos de hijo natural»*.

Si bien la modificación integral de la Ley 5 de 1975 alteró la situación al prescindir de la definición originaria y posibilitar que el *«hijo natural podrá ser adoptado por su padre o por su madre»*, además de que *«[t]ambién podrá ser adoptado por su padre o por su madre conjuntamente con el otro cónyuge»*, con la expedición del Código del Menor mediante el Decreto 2737 de 1989 se regresó al concepto originario de ser un medio para establecer *«la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza»*, concepto que se conserva en la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, donde actualmente se desarrolla todo lo relacionado con dicha figura y en su artículo 63 expresa que *«[l]a adopción es, principalmente y por excelencia, una medida*

de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza».

La ruptura absoluta del nexo con la familia natural y el carácter definitivo del ingreso al nuevo entorno familiar justifica que a renglón seguido el artículo 65 restrinja las acciones de reclamación, al consagrar que:

Nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo.

Sin embargo, el adoptivo podrá promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil que le corresponda respecto de sus padres biológicos, únicamente para demostrar que quienes pasaban por tales, al momento de la adopción, no lo eran en realidad.

La prosperidad de las pretensiones del adoptivo en este caso, no extinguirá los efectos de la adopción, salvo declaración judicial que la ordene y previo el consentimiento del adoptivo. El adoptante deberá ser oído en el proceso.

Es más, el párrafo del artículo 108, según la modificación del artículo 8 de la Ley 1878 de 2018, dispone que una vez en *«firme la providencia que declara al niño, niña o adolescente en adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho».*

La rigurosidad del trámite de la adopción de menores exige la intervención activa del defensor de familia en defensa de sus intereses, para el agotamiento de las diferentes instancias administrativas y judiciales encaminadas a su

perfeccionamiento como medida de reparación, sin embargo, cobra protagonismo el consentimiento que deben expresar «*quienes ejercen la patria potestad*» a la luz de los lineamientos del artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia, ya que solo puede ser brindado pasado un mes del día del parto y cuando se ha recibido la información sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Adicionalmente, dicho consentimiento puede ser revocado solo dentro del mes siguiente a su otorgamiento. Ya si se trata de mayores de edad solo se requiere del «*consentimiento entre el adoptante y el adoptivo*».

Es tal la relevancia del consentimiento para la adopción que se constituye en un anexo imprescindible para iniciar el proceso, salvo que hubiera sido necesario agotar la «*declaratoria de adoptabilidad*» por Defensor de Familia donde se pone fin a la patria potestad. Y aun cuando la regulación se enfoca en la obtención del «*consentimiento de adoptabilidad*» a brindar quienes ejercen la patria potestad, no es menos trascendente la manifestación de la voluntad libre, consciente e irrevocable de los adoptantes que se materializa con la formulación de la demanda en los términos consagrados en el artículo 124 *ibídem*, con el fin de acoger en el seno de la familia a quien por naturaleza no hace parte de ella, con los efectos jurídicos del artículo 64 *id*, según los cuales:

1. *Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.*
2. *La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los*

consanguíneos, adoptivos o afines de estos.

3. El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio.

4. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9° del artículo 140 del Código Civil.

5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.

Como se advierte las consecuencias de la adopción son de doble vía, por un lado, romper los nexos de filiación del hijo adoptivo con la familia natural y, del otro, constituirla desde una perspectiva civil con los adoptantes

b.-) Reconocimiento de hijo.

El acto de reconocimiento de hijos, en los términos del artículo 2 de la Ley 45 de 1936, con la modificación del artículo 1° de la Ley 75 de 1968, «*es irrevocable y puede hacerse: 1°. En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce (...).*», sin perjuicio de lo cual puede ser impugnado al tenor del artículo 5 de la última codificación «*por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil*».

Tal acción de impugnación, en lo que respecta a la paternidad asumida, según el numeral inicial del primer precepto referido procede cuando «*el hijo no ha podido tener*

por padre al que pasa por tal», lo que implica sin lugar a discusión la ignorancia de tal acontecimiento al momento de firmar el correspondiente registro civil por el suscribiente, puesto que la plena sapiencia de dicha situación constituye una aceptación irrestricta, voluntaria y consciente de los deberes y obligaciones que le son implícitos, lo que no solo impide su revocatoria sino que lo convierte en inimpugnable al estar libre de vicios. Admitir lo contrario sería permitir que cualquier persona se sustrajera de los compromisos debidamente adquiridos, a su arbitrio y sin que fuera necesario establecer la existencia de alguna circunstancia que lo justifique, como si su validez estuviera sometida al vaivén de su querer.

El acto de reconocimiento no puede estar condicionado, ni sometido al cambio de parecer frente a circunstancias conocidas y aceptadas de antemano, mucho menos si no existe alguna situación novedosa que conlleve a establecer la presencia de algún vicio en el consentimiento para el momento en que se hace. Tampoco puede ser desconocido por los sucesores de quien lo hizo de forma voluntaria y libre de apremio, con mayor razón si son concedores de antemano de esa situación.

La imposibilidad de impugnar el reconocimiento en esas condiciones, tanto por quien lo hace como por sus sucesores, no es descabellada ni exótica ya que en CSJ SC 22 sep. 1978 se dedujo tal conclusión, aunque restringida a la *«filiación legítima»*, al señalar que:

En punto de filiación legítima resultan lógicas las salvedades consignadas en el artículo 219 del Código Civil, pues, si en principio, los hijos concebidos por mujer casada repútase que son legítimos y que tiene por padre al marido de esta, no obstante esa legitimidad presunta puede ser impugnada por el marido mismo mientras viva, siempre que haga la reclamación como regla general, dentro de los sesenta días contados desde cuando conoció el hecho del parto: pero si el marido muere antes de vencerse este plazo podrán impugnar la legitimidad presunta sus herederos y toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irroque perjuicio actual, menos cuando el padre por acto testamentario o mediante otro instrumento público, hubiere reconocido al hijo como suyo. En esta última circunstancia el legislador no da trascendencia al hecho de que aún no se haya extinguido el término que concede al marido para atacar la legitimidad presunta de su hijo, precisamente porque el reconocimiento expreso del padre entraña o comporta renuncia al derecho de impugnación, derecho que en la familia legítima mira a su propio interés.

La presunción legal de legitimidad que cobija al hijo concebido dentro del matrimonio de sus padres y que tiene como fundamento otra presunción: la fidelidad de las mujeres casadas, que se hace inexpugnable frente a los herederos del marido aunque este haya fallecido sin fenecer el plazo que le otorga la ley para impugnar la pretendida legitimidad. Si el marido, pues, en cambio de ejercer el derecho de impugnación, por medio del reconocimiento reafirma esa paternidad, aceptándola así claramente, esa circunstancia cierra así a sus herederos la posibilidad de entrar a discutir el hecho de la paternidad legítima que está indisolublemente unido a la maternidad legítima.

Si bien esas precisiones se hicieron para exponer una diferencia manifiesta con la «*paternidad natural*», en cuyo caso no se reconocían tales efectos, eso obedeció a las divergencias que para la época existían en torno a los nexos de filiación y la normatividad aplicable, pero que se ha desdibujado con el transcurso del tiempo y concretamente desde la expedición de la Constitución Política de 1991, que en su artículo 42 desarrolló el concepto según el cual «[l]a 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», lo que ha permitido adecuar la noción de «*familia*» a la multiplicidad de situaciones que a diario van surgiendo, por lo que resulta omnicomprensiva y en pos de un trato cada vez más igualitario entre quienes la conforman.

De tal manera que no existiendo razones para discriminar entre las personas que optan por reconocer la paternidad por medio de un documento público, ya sea que medie una relación matrimonial o de unión marital entre los progenitores o, inclusive, que ni siquiera la haya, eso quiere decir que las reglas indicadas en el precedente transcrito serían predicables para todos los casos en que ese proceder sea el producto de una manifestación libre, espontánea y sin vicios.

Eso es así porque la filiación hoy trasciende de la condición biológica a situaciones complejas como la «*relación filial psicoafectiva*», que puede generar lazos mucho más fuertes y determinantes en el complejo desarrollo de los vínculos emocionales, perdiendo relevancia que los nexos solo estén determinados por la información genética que se comparte, a pesar de su indiscutible trascendencia. No es menos importante la cercanía afectiva que surge del trato, frente a la que está determinada por la identidad de los marcadores de ADN.

Concuerda con lo anterior lo previsto en el artículo 219 del Código Civil, según la modificación que le introdujo el artículo 7 de la Ley 1060 de 2006, en el sentido de que «[l]os

*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 a renglón seguido añade que «**cesará este derecho si el padre o la madre hubieren reconocido expresamente al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público**» -se resalta-, lo que quiere decir que un acto de esa categoría que no esté viciado cierra la posibilidad de ser discutido por la vía de la impugnación.*

Dicha norma no puede verse de manera aislada sino que para sus efectos debe analizarse a la par el artículo 213 del Código Civil, cuyo alcance también fue actualizado por el primer artículo de la citada Ley 1060 de 2006, donde se consagra la «*presunción de paternidad*» bajo el entendido de que «*[e]l 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*».

Estudiados en conjunto ambos preceptos no quedan dudas de que el reconocimiento por medio de «*testamento o en otro instrumento público*» es una manera de refrendar una situación presumida por la ley pero que puede llegar a desvirtuarse, por lo que la seguridad jurídica que impide cuestionarlo la brinda ser el producto de una manifestación expresa de la voluntad.

En consecuencia, en los casos en que no opera dicha presunción, el solo acto de admitir la paternidad con la firma en el registro civil de nacimiento, ya sea al momento de la inscripción o con posterioridad, e incluso mediante la suscripción de una escritura pública en la que el otorgante así lo diga, es suficiente para conferir certeza sin que se requiera la reiteración en cualquiera otra clase de documentos. Al proceder de esa manera, a conciencia de que no existen vínculos biológicos de por medio con el reconocido, eso cierra de entrada cualquier reparo posterior.

6.- Disquisiciones sobre la filiación relacionada con los tratamientos de reproducción humana asistida en Colombia.

En el ámbito nacional los nexos de familia que se derivan de culminar con éxito los procedimientos de reproducción asistida, ante la ausencia de regulación sobre la materia, deben establecerse tomando en consideración las diferentes situaciones que puedan concurrir, ya que si bien en algunas oportunidades la información genética entre los padres y los hijos es determinante para el efecto, en otros resultaría intrascendente en vista de la multiplicidad de tratamientos, procedimientos y posibilidades existentes hoy en día. Es por eso que resulta conveniente precisar tres situaciones debidamente diferenciadas en la actualidad que ilustran las implicaciones y la manera de afrontarlas en los escenarios judiciales:

a.-) La inseminación homóloga y sus connotaciones

biológicas.

Eventos habrá en que parejas entre personas de diferente sexo decidan que la mujer sea inseminada con el esperma del hombre o que se extraigan ambos componentes de quienes la conforman para fecundación en vitro y su posterior implantación en el útero materno o de un vientre sustituto.

Es claro que en tales casos los componentes de ADN de ambos padres incidirían en la información genética del hijo y que cualquier disparidad respecto de uno o ambos revelaría ya sea que el embarazo no fue producto de la inseminación o una equivocación en el procedimiento por parte del laboratorio o centro especializado, al reemplazar alguno de los componentes por los de un extraño, lo que produciría consecuencias catastróficas.

En esas eventualidades resultan cabalmente aplicables las normas que regulan la filiación y su impugnación, esto es los artículos 213, 214, 216 a 219, 222, 223, 224, 248, 335 y 337 del Código Civil, con las modificaciones introducidas por la Ley 1060 de 2006 y las derogatorias del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, con la precisión de que si la responsabilidad de la falta de identidad genética entre quienes se reputan padres y el hijo producto de la inseminación recae en la entidad a que se acude para llevar a cabo el tratamiento, dicha discrepancia solo habilitaría el camino a acciones resarcitorias de los perjuicios que la desatención de sus deberes de cuidado ocasionarían.

b.-) La inseminación heteróloga y la fecundación in vitro. Inimpugnabilidad de la filiación ante la ausencia de vicios del consentimiento.

La situación resulta compleja frente a la inseminación heteróloga donde, previo acuerdo de la pareja, el ovulo de la mujer es fecundado con el esperma de un donante anónimo, o la fecundación in vitro en la que ambos componentes (esperma y óvulos) son donados por terceros y se inoculan en el útero de la mujer que acude al tratamiento con el consenso de su cónyuge, compañero o compañera.

Más confusa se dibuja en las parejas entre mujeres que acuden a inseminación cruzada o «*gestación subrogada gestacional*» donde ambas integrantes participan en el proceso, una de ellas que aporta el óvulo para que sea fecundado con esperma de donante y posteriormente se implante el embrión en el útero de la otra cónyuge o compañera.

Ni que decir de las dificultades que deben sortear las parejas de hombres que no tienen opción diferente a que con el esperma de uno, ambos o incluso de un donante se proceda ya sea a la «*inseminación artificial*» de una mujer que, a pesar de aportar el óvulo y ser la gestante, está dispuesta a renunciar a su calidad de madre o, en su defecto, a la «*inseminación en vitro*» de óvulos donados para que el embrión obtenido sea implantado en un vientre de alquiler.

En todos esos casos al menos un integrante de la pareja no compartirá la información genética con el niño producto del tratamiento, sin que eso constituya un obstáculo para que surja relación filial entre ellos, solo que no será biológica sino derivada de la decisión libre y espontánea de asumir los compromisos que lleva implícita la paternidad o maternidad asumida.

De antaño tiene previsto la Sala, como se expresó en CSJ SC 30 nov. 2006, rad. 0024-01, que

(...) el sistema jurídico patrio tiende a depositar en el principio biológico el centro de gravedad de la regulación sobre la materia, sin que esa aseveración signifique que otros factores como la voluntad y la responsabilidad estén totalmente relegados. Que el consentimiento es uno de los factores que la ley toma en consideración para efectos de fijar la filiación, es cuestión que reluce palmaria en algunas reglas jurídicas, v. gr., como la contenida en el artículo 239 del Código Civil, que somete a la voluntad de los padres y los hijos la legitimación de estos cuando el matrimonio no los ha legitimado ipso iure. Otro tanto acontece con la aceptación del hijo extramatrimonial del reconocimiento del que ha sido objeto (artículo 4° de la ley 75 de 1968), para que produzca efectos a favor de quien reconoce. Similar situación acontece con la adopción, en cuyo caso, el criterio que gobierna la materia es el del consentimiento (Decreto 2737 de 1989)⁶⁴. Y sin ir muy lejos, dejando de lado otros ejemplos no menos esclarecedores, es lo que ocurre en materia de caducidad de algunas acciones de filiación, punto en el cual el legislador, por atender otros aspectos distintos del puramente biológico, permite que se consoliden relaciones filiales acrisoladas en el trato afectivo, en las exteriorizaciones de voluntad de los interesados, etc.

Pero, además, en la actualidad, el consentimiento se robustece con el auxilio de un nuevo principio que cada vez tiende a ser más relevante, en la medida en que evolucionan y se popularizan los avances de la reproducción asistida. Se trata del principio de la responsabilidad en la procreación, sobre el cual no es menester ahondar acá.

⁶⁴ Si bien se refiere al Código del Menor que ese año fue derogado en su gran mayoría y concretamente en lo que se refiere a las adopciones, por la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, siguió imperando en la nueva compilación la relevancia del consentimiento al respecto.

No obstante, lo que sí debe admitirse sin mayores titubeos, es que en la legislación actualmente en vigor, en tratándose de la paternidad extramatrimonial, y más concretamente, en punto de su averiguación, el criterio preponderante es el genético pues el proceso respectivo está enderezado a establecer la existencia de un vínculo de esa naturaleza que una al demandante con el demandado.

En tales circunstancias la información genética de quien queda excluido del proceso pasa a un segundo plano, para ganar peso como constitutivo de filiación el consentimiento expreso brindado con antelación y como una manifestación de un acto de la voluntad generador de derechos y obligaciones al tenor del artículo 1502 del Código Civil según el cual

[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1º.) Que sea legalmente capaz.*
- 2 º.) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.*
- 3 º.) Que recaiga sobre un objeto lícito.*
- 4 º.) Que tenga una causa lícita.*

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Dicha norma la complementa el artículo 1508 ibídem en el sentido de que «[l]os vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo», por lo que las manifestaciones libres, conscientes y lícitas de las personas capacitadas para hacerlas, son fuente irrefutable de las obligaciones que emanan de ellas y eso aplica en materia de filiación, como se resaltó en SC3194-2021 en un tema de nulidad del registro civil por la falsedad del acto de

reconocimiento, al evocar que

[S]obre el elemento voluntad y las consecuencias de su ausencia, conviene recordar lo dicho por esta Corporación:

[L]a voluntad, es núcleo y elemento medular de la existencia de la declaración de voluntad jurídica, para que los actos o negocios jurídicos no devengan en inexistentes; pero también su manifestación libre de vicios es presupuesto de validez de los actos o negocios jurídicos (artículos 1502 y 1517 del Código Civil). Es la facultad psíquica de la persona, mediada por la inteligencia; es el deseo e intención para elegir entre realizar o ejecutar o no un determinado acto, o un hecho en concreto. Según la RAE, es '(...) facultad de decidir y ordenar la propia conducta (...). Acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa queriéndola o aborreciéndola (...). Libre albedrío o libre determinación. (...) Elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue'. Implica consentir, aceptar algo, otorgar aquiescencia...

Esto significa que la voluntad jurídica puede ser declarada en forma expresa, tácita o presunta; no obstante, ha de ser clara e inteligible. La expresa, puede ser verbal o escrita, según el caso, o apreciable por signos que la den a conocer; por vía de ejemplo, en la hipótesis del artículo 1640 del Código Civil, en el poder conferido por el acreedor a una persona para demandar al deudor la facultad para recibir debe ser expresa; la fianza del artículo 2373 ejusdem no puede presumirse; según el artículo 2004 ibidem, el arrendatario no puede ceder el arriendo o subarrendar, salvo autorización expresa. En cambio es tácita en el caso del artículo 1287 del Código Civil, cuando el heredero o legatario vende o dona cuanto se le ha deferido por el modo de la sucesión, pues se presume que acepta la herencia; en el evento del artículo 1290 del mismo estatuto, si se constituye en mora de declarar si acepta o repudia, se infiere que la repudia; y hay condonación o remisión tácita a voces del artículo 1713 también del Código Civil, cuando se entrega voluntariamente por parte del acreedor el título de la obligación al deudor...

‘A manera de introducción resulta conveniente memorar que siendo por definición el consentimiento uno de los requisitos esenciales para la existencia del acto jurídico’, y añade esta Sala, hallándose presente “cuando es sano, libre y espontáneo es así mismo elemento esencial para su validez, pues la ley no solamente reconoce la facultad que tienen los particulares para regular en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de voluntad, sino que también dispone de los mecanismos adecuados para protegerlos contra su propia ignorancia, y principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad. Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes otorguen voluntariamente su consentimiento, sino que

también se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera de lo cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad; es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye esa libertad y conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas' (SC19730, 27 nov. 2017, rad. n° 2011-00481-01).

Existiendo a cabalidad la conciencia de que quien se acogerá como hijo no va a compartir la información genética de quien expresamente autorizó el empleo del óvulo o semen de terceros, de común acuerdo con quien sí tiene una participación activa en el tratamiento, eso conlleva la plena aceptación por los que conforman la pareja de las consecuencias que se derivan de tal pacto, entre ellas la imposibilidad de impugnar a posteriori la relación paternofilial que surge so pretexto de la inexistencia de vínculo con base en una prueba científica cuyo resultado excluyente se sabe de antemano, eso sí, salvo que la manifestación de la voluntad esté viciada.

En iguales términos acontecería cuando, a conciencia de ambos integrantes de la pareja, tanto el semen como los óvulos con que se llevará a cabo una inseminación in vitro son aportados por terceros.

Eso es así porque de darle cabida al finiquito del nexo que une a los padres con los hijos así concebidos desde una óptica meramente biológica, sería posibilitar que cualquier persona se sustraiga de los compromisos debidamente adquiridos, a su arbitrio y sin que fuera necesario establecer la existencia de alguna circunstancia que lo justifique, como si su validez estuviera sometida al vaivén del querer a pesar

de una aquiescencia previa manifiesta e irrefutable.

Atendiendo las diferencias que puedan darse entre las variadas manifestaciones de familia y no existiendo razones para discriminar a las personas que de forma voluntaria optan por acudir a técnicas científicas de asistencia reproductiva para ampliar el círculo familiar acudiendo a donantes de material genético, eso posibilita el surgimiento de los nexos filiatorios derivados del consentimiento sin que sea necesario hacer extensivos los alcances de preceptos concebidos netamente para la «*filiación biológica*»

Es más, frente a las particularidades expuestas, ni siquiera sería admisible aplicar a rajatabla el artículo 217 del Código Civil, bajo los términos del artículo 5° de la Ley 1060 de 2006, que permite al hijo «*impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo*», ya que en tales sucesos cobraría relevancia el inciso segundo de dicha norma según el cual «*[e]n el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera*», la que obviamente perdería peso puesto que la situación de quien es procreado con «*asistencia científica*» y componentes donados, dispuesta de consuno por los integrantes de una relación matrimonial, solemnizada o en unión marital de hecho, se asemeja más a la condición de los hijos adoptivos a quienes está prohibido ejercer acciones de reclamación del estado civil a la luz del artículo 65 del Código de la Infancia y la Adolescencia, salvo si quienes pasaban por padres biológicos al momento de la adopción no lo eran en realidad.

c.-) Implicaciones del consentimiento viciado en la práctica de procedimientos de reproducción humana asistida.

Mención aparte merecen las irregularidades en la obtención del consentimiento, ya que tratándose de una manifestación de la voluntad debe ser libre, consciente y espontánea, que además exige una suficiente ilustración sobre sus alcances cuando se trata de técnicas de reproducción asistida.

Su relevancia es tal que la Resolución 8430 de 1993, «*Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud*», en su artículo 30 dispone que entre múltiples procedimientos los de «*fertilización artificial*», requieren de «*consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o compañero*» bajo los lineamientos de los artículos 15 y 16, el cual es imprescindible ya que no operaría para ese evento la posibilidad de dispensarlo en los supuestos imprevisibles del inciso final del aludido artículo 30⁶⁵.

Como anteriormente se dejó expuesto la inexistencia del consentimiento del cónyuge o compañero, en una relación heterosexual, para que se lleva a cabo una inseminación heteróloga daría cabida a las acciones de impugnación,

⁶⁵ Inciso donde se expresa que «*El Consentimiento Informado del cónyuge o compañero solo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el compañero no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido*», aplicable solo a las «*investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia*».

precisamente para desvirtuar las presunciones de los artículos 213 y 214 del Código Civil, en los términos de los artículos 1 y 2 de la Ley 1060 de 2006. Eso mismo sería predicable en eventos donde se hubiera convenido una inseminación homóloga por la pareja, pero en realidad el hijo no es producto del mismo sino de una infidelidad de la mujer. En ambos casos la falta de filiación estaría determinada por la ausencia de identidad cromosómica entre el presunto padre y el supuesto hijo, como hecho determinante del vínculo.

Situación muy distinta es la que acontece cuando dicho procedimiento en inseminaciones heterólogas está precedido del consentimiento, puesto que, como se ha insistido, no hay transmisión de información genética por quien autoriza el uso de material de terceros donantes y la filiación derivaría es de la manifestación expresa de la voluntad, lo que impediría dar aplicación a las normas reseñadas.

En tales eventos no sería viable acudir a la impugnación aduciendo la «ausencia de consentimiento libre e informado para realizar la inseminación artificial» a manera de una causal nueva y adicional de las previstas en el artículo 214 del Código Civil, tal cual en su momento se posibilitó en CSJ SC6359-2017, puesto que como se ha insistido dicho precepto está concebido únicamente para los efectos de la «filiación biológica» y ni siquiera ha sido objeto de estudio por la jurisdicción constitucional confiriéndole un alcance diferente.

Eso no quiere decir que la filiación derivada de un consentimiento viciado en un procedimiento de reproducción humana asistida sea inexpugnable, solo que para ponerle fin es necesario obtener la declaración de nulidad del acto de voluntad que la origina. Todo lo anterior sin dejar de lado la posibilidad de acudir a las acciones para desvirtuar el contenido del registro civil de nacimiento a la luz de los artículos 102 a 104 del Decreto 1260 de 1970, si se dan los supuestos que comporta, como se señaló en CSJ SC3194-2021 al precisar que

(...) por mandato legal y jurisprudencial, se han reconocido otras acciones judiciales, diferentes a la impugnación, cuyo efecto se traduce en desvirtuar el contenido del registro civil nacimiento, pero en este caso por medio de la crítica sobre la validez o eficacia de la anotación en sí misma considerada.

Y es que, según al artículo 102 del decreto 1260 de 1970, «[l]a inscripción en el registro del estado civil será válida siempre que se haga con el lleno de los requisitos de ley», por lo que, cuando se desatienden las directrices normativas para su realización, deviene como necesario el decaimiento del asentamiento, de lo cual deberá dar cuenta la autoridad judicial competente.

A su vez el canon 104 establece algunos casos expresos de nulidad del registro, a saber:

Desde el punto de vista formal son nulas las inscripciones: 1. Cuando el funcionario actúe fuera de los límites territoriales de su competencia. 2. Cuando los comparecientes no hayan prestado aprobación al texto de la inscripción. 3. Cuando no aparezca la fecha y lugar de la autorización o la denominación legal del funcionario. 4. Cuando no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o testigos, o la firma de aquellos en estos. 5. Cuando no existan los documentos necesarios como presupuestos de la inscripción o de la alteración o cancelación de ésta (negrilla fuera de texto).

Lo mismo sucederá, por fuerza del artículo 103, cuando la inscripción se efectúe en desatención de la «identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que se refiere la inscripción o los documentos en que ésta se fundó y la persona a quien se pretende aplicar».

(...)

Es cierto que, en variadas ocasiones, la Sala dio a entender que la única acción de la cual se dispone para desdecir sobre el estado civil es la impugnación, sin clarificar si es posible acudir a remedios judiciales adicionales.

Sin embargo, estas manifestaciones se hicieron al analizar pretensiones fundadas en la ineficacia del registro civil por ausencia de maternidad o paternidad, lo que en verdad se traduce en una súplica de impugnación, distante de una crítica al registro por la desatención de los requisitos legales para su realización o por el incumplimiento de las condiciones para que una manifestación de voluntad tenga consecuencias jurídicas.

7.- Fracaso del ataque por la vía directa propuesto.

En lo que respecta al caso concreto, se presentan múltiples factores que patentizan su complejidad y dieron lugar al extenso recuento evolutivo en el campo de la filiación y el entorno familiar de los numerales precedentes, así como la concordancia en el ámbito jurídico internacional, para establecer la improcedencia de la censura planteada por la promotora a nombre de sus dos hijos, en vista de la forma atinada en que se trató el tema en las instancias, sin que se logre vislumbrar el desconocimiento de los derechos preferentes de los infantes que invoca la censora.

Las circunstancias factuales y probatorias advertidas por el Tribunal, indiscutidas en atención a la vía directa escogida, no admitían una interpretación de los preceptos sustanciales que regían el tema diferente a la que se llegó en el fallo confutado, que está conforme a la visión ampliada y proteccionista del entorno familiar a la luz de la Constitución Política y la normativa complementaria, además de que responde al deber de velar por el interés superior de los niños

involucrados en la contienda.

No puede pasar inadvertido que las diferencias que motivaron el pleito surgieron en una «*familia diversa*», en la que dos mujeres unidas por «*vínculo solemne*» debidamente acreditado optaron de manera, consciente, voluntaria y expresamente consentida, por acudir a técnicas de reproducción asistida con el ánimo de incorporar a su proyecto de vida en común a los hijos resultantes de su práctica. Así mismo, que el cambio de decisión por una de las madres de que la otra siguiera figurando como tal fue producto de la separación efectiva de la pareja acontecida con posteridad al nacimiento.

Precisamente la conclusión a la que llegaron ambos falladores de instancia fue que en vista del consentimiento brindado por la demandada para acompañar en el proceso de reproducción asistida a su pareja, con quien estaba unida por vínculo solemne, cerraba el paso a la impugnación pretendida de los niños nacidos como resultado de la misma, lo que coincide con los planteamientos consignados en este proveído respecto de las inseminaciones heterólogas y fecundación in vitro, máxime cuando no está en discusión que dicho consentimiento fue libre, espontáneo y voluntario, lo que facilitó la inscripción registral de nacimiento que se busca modificar.

En el vacío quedan los esfuerzos argumentativos de la impugnante en el sentido de que la determinación confirmatoria del Tribunal es lesiva de los intereses de los

infantes, expresando que ella está dispuesta a asumir en forma exclusiva la crianza de sus hijos y que la contradictora no cuenta con recursos para hacerlo, ni está interesada en cumplir con las obligaciones parentales.

Tales manifestaciones evidencian una visión particular y ajena a los criterios de amor, respeto y solidaridad que deben imperar en el entorno familiar, independientemente de las diferencias y rupturas que puedan conllevar a su modificación. Además, admitir esa visión sería disponer un trato diferencial prohibido por la constitución a los hijos fruto de técnicas de reproducción asistida, respecto de los hijos de progenitores separados, como si la filiación dependiera meramente de la genética, la continuidad de la relación de pareja o de la capacidad económica para atender los compromisos que exige el socorro debido entre los integrantes de dicho núcleo.

Si bien la conformación de la familia puede cambiar por las decisiones de sus integrantes, de ahí que aquellos que un día estuvieron unidos por matrimonio, vínculo solemne o unión marital, y constituyeron con sus descendientes un conjunto cerrado de miembros, éste por múltiples razones puede fraccionarse en distintas figuras para conformar entre ellos o con la participación de terceros familias monoparentales, ensambladas o de cualquier otra índole e incluso la opción individual de asumirse como familia unipersonal, eso no significa que la transformación de los afectos sirva para permitir la elusión de los compromisos de ley.

No puede desconocer quien persigue la impugnación que los derechos a proteger con la filiación son los de los menores, los cuales no pueden ser analizados desde una visión cortoplacista sino proyectados en el tiempo. Mucho menos es posible que la contraparte aproveche la coyuntura a fin de desentenderse de los compromisos voluntariamente asumidos, en virtud del «*principio de la responsabilidad en la procreación*».

Adicionalmente, la solución a los inconvenientes de pareja no puede circunscribirse a la ruptura total de un vínculo inescindible, cuando el ordenamiento contempla diversas formas de favorecer el desarrollo de las relaciones parentales durante la vigencia de la unión y con posterioridad a su cese, como es la regulación de visitas, la suspensión o privación de la patria potestad y la fijación, aumento y disminución de las obligaciones alimentarias, como ejemplo, lo que permite reestructurar las cargas frente a las fluctuaciones que pudieran presentarse a futuro, como atinadamente resaltó el *ad quem*.

Incluso resulta desacertada la referencia en derecho comparado al pronunciamiento de 10 de julio de 1990 del Tribunal de Casación de Francia, puesto que como se advierte del extracto al que se accede por el link reportado para su estudio, el tema en discusión en esa oportunidad se contrajo a la anulación de un falso reconocimiento, por la ilicitud del objeto y la causa en el acuerdo para acudir a la procreación artificial, lo que discrepa de lo que ahora

acontece con los aquí litigantes e incluso con la situación normativa actual del referido país europeo, a la luz de la reciente Ley 2021-1017, del 02 de agosto de 2021.

Fuera de eso, de la pequeña muestra que se consigna en el numeral 4 de estos considerandos y a pesar de las diferencias existentes sobre el tema en los países reseñados, se extrae un consenso unánime con la solución brindada por las autoridades judiciales locales en esta oportunidad, esto es, la irrevocabilidad del consentimiento brindado para la práctica de técnicas de reproducción asistida una vez hecha la inseminación o la implantación del embrión, así como la inimpugnabilidad de la filiación derivada del mismo.

Igual de desafortunada es la invocación del artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por el Estado Colombiano con la Ley 12 de 1991, según el primer aparte del artículo 3 en el sentido de que *«[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, [tendrán] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»*, puesto que ni siquiera se esboza cómo la decisión de conservar una filiación debidamente consentida en sus orígenes puede desconocer tal criterio, ya que el desarrollo argumentativo por el contrario refleja un deseo particular de alejar a quien fue su pareja en el pasado de su vida y la de los infantes, so pretexto de que busca proteger sus intereses, lo que no resulta

palpable.

Para el efecto cobra relevancia lo que sobre el particular se indicó en CC C-727/15, según la cual

(...) tanto la Constitución, como los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional, han enfatizado la importancia de asegurar el interés superior del niño en todos los ámbitos que puedan afectarlo, desde las asignaciones prioritarias dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños, la sanción a los infractores de los derechos de los niños, y en la aplicación de la regla pro infans en situaciones en las que se encuentre involucrado un menor de edad.

En el marco de la protección y cuidado del menor de edad y de la prevalencia del interés superior del niño, la Corte ha afirmado que estos sujetos de especial protección tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, lo cual “se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica”.

La patria potestad y los deberes y obligaciones que se desprenden de la relación paterno-filial, están diseñadas precisamente para garantizar el bienestar del menor de edad y hacer efectivo su interés superior.

De este modo, la patria potestad en el contexto normativo actual, no es como en el pasado, una prerrogativa y derecho absoluto del padre, sino una institución que permite a los padres garantizar los derechos de sus hijos.

Por otro lado, los deberes paterno-filiales, también están orientados a asegurar a los niños su educación, orientación, cuidado, adecuado sostenimiento y debida atención en todos los aspectos de la vida que les permiten desarrollarse integralmente.

De tal entidad son los derechos de los niños, que la suspensión o la privación de la patria potestad no modifican las obligaciones que los padres tienen con sus hijos no emancipados. Asimismo, la separación de los padres, el divorcio o la nulidad del matrimonio, no afecta el estatus y los derechos de los niños, porque la relación filial permanece y con ello los deberes y obligaciones que se le adscriben.

13. En resumidas cuentas, el régimen constitucional y legal actual garantiza la igualdad entre los miembros de la pareja y respecto de sus deberes y obligaciones como padres. Los instrumentos diseñados por la ley para que los progenitores cumplan su función de garantizar los derechos de sus hijos no emancipados, la patria

potestad y los deberes que se derivan de la relación paterno-filial, se dirigen a realizar el interés superior del niño y a asegurar su desarrollo integral y armónico.

8.- Conclusión

Toda vez que la censura no logra revelar una errónea hermenéutica del *ad quem* a las normas que regían el caso, a la luz de los caros principios constitucionales de protección a la familia y el interés superior de los menores, sin que con ellos se aprecie una desatención a los tratados de derecho internacional que integran el bloque de constitucionalidad, fracasa el cargo.

Conforme al numeral 7 del artículo 365 del Código General del Proceso, no hay lugar a imponer costas a la opugnadora toda vez que no aparecen causadas, en vista de la posición asumida por la demandada.

IV.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 10 de noviembre de 2021, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso que adelantó Margarita Rios, en nombre de sus dos hijos menores, contra Juliana Rincón. Sin costas.

En su oportunidad, devuélvase virtualmente el

expediente digitalizado a la Corporación de origen.

NOTIFÍQUESE

FERNANDO AUGUSTO JIMÉNEZ VALDERRAMA

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUÍS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Fernando Augusto Jiménez Valderrama
Presidente de la Sala

Hilda González Neira
Magistrada

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Magistrada

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: F86CF4072085FC1B72190EA04E9FB113952DC6F15559FDAE407A6E43AB3255C5

Documento generado en 2024-03-21