

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente:
ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).-

Ref.: 11001-3110-002-2006-00537-01

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Defensor de Familia adscrito al Juzgado Segundo de Familia de Bogotá, en representación del menor demandado **X X X X X X X X X X X X X X¹**, respecto de la sentencia proferida el 25 de enero de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, dentro del proceso ordinario de impugnación de la paternidad que en su contra adelantó el señor **JAVIER ALEJANDRO GARCÍA RODRÍGUEZ**.

ANTECEDENTES

1. En el libelo con el que se dio inicio al referenciado proceso, obrante del folio 3 al 5 del cuaderno principal, se solicitó, en síntesis, que se declarara que el menor accionado no

¹ Nota de Relatoria: En aplicación al numeral 8 del artículo 47 de la ley 1098 de 2006 "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia" se prescinde del nombre del menor, debido a que esta providencia puede ser publicada.

es hijo del actor y que se comunicara tal determinación a la autoridad competente, para su inscripción y registro.

2. En respaldo de tales pretensiones se relataron los hechos que pasan a compendiarse:

2.1. El demandante y la señora Janneth Eloyne Toquica Osorio, madre del menor accionado, contrajeron matrimonio el 28 de septiembre de 1998 e hicieron vida marital hasta el mes de marzo de 2006, época en la que, de común acuerdo, decidieron separarse de cuerpos e iniciar un proceso de divorcio.

2.2. La citada pareja, durante mucho tiempo, trató de concebir un hijo, lo que no fue posible, debido a que se estableció médicamente que el señor García Rodríguez “tenía una deficiencia de espermatozoide[s]”, que sólo mediante el seguimiento de un tratamiento médico podía, eventualmente, superar.

2.3. “Frente a tal situación los esposos **RODRÍGUEZ TOQUICA**, estudiaron otras opciones como la inseminación artificial, llegándose a concluir que si el padre no podía concebir, se efectuaría inseminación con espermatozoides del padre del demandado señor ALBERTO GARCIA”.

2.4. Los citados esposos, militares de profesión, fueron trasladados a laborar en sedes diferentes al domicilio del hogar.

2.5. Para la época en que la señora Toquica Osorio quedó embarazada, el actor no había iniciado el tratamiento a que se hace referencia en el numeral 2.2. anterior.

2.6. El menor accionado nació el 19 de noviembre de 2004 y el demandante lo registró como su hijo “en la Notaría 33 del Círculo de Bogotá”.

2.7. El señor García Rodríguez “tiene serios indicios de que el menor no es hijo suyo, dado su estado clínico”.

3. Admitida que fue la demanda por el Juzgado Segundo de Familia de esta capital, con auto de 1º de agosto de 2006 (fl. 11, cd. 1), se surtió su enteramiento personal a la progenitora del menor accionado, en representación del mismo, en diligencia surtida el 19 de febrero de 2007 (fl. 17, cd. 1), quien, por intermedio de apoderada judicial, en la contestación que oportunamente presentó, manifestó allanarse a sus pretensiones (fls. 19 y 20, cd. 1).

4. En audiencia realizada el día 4 de junio de 2007, la demandada, frente a la manifestación del actor en el sentido de que consideraba que no era padre del niño “porque no ten[ia] la capacidad de concebir [por] un problema biológico”, aseveró lo siguiente: “[e]so es cierto, a mí me realizaron una inseminación artificial en el HOSPITAL MILITAR” (fl. 24, cd. 1).

Decretadas las pruebas del proceso mediante auto de 21 de junio de 2007 (fl. 29, cd. 1), entre otras, se decretó y practicó una experticia que fue llevada a cabo por SERVICIOS MÉDICOS YUNIS TURBAY Y CIA. S EN C. INSTITUTO DE GENÉTICA, cuyo

resultado determinó que “[l]a paternidad del Sr. Javier Alejandro García Rodríguez con relación a X X X X X X X X X es Incompatible según los sistemas resaltados en la tabla” (fl. 250, cd. 1).

5. Agotado el trámite de la primera instancia, la autoridad judicial en precedencia mencionada dictó sentencia el 10 de diciembre de 2008, en la que declaró que “el niño X X X X X X X X X X X X X X X, representado por su progenitora JEANETH ELOYNE TOQUICA OSORIO, nacido el diecinueve (19) de noviembre de dos mil cuatro (2004), no es hijo del señor JAVIER ALEJANDRO GARCÍA RODRÍGUEZ”; ordenó tomar nota de la sentencia en el registro civil de nacimiento del accionado; y se abstuvo de condenar en costas, como quiera que la parte demandada se allanó a las pretensiones del libelo introductorio (fls. 309 a 315, cd. 1).

6. Al desatar la apelación que el Defensor de Familia adscrito al juzgado del conocimiento interpuso contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, en el suyo, fechado el 25 de enero de 2010, lo confirmó (fls. 25 a 30, cd. 2).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Tras destacar la satisfacción de los presupuestos procesales y memorar que “frente a la prosperidad de la pretensión de impugnación de la paternidad legítima, ningún reparo tuvo el Defensor de Familia”, el *ad quem* precisó que su estudio, por lo tanto, se “encaminará a determinar si la sentencia

debe ser revocada porque en el 'debate del proceso' no se indagó sobre la paternidad del menor X X X X X X X X X X X X X X X X X X X y porque según el recurrente '...el procedimiento para la práctica de la inseminación no se hizo en legal forma o de acuerdo a las disposiciones clínicas o médicas mínimas que tal práctica requiere'".

2. En relación con el artículo 6º de la Ley 1060 de 2006, modificadorio del artículo 218 del Código Civil, el sentenciador de segundo grado puntualizó que "la vinculación del presunto padre biológico al proceso de reclamación o impugnación de la paternidad procede, bien de oficio o a petición de parte, pero en la medida que sea posible llevar[la] a cabo" y que "cuando ello resulta imposible, porque se desconoce a ciencia cierta quien pueda ser el verdadero padre del menor, nada impide que se dicte sentencia resolviendo solamente la pretensión de impugnación de la paternidad".

3. Con tal fundamento, advirtió que en el presente proceso, según lo que en la audiencia de conciliación manifestó la progenitora del menor demandado, "en el Hospital Militar le realizaron [a ella] una inseminación artificial", que aparece acreditada con la certificación de folio 99 del expediente, "pero sin embargo no existe prueba (...) del origen del semen, ni que la concepción del menor X X X X X X X X X X X X X X X X X X X haya sido el producto del citado procedimiento (...)", como quiera que ninguno de los testigos tuvo conocimiento de esos hechos; la médico que realizó la inseminación tampoco se enteró "de qué laboratorio provenía el semen que utilizó para realizar dicho

tratamiento a la señora Janeth Elyone Toquica, ni mucho menos, si ese procedimiento fue el que dio lugar a la concepción” del niño; e igualmente no se pudo “establecer dicha circunstancia, en la historia clínica obrante a folios 45 al 231 del expediente”.

4. Añadió el *ad quem*, que el hecho de que la referida inseminación artificial no hubiese cumplido con el “procedimiento médico que rige la materia”, es una circunstancia que “para nada enerva la sentencia impugnada, porque no forma parte de los hechos que se investigan, esto es, si el menor (...) es hijo legítimo del señor JAVIER ALEJANDRO GARCIA RODRÍGUEZ, y porque corresponde a un tema que debe ser tratado en la respectiva instancia judicial”.

5. En tal orden de ideas concluyó “el fracaso de los argumentos en los que apoyó [el] recurrente la alzada” y, por ende, la pertinencia de confirmar la sentencia recurrida.

LA DEMANDA DE CASACIÓN CARGO ÚNICO

1. Con apoyo en el motivo inicial consagrado en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente denunció la sentencia impugnada por ser directamente violatoria de los artículos 218 del Código Civil, modificado por la Ley 1060 de 2006; 7 y 14 a 16 de la Ley 75 de 1968; 5 a 9, 22, 25, 41 -numerales 1, 2, 4 y 7-, 51, 52, 121 y 122 del Código de la Infancia y la Adolescencia, con desconocimiento, además, de los

principios consagrados en los artículos 5, 14, 16, 29, 44 y 93 de la Constitución Política.

2. En desarrollo del cargo, su proponente, luego de disertar sobre la evolución que se ha presentado respecto de “los derechos de las personas en defensa de su dignidad y de sus libertades”, señaló que en el presente caso “no se justifica que a estas alturas de los avances planteados, al desatar un litigio de impugnación de paternidad, la Juez de conocimiento solo se limite a declarar que el demandante no es el padre y no se preocupe por indagar, especialmente a la madre, quién es el padre biológico de un niño que antes pasaba por ser hijo de quien en realidad no lo era”, actitud que consideró contraria al derecho que el accionado tiene de “conocer [a] su padre y así definir su verdadero estado civil ante la familia, la sociedad y el Estado”.

3. En esa misma línea de pensamiento, añadió que “[e]n la sentencia que se ataca”, los Magistrados del Tribunal “ignoraron la presencia del niño X X X X X X X X, hijo ahora solo de la señora JEANNETTE ELOYNE TOQUICA OSORIO, les fue invisible, fueron indiferentes a los derechos que este servidor invoca en su nombre, a pesar de su natural derecho a conocer su origen biológico establecido en la constitución y en las leyes”.

4. Seguidamente trajo a colación el contenido del artículo 218 del Código Civil, según su texto actual, e insistió en que en el caso *sub lite* no “se averiguó a la madre quién es el verdadero padre del niño (...) o de quién provi[no] el semen con el que lo concibió”, sin que en el proceso se hubiese establecido una

u otra circunstancia, omisiones que afectan al infante y que ponen “en riesgo la estabilidad de la institución familiar, puesto que, al parecer, esta pudo ser una de las causas que originaron el conflicto entre los citados esposos”, por la incertidumbre que se derivó en cuanto hace al embarazo de la cónyuge.

5. Con similar argumentación, el censor sustentó el quebrantó que denunció de las normas de la Ley 75 de 1968 que incluyó al inicio de la acusación. Agregó que la falta de determinación del verdadero padre del aquí demandado, implicó que no se resolviera “acerca de los deberes y derechos que les asiste tanto a los padres como al niño” y que su propósito con el recurso de casación es que la Corte unifique la jurisprudencia para que, en adelante, en “los asuntos relacionados con la familia, se resuelvan todos los aspectos que se derivan de la paternidad, puesto que uno de los avances fundamentales del derecho moderno de familia en Colombia, fue el paso de la atención y solución de las ‘**situaciones irregulares**’ en que se podrían encontrar los niños, que contemplaba el parcialmente derogado Código de Menor, a la filosofía de la **protección integral** que propende la Constitución Política (Art. 44) y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada como legislación interna mediante la Ley 12 de 22 de enero de 1991 y que se subsume en el artículo 93 de la Carta”.

6. Advirtió que la protección integral de los derechos del menor aquí demandado exigía que “se declarara su paternidad” y que, en concomitancia con ello, se definiera “el ejercicio de la patria potestad, la responsabilidad parental, la

asignación de su custodia y cuidado personal, la determinación de las relaciones afectivas materno paterno filiales, familiares y sociales y la fijación de la obligación alimentaria”, pues no es justo que, como ocurre actualmente, se avoque a los interesados a que deban iniciar otras acciones legales para la solución de esas problemáticas, actitud que va en contravía de las normas disciplinantes del derecho de familia que, por ser de orden público, son de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios del Estado, según se desprende de los artículos 51 y 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia, sin que, en tratándose de fallos judiciales, el acatamiento de esa directriz, los convierta en pronunciamientos incongruentes (*extra o ultra petita*).

7. Puso de presente, además, que “[l]a otra preocupación de esta demanda de casación, es la manera como se realizó la inseminación artificial de la señora JEANNETTE ELOYNE TOQUICA OSORIO”, toda vez que no se cumplieron los protocolos que sobre el particular existían, en particular, porque no hubo una participación conjunta de los esposos García Toquica; el cónyuge no autorizó por escrito la inseminación; no se conoció el origen del semen; y no hay certeza de que la concepción del demandado, haya sido fruto de esa intervención médica. En tal virtud, el censor reclamó “la apertura de la respectiva investigación”.

8. Para finalizar, el recurrente concluyó que “tanto la Juez Segunda de Familia de Bogotá, como los Magistrados de la Honorable Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en flagrante afectación de los derechos

fundamentales del niño X X X X X X X, desconocieron su derecho sustancial fundamental a conocer su origen biológico o genético, que le permita saber quién es su padre (artículos: 5, 14, 16, 29, 44, 93 y 228 de la Constitución Política); omitieron aplicar la facultad oficiosa de preguntar, interrogar y procurar la investigación de la paternidad del niño”; no tuvieron “en cuenta la obligación legal de solucionar de manera integral la efectividad de los derechos de los niños, al igual que la imposición integral de los deberes de los padres, facultades otorgadas en la Ley 75 de 1968, modificada por la Ley 721 de 2001, artículos 7º, 14, 15 y 16”; ignoraron que “la atención de los conflictos en los que pueden estar involucrados los niños, es oficiosa, es urgente, inmediata, prevalente, de interés superior, integral, en consideración al cambio de filosofía que nos prodigó la Constitución Política de 1991 y la inclusión del Estado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, disposiciones defensoras de los derechos fundamentales de las personas con base en la dignidad humana, pero que los juzgadores omitieron al no tener en cuenta todos estos principios y facultades contemplados en los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 22, 25, 41, ordinales 1º, 2º, 4º y 7º, 51, 52, 121 y 122 del Código de la Infancia y [la] Adolescencia (ley 1098 de 2006)”.

CONSIDERACIONES

1. Para desestimar los argumentos que el recurrente formuló, por vía de apelación, en contra del fallo estimatorio del *a quo*, que fueron los aspectos a los que el Tribunal circunscribió la sentencia de segunda instancia

impugnada en casación, esa Corporación adujo, en concreto, tres argumentos:

1.1. Estimó que al tenor de lo establecido en el artículo 218 del Código Civil, conforme la modificación que le introdujo el artículo 6º de la Ley 1060 de 2006, "la vinculación del presunto padre biológico al proceso de reclamación o impugnación de la paternidad, procede bien de oficio o a petición de parte, pero en la medida que sea posible" (se subraya), de manera que cuando no lo es, "porque se desconoce a ciencia cierta quién pueda ser el verdadero padre del menor, nada impide que se dicte sentencia resolviendo solamente la pretensión de impugnación de la paternidad".

1.2. Con esa orientación, precisó que en el presente caso, no obstante que la madre del menor demandado manifestó en la audiencia de conciliación que a ella le fue realizada una inseminación artificial, confirmada con la certificación médica obrante a folio 99 del cuaderno principal, "no existe prueba (...) del origen del semen, ni que la concepción del menor JUAN SEBASTIÁN GARCÍA TOQUICA, haya sido el producto del citado procedimiento de inseminación artificial", pues ni la prueba testimonial, ni la historia clínica que aparece a folios 45 a 231 del mencionado cuaderno, dieron cuenta de una y otra circunstancia y que, por ende, "ante la imposibilidad de conocer quién es el padre biológico del menor, para vincularlo al proceso a efecto de verificar el verdadero origen filial del niño (...), no le quedaba otro camino al a quo que seguir con el curso normal del proceso de impugnación de la paternidad, para finalmente proferir la

correspondiente sentencia, habida cuenta que la ley no condiciona al juzgador para que indague la paternidad de manera preliminar a tomar una decisión de fondo”.

1.3. Por último, observó que las eventuales deficiencias del procedimiento médico de inseminación artificial, no “enerva[n] la sentencia impugnada”, como quiera que no “forma[n] parte de los hechos que se investigan”, esto es, si el citado menor era o no hijo del actor.

2. Ese entendimiento del fallo del *ad quem* permite avizorar la estrecha relación de los dos primeros planteamientos, no obstante su diferente naturaleza, habida cuenta que el primero es de estirpe netamente jurídica, en tanto que el segundo es de linaje esencialmente fáctico, puesto que, como se aprecia, este último fue resultado de aquel, toda vez que en razón del sentido que el Tribunal atribuyó al artículo 218 del Código Civil, según su texto actual, esa autoridad coligió que en el presente proceso había resultado imposible vincular al presunto padre biológico del menor demandado, como quiera que las pruebas recaudadas no permitieron establecer, por una parte, quién fue el donante de la muestra de semen con la que se practicó a la progenitora del infante la inseminación artificial de la que fue objeto y, por otra, que la concepción del accionado hubiese sido fruto de ese específico procedimiento médico.

El otro argumento, relativo a la intrascendencia de las anomalías en que se pudo haber incurrido al efectuarse a la

señora Toquica Osorio la señalada inseminación artificial frente al objeto del presente litigio y, más exactamente, de las determinaciones adoptadas por el juzgado del conocimiento, se muestra independiente respecto del bloque conformado por los dos planteamientos en precedencia comentados.

3. Indispensable es advertir, de entrada, que el recurrente, como se infiere del compendio que se hizo del único cargo por él propuesto, combatió a la luz de la causal primera de casación, por quebranto directo de las normas sustanciales, solamente el primero de los relacionados planteamientos del Tribunal; respecto del segundo, ningún cuestionamiento elevó; y sobre el último, se limitó a solicitar que se adelantara la correspondiente investigación por razón del procedimiento médico seguido en cuanto hace a la inseminación artificial practicada a la madre del niño demandado.

4. Reza el artículo 218 del Código Civil, modificado por el artículo 6° de la Ley 1060 de 2006, lo siguiente:

“El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o a la presunta madre biológica, con el fin de ser declarad[a] 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” (negritas y subrayas fuera del texto).

La citada ley, “[p]or la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad” (se subraya), varió en forma importante las normas que, con anterioridad a su vigencia, se ocupaban de disciplinar esas dos específicas acciones.

Con tales cambios, como se señaló en la “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS” que se acompañó al correspondiente proyecto de ley cuando fue presentado el 24 de agosto de 2004 ante la Cámara de Representantes, se pretendió la realización, entre otros, de los siguientes objetivos:

a) La “modificación y actualización del Código Civil, en lo referente a las pruebas y términos establecidos para la *Impugnación de la Paternidad*”.

b) Poner a tono dicha legislación con “los descubrimientos científicos y tecnológicos [que] vienen aportando una valiosa información que ha producido cambios estructurales y jurídicos dentro de la sociedad a nivel mundial”, en particular, con “la Prueba Genética de ADN”, entendida como “el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad”.

c) Que Colombia ajuste su normatividad a “los cambios de la era moderna”, efectúe “las modificaciones de orden jurídico a que haya lugar”, no continúe “rezagad[a] frente a la globalización” y “acab[e] de una vez por todas con la discriminación odiosa de unos términos que contradicen sustancialmente los principios de igualdad ante la ley”.

d) “[R]eforzar la Ley 721 de 2001”, con el propósito de brindarle a la mencionada prueba “el valor científico que se merece, además de tenerse como soporte sustancial en la diversidad de procesos, ya sean civiles, penales, etc.”.

e) “[P]ropender por una defensa concreta de los derechos del menor”.

f) Y, finalmente, robustecer “el precepto constitucional de una progenitura responsable, que mantenga el respeto y la lealtad entre la pareja, aspectos estos que contribuyen a la unidad familiar y a una sana convivencia” (Gaceta del Congreso No. 472, págs. 6 a 8).

Ahora bien, en cuanto hace a la modificación que se introdujo al citado artículo 218 del Código Civil, si bien en la referida “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS” nada se dijo, se encuentra que en la primera ponencia ante la Cámara de Representantes presentada el 29 de septiembre de 2004, se justificó dicho cambio de la siguiente manera:

“En atención a las consideraciones anteriores, cuando se impugna la paternidad o la maternidad, no simplemente está en disputa la verdadera filiación de una persona, sino todo lo que ello implica, como es el derecho al nombre y a una familia, así como la efectiva protección que ordena la Constitución para con los menores y para con la familia, como núcleo esencial de la sociedad, por tal razón y, siempre que sea posible, el juez a petición de parte vinculará a los presuntos padres biológicos, para

que la paternidad o la maternidad, según el caso, sea reconocida en el proceso” (se subraya).

El sentido de la legislación nacional es coherente con lo dispuesto por algunos instrumentos internacionales, *v.gr.*, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas en el mes de noviembre de 1989, en cuyo artículo 7.1 se dispone que “[e]l niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

5. En consonancia con el precedente análisis, se debe destacar, en primer lugar, que el objetivo de la Ley 1060 de 2006 fue modificar las reglas correspondientes a los procesos de impugnación de la paternidad y de la maternidad, pero no lo fue, explícitamente, el de introducir cambios a las disposiciones disciplinantes de las controversias judiciales relacionadas con la investigación de esas mismas circunstancias -la paternidad y la maternidad-.

En segundo lugar, que en el artículo 6° de la citada ley se consagró una 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.

Y, finalmente, que el ejercicio de la indicada facultad – deber 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 (art. 83, C. de P.C.).

6. Así las cosas, pertinente es colegir que la reforma en cuestión no tuvo el propósito de alterar la reglas de los procesos encaminados a determinar la paternidad o la maternidad de una persona y, mucho menos, a desvirtuar la autonomía que, de antaño, los caracteriza; y que con ella simplemente se allanó el camino al menor cuya paternidad o maternidad hubiese sido impugnada, para que en el mismo proceso en el que se ejercitó esa acción -la de impugnación-, en el supuesto de que ello sea posible, se cite a su padre o madre biológicos para que, dentro de tal tramitación, se resuelva sobre la paternidad o maternidad de uno u otro, según fuere el caso.

7. Se sigue de lo anterior que, por lo tanto, ningún error jurídico envuelve la interpretación que el Tribunal hizo del ya tantas veces mencionado artículo 218 del Código Civil, toda vez que, como ya se consignó, el sentido que dio a dicho precepto se ajusta al mandato que él contiene, esto es, que la vinculación en los procesos de impugnación de paternidad o maternidad de los progenitores biológicos del menor demandado sólo procede si ello es posible; que, cuando tal actividad no es viable, la acción de impugnación no puede paralizarse; y, finalmente, que, en tales supuestos, es pertinente que, llegada la oportunidad procesal correspondiente, se profiera sentencia que defina la mencionada

pretensión aun cuando la referida vinculación no se haya verificado.

8. Descartado, como queda, el yerro hermenéutico que el censor atribuyó al *ad quem*, es evidente que el primero de los soportes fácticos esgrimido por dicho sentenciador, esto es, que en el presente proceso no fue posible vincular al presunto padre biológico del menor accionado, por cuanto no aparece acreditado quién fue el donante de la muestra de semen utilizada para la inseminación artificial que se practicó a la señora Toquica Osorio y, mucho menos, que la concepción del demandado hubiera sido el resultado de ese específico procedimiento médico, mantiene todo su vigor, más cuando, según ya se registró, este aspecto no fue controvertido por el casacionista, tornándose así invulnerable para la Corte.

9. Ahora bien, si la casación, como insistentemente lo ha predicado la Sala, es un recurso extraordinario que tiene por fin exclusivo evaluar si la sentencia impugnada guarda o no conformidad con la ley, sustancial o procesal, según la naturaleza de los cargos que se propongan, ostensible es el desacierto de la última acusación elevada, en la medida en que ella apunta a solicitar que se ordene la apertura de la investigación tendiente a establecer los desatinos en los que se pudo incurrir en el procedimiento médico de inseminación artificial efectuado a la progenitora del accionado.

10. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, 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"¹, 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

¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El Nuevo Derecho de Familia – Visión doctrinal y jurisprudencial. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2010 (Colección internacional No. 21), págs. 85 y ss.

funcionamiento de los denominados "Bancos de Componentes Anatómicos" y de las "Unidades de Biomedicina Reproductiva". En dicha normatividad se define, en el artículo 2°, 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 biológico²; 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”³; 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 terapéuticos⁴.

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

² FABREGA RUIZ, Cristóbal Francisco. *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*. Ministerio de Sanidad y Consumo y Editorial Comares. Granada, 1999. Pág. 98.

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Op. Cit.* Pág. 98.

⁴ SAMBRIZZI, Eduardo. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Abeledo - Perrot Lexis - Nexis Argentina. Buenos Aires, 2001. Pág. 90.

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 biológico⁵; 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 comparado⁶, 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 1º de la

⁵ DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia. Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad «versus» interés público. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004. Pág. 162.

⁶ Artículo 1839 del C.C. de Portugal, artículo 8.1. de la ley 14 de 2006 de España, artículo 318 del Código Civil belga, artículo 256 del código suizo, artículo 539 del Código Civil de Quebec, artículo 311-20 de la ley 94/653 de Francia, artículo 72 del Código Civil de Costa Rica, artículo 182 de la ley 19.585 de Chile, entre otras. Relación normativa extractada de Sambrizzi, Eduardo A. Op. Cit. Pág. 97.

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.

15. Como corolario de las anteriores motivaciones, se concluye que el cargo auscultado no está signado por el éxito.

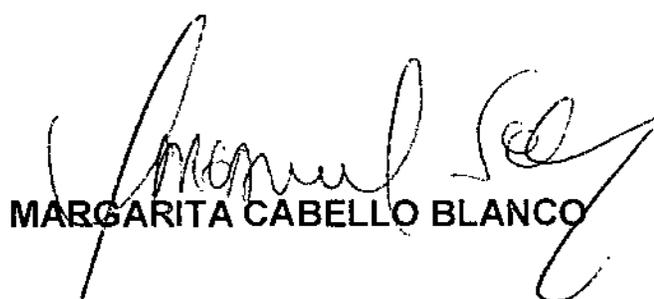
DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 25 de enero de 2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, dentro del proceso de impugnación de la paternidad que al inicio de este proveído de dejó plenamente identificado.

Sin costas en casación, como quiera que el recurso fue propuesto por el Defensor de Familia adscrito al Juzgado de conocimiento en defensa de los derechos del menor demandado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.


FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

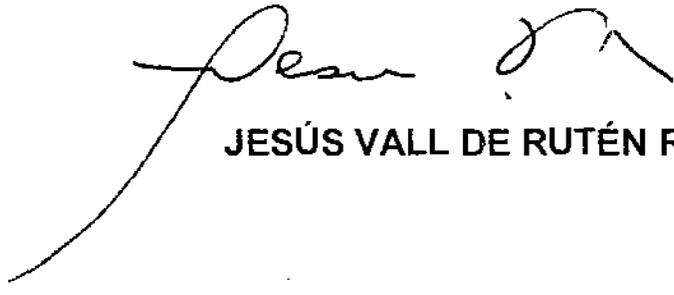

MARGARITA CABELLO BLANCO


RUTH MARINA DÍAZ RUEDA



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

A Solarte
ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ



JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ