

Análisis a partir del
derecho comparado –
normativa vigente
de España, doctrina y
proyectos de ley
en Argentina-
de la situación jurídica
del estado civil y los efectos
patrimoniales del
hijo producto
de inseminación artificial
post mortem en Colombia

Diego Fernando Casas Jiménez,
Luis Alberto Díaz Badillo,
Edwin Francisco Mantilla Parra

**ANÁLISIS A PARTIR DEL DERECHO COMPARADO
-NORMATIVA VIGENTE DE ESPAÑA, DOCTRINA Y
PROYECTOS DE LEY EN ARGENTINA- DE LA SITUACIÓN
JURÍDICA DEL ESTADO CIVIL Y LOS EFECTOS
PATRIMONIALES DEL HIJO PRODUCTO DE INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL POST MORTEM EN COLOMBIA**

AUTORES: Diego Fernando Casas Jiménez, Luis Alberto Díaz
Badillo,
Edwin Francisco Mantilla Parra
FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 12 de 2012
DIRECCIÓN: abogadomantillaparra@gmail.com

RESUMEN: El presente trabajo de investigación es de tipo cualitativo, siendo el objetivo principal analizar la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia, a partir de la normativa vigente en España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina. Para el desarrollo del artículo, se examinaron e identificaron las normas que regulan los métodos de reproducción asistida y la filiación post mortem en España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina, junto con los diferentes autores que se han referido al tema. Como resultado de la investigación se encontró que España es líder en legislación de reproducción asistida y filiación post mortem, pues la normativa contempla la posibilidad con el lleno de los requisitos establecidos, de que el hijo de mujer viuda nacido con el uso de las técnicas de reproducción asistida con posterioridad a la muerte del marido, tenga un vínculo filial con este. Para el caso de Argentina se estableció que en diversas oportunidades se ha pretendido legislar sobre el tema; sin embargo, ninguno de los proyectos de ley presentados ha tenido éxito; es de anotar que desde el mes de julio del presente año cursa en el Senado un proyecto que pretende reformar el Código Civil y que incluye un apartado sobre la filiación post mortem en las técnicas de reproducción asistida. En Colombia, por el contrario, aún no existe reglamentación al respecto, y, por tanto, los hijos producto de estas técnicas se encuentran desprotegidos; lo anterior hace necesario que el legislador se pronuncie sobre el tema.

PALABRAS CLAVES: Inseminación, Post mortem, Filiación, Efectos Patrimoniales, Estado Civil.

ABSTRACT: This research work is qualitative in nature; its main purpose is to analyze the legal situation of the marital status and the patrimonial effects of the son or daughter product of artificial insemination post mortem in Colombia, from the current regulations in Spain, the doctrine and the projects of law in Argentina. For the development of the article, were discussed and identified the rules governing the methods of assisted reproduction and the post mortem demographics in Spain, the doctrine and the projects of law in Argentina, together with the different authors that have been spoken on the topic. As a result of the investigation it was found that Spain is a leader in legislation of assisted reproduction and post-mortem affiliation, because the legislation provides for the possibility with the full of the requirements, that the widow's son born with the use of assisted reproduction techniques after the death of her husband, subsidiary has a link with this. In the case of Argentina was established that on several occasions has been purported legislate on the subject, however, none of the bills submitted have been successful; it is worth noting that since the month of July of this year studying in the Senate, a project that aims to reform the Civil Code and which includes a section on the post-mortem demographics in the assisted reproduction techniques. In Colombia on the contrary, there is still no regulation in this regard, and therefore, the children product of these techniques are unprotected, it is necessary that the legislator speak out about the matter.

Key Words: Insemination, Post mortem, filiation, patrimonial effects, Marital Status.

Análisis a partir del derecho comparado –normativa vigente de España, doctrina y proyectos de ley en Argentina- de la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia*

Diego Fernando Casas Jiménez, Luis Alberto Díaz Badillo,
Edwin Francisco Mantilla Parra**

INTRODUCCIÓN

La filiación entendida como producto jurídico es el vínculo de consanguinidad que une al hijo con sus padres, y que desemboca en la relación de parentesco establecida por ley (paternidad o maternidad), que permite gozar de una serie de derechos y obligaciones de orden biológico y legal que se desprenden de este.

En tal sentido, la legislación colombiana reglamentó aspectos alusivos a la familia como el parentesco y la “calidad” de hijo a través de diferentes leyes en el devenir del tiempo desde 1887 hasta 2001. De manera incipiente se plantea a través de la Ley 153 de 1887 las condiciones para la legitimación de los hijos y el reconocimiento de los hijos naturales; luego con la Ley 95 de 1890 artículo 6 reguló aspectos tales como el tiempo en que el marido podía reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio (cuando se demostró el adulterio de la mujer). Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 45 de 1936 se ventiló el asunto de la investigación de la paternidad, la que se reguló en forma más amplia por la Ley 75 de 1968, que trató aspectos como la filiación, la investigación de la paternidad, los efectos del estado civil y se avanzó en lo atinente a efectos patrimoniales; con la Ley 29 de 1982 se otorgó la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos,

*Trabajo final presentado por los estudiantes de posgrado como parte del seminario “formación para la investigación” implementado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga-UNAB.

**Estudiantes de posgrado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

extramatrimoniales y adoptivos; con la entrada en vigencia de la Ley 721 de 2001, se estableció el uso de la técnica del ADN (marcadores genéticos), para comprobar la paternidad, cuando científicamente los exámenes determinen un índice de probabilidad superior al 99.9%.

En este contexto y teniendo en cuenta el avance de la ciencia en este tema no sólo determinando la paternidad y/o maternidad sino las innovaciones en materia de fecundación como la inseminación artificial humana, Colombia tiene más de 71 clínicas e institutos especializados, que emplean un método de reproducción asistida en el que el esperma del hombre es depositado en la mujer mediante técnicas médicas, como recurso para parejas infértiles¹.

Al respecto, el artículo 92 del Código Civil con la declaración de inexistencia² de la expresión “de derecho”, abre un espacio para considerar como legítimo al hijo nacido en los casos de gestación extemporánea, como ocurre con los nacimientos con técnicas científicas, no obstante, la legislación Colombiana no ha entrado a regular en detalle este aspecto, menos aún para hijos producto de inseminación artificial POST MORTEM, lo que a todas luces vislumbraría vacíos legislativos dado el incipiente desarrollo jurisprudencial que al respecto existe, por lo que resulta de gran interés e importancia el realizar un análisis de derecho comparado (normativa vigente en España y Argentina) sobre la fecundación POST MORTEM y sus incidencias en el derecho de familia, particularmente en materia de filiación y su situación jurídica respecto del estado civil del hijo y sus efectos patrimoniales.

Si bien es cierto en Colombia no se han divulgado casos polémicos en relación con la reproducción “asistida” post mortem, es una realidad ante el avance científico, que da la posibilidad a hombres y mujeres de recurrir a métodos de reproducción artificiales a partir del almacenamiento en centros especializados de semen u óvulos que en el futuro pueden ser empleados para la gestación de un nuevo ser humano, incluso con posterioridad al fallecimiento de los “padres”, pero que puede dar pie a confrontaciones, disputas y conflictos familiares, y que en la actualidad no tienen regulación en el sistema jurídico colombiano.

Por ello, la investigación cobra importancia, relevancia y pertinencia en el ámbito jurídico local, no sólo para los candidatos a la especialización de Familia, sino para la comunidad en general, pues a partir de la revisión y comparación de la legislación vigente de España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina, que han regulado materias similares, se plantea realizar un análisis jurídico que en el futuro pueda tenerse en cuenta para la configuración de una normativa aplicable a situaciones como las aludidas en párrafos anteriores, en aras de contribuir al instituto jurídico colombiano de la filiación post mortem, tanto en el estado civil como en los efectos patrimoniales, a la luz del derecho comparado (un especial análisis y valoración jurídica), que aportará a la familia en el marco de la Constitución Política como núcleo fundamental de la sociedad.

¹ Programa jóvenes con empresa Banco de Oportunidades de negocio, Valle del Cauca, Santiago de Cali, noviembre de 2005

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004 de 22 de enero de 1998, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía

PROBLEMA

¿Cuál es la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia, a partir de la normatividad vigente en España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina –derecho comparado–?

OBJETIVO GENERAL

Analizar la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia, a partir de la normativa vigente en España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina –derecho comparado–.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Revisar la normativa vigente del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en la legislación de España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina.
2. Establecer la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales dada en la normativa de España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina al hijo producto de inseminación artificial post mortem.
3. Identificar las leyes y la doctrina colombiana en lo referente a la situación jurídica del estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem.
4. Comparar la normatividad vigente de España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina en relación con el estado civil y los efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem.

MARCO TEÓRICO

Se tendrán en cuenta conceptos fundamentales desde los que se pretende el acercamiento al objeto de estudio; para ello se analizarán los institutos jurídicos del ordenamiento legislativo interno colombiano, en relación con el concepto de persona, estado civil, familia, parentesco y derechos patrimoniales de las personas, al igual que las diferentes formas de procreación asistida, y posteriormente se efectuará un análisis sobre los mismos tópicos en la normatividad vigente en España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina (derecho comparado).

PERSONA: Su origen etimológico viene de persona-ae, que era aquella máscara (per sonare, es decir, para hacerse oír) que llevaban los actores en la antigüedad y que ocultaba su rostro al tiempo que hacía sonar su voz. Esto es, una ficción que se sobrepone al ser que la porta. Ello es así porque no todos los seres humanos - especialmente en otros tiempos- podían ser considerados personas.

La persona natural o física como la llaman en la mayoría de los países latinos, es un concepto estrictamente jurídico, cuyo origen proviene de los primeros juristas

romanos. En el presente, cada país tiene su propio ordenamiento jurídico que le da su propia definición de persona, aunque en todos los casos es muy similar.

Para el caso colombiano, el Código Civil define que “*son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*” (art. 74).

La existencia biológica del ser humano comienza con la concepción, pero la personalidad solo se otorga a los seres humanos que nazcan vivos (art. 90 C.C.); para el Código Civil, el nacimiento se verifica cuando el ser humano se ha separado “completamente de su madre” y debe haber vivido una vez realizada la separación completa del vientre materno, un momento siquiera³. Igualmente, la Constitución Colombiana de 1991 establece que toda persona tiene el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 14).

ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD: El ser humano cuenta con atributos de la personalidad, tales como nombre y apellido, de donde el atributo del apellido tiene su origen en la familia matrimonial o extramatrimonial, que determina la relación de filiación de la persona. Cuando el apellido causa incomodidad a la persona, es ridículo o existen muchos homónimos se permite el cambio, pues la modificación queda registrada en la escritura pública. Es importante mencionar que el cambio de esta no hace que la persona pierda su vínculo familiar⁴. En Colombia, por costumbre se lleva primero el apellido del padre y después el de la madre; en otros países pueden llevar primero el apellido de la madre y después el del padre.

En la Ley 54 de 1989 se establece que para los hijos matrimoniales, los apellidos son primero el del padre y después el de la madre. En el caso de hijos extramatrimoniales esta ley estipula que se le inscribirán los apellidos de la madre a esta persona a menos que el padre lo reconozca. Existe la posibilidad de que la persona sea reconocida después y de esta forma puede cambiar sus apellidos y pasar a tenerlos como un hijo matrimonial.

Respecto a los hijos adoptivos, se deben distinguir cuatro hipótesis:

a) Los adoptados con posterioridad a la vigencia del Código del Menor (decreto 2737 de 1989) llevan el apellido del adoptante, y si la adopción ha sido conjunta, llevan el del padre adoptante, seguido del de la madre adoptante; es decir, se sigue la regla de los hijos matrimoniales (art. 97); b) si la adopción se efectuó antes y fue plena, se aplica la regla anterior; e) si la adopción se efectuó antes de entrar en vigencia el Código del Menor, fue simple y se solicita la aplicación de los nuevos efectos de este código, se sigue la misma regla; d) si fue simple y no se solicita, estos efectos se regulan por la ley vigente en el momento de la adopción; según el art. 276, en la redacción de la Ley de 1975, el adoptivo simple podía llevar su apellido original y agregar el del adoptante o solo el apellido del adoptante.⁵

3 VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil, parte general y personas. Décimo tercera edición. Editorial Temis. 1994. p. 277 - 279.

4 *Ibíd.*, p. 300 - 334

5 BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de las Personas. volumen 1. p. 153

Cuando se ignore el apellido de los padres de un recién nacido, el funcionario del derecho civil le debe dar un apellido usual en Colombia. Esto se encuentra establecido en el Decreto 1260 de 1970, art. 62 y Decreto 158 de 1994.

ATRIBUTO DEL DOMICILIO: El art. 77 del Código Civil estipula que las personas suelen vivir en un sitio determinado, en forma continua y cumplen relaciones de orden jurídico (celebran negocios, derechos civiles y públicos), este sitio es el que denominamos domicilio. El domicilio es el asiento legal de las personas, donde estas desarrollan todas las actividades de orden económico, familiar y jurídico, es decir donde ejercen sus derechos y contraen obligaciones. El domicilio se concibe como el lugar de residencia con ánimo de permanencia en él. Para considerar que una persona tiene su domicilio en determinado sitio en Colombia, se estipula que debe llevar considerable tiempo en este.

ATRIBUTO DE LA CAPACIDAD: Es un atributo de la personalidad que muestra la facultad que posee un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Se refiere a la capacidad de goce. Todas las personas sin distinción alguna tienen capacidad de goce (o capacidad de derecho). “Toda persona es legalmente capaz excepto aquellos a los que la ley indique incapaces” (Art 1503, C. C.)

CAPACIDAD DE EJERCICIO: La capacidad de ejercicio está regulada por la ley por eso se llama también capacidad legal. Esta es la referente a la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo. “Para celebrar un contrato se necesita que la persona tenga capacidad. Si no hay capacidad no se puede obligar. Si se celebra un contrato siendo incapaz, este queda anulado por vicio.” (Art 1502, C. C.)

ATRIBUTO DE ESTADO CIVIL: El estado civil es un atributo de la personalidad de personas naturales. En su sentido etimológico, el estado viene de la palabra griega status que significa la condición o situación de una persona respecto a otras. El estado civil es un conjunto de situaciones jurídicas que determinan la posición de un individuo dentro de la sociedad. El estado civil es regulado por normas de orden público que no son modificables por los particulares. Es la relación del individuo con la familia de la cual proviene o con la familia que ha formado, o con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad. Toda persona natural goza de un estado civil determinado.

ido en la normativa civil vigente, es la situación jurídica en la familia y la sociedad, que determina la capacidad del sujeto para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley. El estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos⁶.

El estado civil muestra la familia de la cual el individuo proviene, si es hijo legítimo o extramatrimonial. La familia que ha formado, si es casado o soltero y los hechos fundamentales de la misma personalidad, si es hombre o mujer, si es mayor o menor de edad, si vive aún o si está muerto.

6 COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto - Ley 1260 de 1970. Arts. 1 y 2.

ATRIBUTO DE LA NACIONALIDAD: La nacionalidad es la relación jurídica entre la persona y el Estado, de la cual se derivan derechos y deberes (como el pago de impuestos). Es un atributo de la personalidad relativo, una persona puede existir sin nacionalidad o con múltiples de ellas, en contraste con el resto de atributos. La persona puede renunciar a su atributo de la nacionalidad o disfrutar de este, pues es el que le da el derecho de elegir y ser elegido y de desempeñar cargos públicos. “Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad” (Art. 96, Constitución Colombiana).

ATRIBUTO DEL PATRIMONIO: El patrimonio es debatible como atributo de la personalidad, ya que a pesar de que todas las personas lo tienen (por mínimo que sea), es un conjunto de derechos y obligaciones que posee la persona, estimable en dinero (algo que no sucede con ningún otro atributo hasta ahora mencionado). El patrimonio posee una universalidad jurídica pues es un tema importante en el ordenamiento jurídico.

FAMILIA: La familia es la unidad básica de la sociedad humana, centro fundamental del desarrollo de la vida afectiva y moral del individuo. Es el conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco, así como por quienes se hallan ligados en matrimonio⁷.

La familia 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 (art. 42 C. N.). Es una estructura social vital en toda comunidad. Las definiciones de familia tienden a referirse a las relaciones de consanguinidad y a un sistema compartido de valores, pero las familias son tan diversas como los individuos que las componen. Algunos utilizan el término “parentesco” para referirse a la familia biológica, es decir, a los parientes por sangre o ancestro, en la cual se nace y “vínculo” hace referencia a la familia que se escoge. Uno puede pertenecer simultáneamente a las dos.

La familia es un sistema social viviente, fuente tanto de gran tensión como de recursos de apoyo. “Es el principal y más poderoso sistema emocional al cual pertenecen los seres humanos y constituye el mayor recurso potencial, así como la mayor fuente de estrés”; Los lazos emocionales entre los miembros de las familias se encuentran entre los más iniciales y poderosos lazos experimentados, conectando entre sí a sus miembros a lo largo de sus vidas y aún después de su muerte, trascendiendo el tiempo, la distancia y los conflictos. Esta conexión emocional es una característica básica de la familia.

Puede considerarse como un sistema complejo en el que sus miembros desempeñan distintos roles y se interrelacionan para llevar a cabo una serie de funciones importantes para cada individuo, para la familia como un todo, contribuyendo así a la sociedad en la que se encuentra inmersa.

⁷ CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio. Derecho de Familia.

FUNCIONES DE LA FAMILIA

- *Función biológica*: satisfacción sexual del hombre y la mujer, y reproducción humana.
- *Apoyo mutuo*: cuando hay dificultades o problemas que amenazan la integridad de uno o varios de sus miembros.
- **Crianza de los hijos**: suministro de elementos biológicos, clima emocional para el desarrollo, establecimiento de límites y apertura de oportunidades según el momento en el ciclo de la vida.
- **Socialización**: la familia trasmite valores, actitudes éticas, normas de comportamiento, estrategias para sobrevivir y tener éxito en un mundo social complejo y competitivo.
- **Afecto** y ambiente para expresión de emociones (rabia, temores, alegrías, entre otros).

PARENTESCO: Conjunto de vínculos jurídicos que unen a los componentes de una misma familia; por tanto existen lazos parentales entre padre e hijos, entre hermanos, entre primos, etc.⁸.

Según la Real Academia Española el parentesco es vínculo, unión, liga, por consanguinidad o afinidad.

CLASIFICACIÓN DEL PARENTESCO:

Parentesco por consanguinidad: El artículo 35 del C. C., lo define como la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre. La consanguinidad puede ser:

Legítima: Cuando todas las generaciones que resultan han sido autorizadas por la ley, como el existente entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos que han sido también hijos legítimos del abuelo común.

Extramatrimonial: Cuando una o más de las generaciones que resultan, no han sido autorizadas por la ley, como el de dos primos hermanos hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido ilegítimo del abuelo común.

CLASES DE AFINIDAD:

1 LEGÍTIMA: es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

2 ILEGÍTIMA (hoy extramatrimonial): es la que se establece entre una persona y los consanguíneos legítimos de otra con quien ha tenido relaciones carnales sin estar casada.

⁸ Ibíd.

LÍNEAS Y GRADOS EN EL PARENTESCO DE AFINIDAD

Al igual que el de consanguinidad, se determina a través de líneas y grados. El grado y línea que ocupa por ejemplo, la esposa o compañera permanente dentro de su familia consanguínea es el mismo grado que ocupa por afinidad el esposo o compañero permanente respecto de los familiares de esta. En primer grado de afinidad están los suegros y en segundo están cuñados.

PARENTESCO CIVIL: es el que resulta de la adopción mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí respectivamente en la relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.

DERECHOS PATRIMONIALES – SUCESORALES:

DERECHOS PATRIMONIALES: se llama patrimonio al conjunto de los derechos y de las obligaciones de una persona apreciables en dinero, considerados como formando una universalidad de derechos. Esto quiere decir que el patrimonio constituye una entidad abstracta, distinta de los bienes de las obligaciones que lo integran. Estos pueden cambiar, disminuir, desaparecer enteramente, pero no el patrimonio, que permanece siempre uno mismo durante toda la vida de una persona.

Se entiende por patrimonio "el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica. Es el conjunto de los derechos y de las cargas apreciables en dinero, de que una misma persona puede ser titular u obligada y que constituye una universalidad jurídica"⁹.

Las principales características del patrimonio son, entre otras, que sólo las personas (naturales o jurídicas) son titulares de él; toda persona posee un patrimonio, así este sólo esté conformado por deudas, pues la mayor o menor cantidad de bienes no significa que una persona tenga varios patrimonios; no es transmisible sino por causa de muerte ya que nadie en vida puede transferir la totalidad de los bienes que lo conforman. Se dice entonces, que el patrimonio es personalísimo, inagotable, indivisible e inalienable, pero sí puede ser objeto de embargo y de expropiación en lo que se refiere a la tenencia de bienes materiales por razones de utilidad pública o de interés social.

Con base en aspectos relacionados con la naturaleza del ser humano, se entiende que el hombre tiene una serie de necesidades básicas primarias que son inherentes a toda persona y que sin ellas sería imposible su subsistencia: pretenden conservar y perpetuar su vida, tales como la alimentación, la vivienda, la salud, el trabajo, el vestido y procurar no sólo la integración con las demás personas, sino su propio bienestar.

⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. M.P. HERRERA VERGARA, Hernando. Sentencia n°. T-553/93. Noviembre 30 de mil novecientos noventa y tres (1993). Ref: expediente n°. T - 17.908.

En razón a ello, ha de expresarse, como ya lo ha hecho la Corte Constitucional que "el patrimonio de las personas es un derecho fundamental constitucional porque a falta de él, el hombre no podría cumplir su cometido de ser social, ya que lo necesita para realizarse como tal y ha de contar con él para atender por lo menos las exigencias económicas de supervivencia suya y de su núcleo familiar"¹⁰.

DERECHO SUCESORAL: es aquel que estudia y regula a través de normas sustanciales y procesales todo lo concerniente a los derechos y obligaciones en una sucesión así como su trámite respectivo. El derecho sucesoral se destaca por su repercusión económica y social. Según la estructura de cada país, serán las normas que regulan la "sucesión por causa de muerte", lo cual determina que los bienes de una persona a su fallecimiento se transmiten a sus causahabientes o se adjudiquen a la comunidad o Estado, en calidad de bienes vacantes. Está regulado en el Código Civil en el Libro Tercero.-"De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos"- Título I al título XII, artículos de 1008 a 1442 reglamenta lo concerniente a "las sucesiones por causa de muerte" y los artículos 1443 a 1493 del mismo libro regulan lo concerniente a las "donaciones entre vivos".

SUCEDER: "venir después de otro", "reemplazar a otro en algún derecho". En esta última acepción se dice que el comprador y el cesionario suceden al cedente y vendedor.

SUCESIÓN: "fenómeno jurídico de transmitirse el patrimonio de una persona difunta a otras personas vivas". Sinónimo de "herencia" y es un modo de adquirir derivativo.

CLASES DE SUCESIONES:

1. Entre vivos (inter-vivos) o mortis causa (por causa de muerte).
2. Universal (si recae sobre una universalidad jurídica) o singular (los legados).
3. Traslativa (según se derive del muerto).
4. Voluntaria (según sea del querer del testador) o necesaria (ordenada por la ley).
5. Testada (con testamento), intestada (sin testamento) y mixta (si tiene parte testada y parte intestada).
6. Judicial o contenciosa (ante el Juez) y notarial o voluntaria (ante notario y por escritura pública).

FUNDAMENTO DEL DERECHO DE SUCESIÓN: "La transmisión de los bienes de las personas que mueren, a otra u otras personas actualmente vivas, tienen varios fundamentos o causas. En primer término, según acabamos de explicar, se halla la institución de la propiedad privada como derecho perpetuo; en segundo lugar, la institución misma de la familia; por otra parte, la autonomía de la voluntad de los particulares en la disposición de sus bienes; y finalmente consideraciones de orden público y social"¹¹

1. La institución del dominio o propiedad privada como derecho perpetuo y no vitalicio.

10 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia n°. 537 de 1.992.

11 VALENCIA ZEA Arturo. Derecho Civil. De las sucesiones, Tomo VI, Séptima edición, Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia, 1988, p. 29.

2. La institución de la familia, las personas más vinculadas y unidas por el parentesco, de donde viene el de cujus, quién y con quién se formó en vida.
3. La independencia o autonomía de la voluntad de las personas en su libre disposición de su patrimonio.
4. Por razones políticas, conviene al Estado, quien también puede heredar y además cobrar tributos de ley; y sociales, se reparte y distribuye el patrimonio herencial entre los herederos o asignatarios, dividiéndose la fortuna del muerto, y creándose nuevos grupos económicos.

PARALELO ENTRE LA SUCESIÓN ENTRE VIVOS Y MORTIS CAUSA

1. En la primera los efectos se producen en vida de los sujetos intervinientes y en la segunda a partir de la muerte del causante.
2. En la sucesión inter-vivos es un acto o negocio jurídico en cuanto la segunda es en sí un hecho jurídico.
3. La primera tiene múltiples y variados títulos en que se funda, en la segunda solamente puede fundarse en la ley y en el testamento.
4. En la sucesión inter-vivos suele recaer en cosas singulares, a diferencia de las mortis causa que puede ser tanto singular como universal. Con relación a la primera podemos decir, entonces, que ninguno puede transmitir en vida la totalidad de su patrimonio presente y futuro (art. 1867 de CC).
5. La primera puede tener fines patrimoniales y extramatrimoniales, y la sucesión tiene la finalidad de transmitir derechos y obligaciones patrimoniales.
6. La sucesión por regla general es familiar o tiene en cuenta vínculos familiares, la otra no.¹²

ELEMENTOS DE LA SUCESIÓN: En toda sucesión por causa de muerte es necesario que acaezca y le acredite la defunción, una herencia y un asignatario o heredero. Debe tenerse en cuenta que toda persona tiene un asignatario que puede ser su cónyuge, algunos de sus parientes o el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y que toda persona debe dejar una herencia por cuanto debe tener un patrimonio; pero se concluye que lo que determina efectivamente la sucesión es la muerte del causante; la sucesión tiene por objeto la distribución de la herencia. Es necesario que existan los tres elementos para que nazca la sucesión mortis causa.

LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y LA NOCIÓN DE PATRIMONIO

El patrimonio herencial es único, es decir, uno solo, todo el activo y el pasivo. Todo el patrimonio dejado por el finado se considera o valora como uno solo. Es decir, el bloque de bienes, derechos y deudas forman el llamado patrimonio herencial.

Nacimiento del derecho de herencia: comienza o nace con la muerte y de manera ipso jure. Por tanto, no puede nacer ni antes o después del fallecimiento, sino de forma coetánea a este suceso mortis causa, que pone fin a la existencia de una persona natural.

¹² LAFONT PIANETTA Pedro, Derecho de Sucesión, Tomo I. Editorial Librería del Profesional, Bogotá-Colombia. p. 11.

El derecho herencial empieza con la delación de la herencia, ya que este es el punto de partida legal. El artículo 665 del Código Civil lo cita como uno de los clásicos derechos reales, por recaer sobre bienes y cosas, que fueren de propiedad del causante; el patrimonio es el conjunto global de activos y pasivos.

CONSOLIDACIÓN DE LA CALIDAD DE HEREDERO

Sobre la necesidad de la muerte del causante para asumir el título de heredero o asignatario la jurisprudencia sostiene: "El carácter de heredero solo se consolida con la muerte del causante. En vida de este, el presunto legitimario solo tiene expectativas. Si es evidente que la condición de hijos se origina en el hecho mismo de la gestación y que en ella radica la calidad de legitimario con que la ley llamará al hijo a heredar a su padre o a su madre en el instante en que aquel o esta fallezca, no es menos cierto que el carácter de heredero en el descendente no quedará constituido sino en el momento mismo de la muerte del causante. Sólo entonces se consolidará en el hijo su calidad de heredero forzoso o legitimario. Será en ese preciso acontecer cuando se le deferirá su asignación forzosa o legítima y cuando quedará habilitado para aceptarla y entrar a ejercer todas las facultades que al heredero confiere la ley en relación con el matrimonio relicto"¹³.

CAPACIDAD SUCESORAL: Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión, salvo que se suceda por el derecho de transmisión, según el artículo 1014 C. C., pues entonces basta existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado. (Art 1019 C. C.).

Es la aptitud para recibir herencia de un fallecido de todo o parte del patrimonio hereditario, algunos la asimilan a la capacidad de goce pero reconocida al derecho sucesoral. La capacidad es una excepción, y por regla general toda persona tiene capacidad sucesoral. La incapacidad es la excepción (Art 1019 C. C.); luego esta es la interpretación restrictiva y quien la alegue deberá probarla.

En materia sucesoral la Ley 45 de 1936 diferenciaba la cuota hereditaria que correspondía a cada hijo según fuera legítimo o extramatrimonial. La Ley 29 de 1982 reformó este régimen, estableciendo que los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos están en igualdad de condiciones ante la ley y, por tanto, pueden gozar, por partes iguales, de todos los beneficios que trae el régimen sucesoral.

LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

Esta quizás es la más importante de las acciones en materia sucesoral, se le conoce como aquella reclamación que les corresponde a los herederos legales o testamentarios, con el fin de adquirir la universalidad jurídica (herencia) que tiene o detenta otra persona de igual o menor valor, pero se demuestra como el verdadero único asignatario con derechos. Tiene como objeto o pretensión real o jurídica, reclamar su parte o arrebatarle legalmente al falso heredero la herencia que le pertenece. Esta acción no la tiene el legatario.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Agosto, 22/67.

La normativa sustancial civil consagra en el artículo 1321: "el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños". En el proceso de acción de petición de herencia se persigue el reconocimiento del demandante con igual o mejor derecho de los asignatarios actuales, y en la sentencia según lo probado, se declarará este derecho y se ordenará nueva partición.

LA FILIACIÓN: entendida como "...creación del derecho que mirada desde la óptica jurídica, es el enlace de consanguinidad (salvo la adopción) que une al hijo con sus padres, y que desemboca en la relación de parentesco establecida por ley (paternidad o maternidad)¹⁴. La filiación presenta una tipología que ha ido adaptándose a la realidad social, en tal sentido se habla de legítima o matrimonial cuando resulta de la unión del nacimiento y el matrimonio, es la que se fundamenta en la presunción legal de la fidelidad de la mujer y de la cohabitación conyugal, donde se presume que el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo¹⁵. Filiación legítima: El artículo 236 del Código Civil colombiano establece que "son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, (...)"; Filiación extramatrimonial: surge de padres que al momento de la concepción no estaban casados entre sí. Los derechos y los deberes de los padres y de los hijos extramatrimoniales son iguales a los de los padres y los hijos matrimoniales¹⁶; Filiación adoptiva: medida de protección a través de la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza¹⁷; Filiación asistida: entendida como la filiación de hijos concebidos mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Presunción de la Concepción: De la época del nacimiento se colige la de la concepción (art. 92, C. C.), según la siguiente regla: 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. Sin embargo, en sentencia de Constitucionalidad 004 de 1998, se definió que la duración de la gestación no es ya un factor definitivo en la prueba de la filiación, que se demuestra actualmente por el experticio científico (análisis genético) entre el hijo y su presunto padre. La Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión "de derecho" contenida en el artículo 92 del Código Civil, y, en consecuencia, la presunción en esta norma es simplemente legal, que admite prueba en contrario. A partir de este fallo, todas las normas que se refieran directa o indirectamente a la presunción del artículo 92 se interpreta teniendo en cuenta que es simplemente legal y no de derecho, y por consiguiente se atenderá lo estatuido por la Corte Constitucional.

14 JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. *Práctica de Familia*. Ed. Doctrina y Ley. Tercera edición, 2008. 422 p.

15 COLOMBIA. Congreso de la República. *Código Civil Colombiano*. Ed. Leyer. Art. 213

16 COLOMBIA. Consejo Superior de la Judicatura. *Filiación en el Derecho de Familia*. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" 2007. p. 49-71.

17 COLOMBIA. Congreso de la República. *Código de la Infancia y la Adolescencia*. Ley 1098 de 2006. Art. 61.

Derechos del Nasciturus: Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron (...)¹⁸

El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca, algo similar ocurre con los derechos de rango legal derivados, no de las condiciones inherentes a la naturaleza humana, sino de la ley positiva. Aunque de las normas señaladas podría deducirse la absoluta consagración de tal principio, lo cierto es que en materia de derechos de origen meramente legal, la ley ha sometido su goce a la condición suspensiva de que la criatura nazca viva. Al decir del artículo 93 del Código Civil, los derechos se encuentran en suspenso hasta que se verifica el nacimiento... "Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron." Sólo en el caso de que la criatura muera dentro del vientre de la madre, perezca antes de estar completamente separada de ella o no sobreviva a la separación un momento siquiera, los derechos pasan a terceras personas como si el individuo jamás hubiese existido. Debe entenderse que el artículo 93 hace referencia a los derechos de rango legal, porque, como se ha dicho, los derechos fundamentales inherentes a la condición humana, compatibles con la circunstancia de no haber nacido, no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento¹⁹.

El artículo 10 de la Ley 75 de 1968 que modificó el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, dispuso que "las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 402, 403 y 404 del Código Civil se aplican también al caso de filiación natural. Muerto el presunto padre la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge. Fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes legítimos, y a sus ascendientes. La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, 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".

En el tema de la práctica de pruebas biológicas tendentes a lograr el reconocimiento de la paternidad de un hijo extramatrimonial, es importante conocer el trámite ante la jurisdicción de familia con el fin de proteger el derecho del niño o de la niña a tener un nombre y una familia, mediante el establecimiento de su filiación. En el caso del peritazgo de ADN, el procedimiento consiste en la toma de muestras de ADN contenido en sangre, tejido celular, huesos, etc., a los involucrados en el caso (presunto padre, presunta madre, hija o hijo y familia extensa, si es necesario), llevando a cabo un procedimiento de laboratorio cuyo resultado en la actualidad representa un 99.9% de confiabilidad. Con la emisión del dictamen médico legal, se procede a poner en conocimiento del presunto padre o madre para el debido reconocimiento, o se inicia una demanda de investigación de paternidad en caso de

18 COLOMBIA. Congreso de la República. Código Civil Colombiano. Op Cit. Arts. 92 y 93.

19 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-223 del 18 de Mayo de 1998. M.P. Dr. NARANJO MESA, Vladimiro.

negativa por parte del presunto padre o madre, o se aporta el resultado con el fin de fundamentar la sentencia, en caso de que la demanda ya se encuentre en curso. La prueba de ADN para determinar la paternidad o maternidad, es un procedimiento que permite determinar, a través del análisis de los marcadores de ADN, quién es el padre o la madre biológica de un niño o niña. Si el presunto padre falleció o está desaparecido la prueba de paternidad se realiza con muestras óseas; para ello, es necesario informar al defensor de familia o al juez el nombre, el municipio, la dirección del cementerio y el número de la bóveda o placa donde se encuentran los restos del presunto padre. Si se desconoce el paradero del presunto padre o de sus restos, la prueba se hace con algunos familiares cercanos a él, padres, hermanos u otros hijos que hayan sido reconocidos²¹. (Reconstrucción del perfil genético del causante).

La filiación, una vez declarada judicialmente, genera a favor de los hijos consecuencias de índole patrimonial, entre ellas tener derecho a alimentos, como también lo relativo a Derechos Sucesorales. En tal sentido el doctrinante Alberto Tamayo Lombana define la sucesión como “el traspaso del patrimonio de una persona que ha muerto a otras personas vivas (herederas, legatarios)”²¹. Por su parte el autor colombiano Avelino Calderón Rangel define la sucesión como “el hecho de colocarse una persona en lugar de otra en relación con bienes terrenales, sustituyendo a dicha persona”²².

REPRODUCCIÓN ASISTIDA: La inseminación artificial se define como el acto médico consistente en la introducción del esperma en el órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de la fecundación. En este método reproductivo se han distinguido varias clases: (i) HOMÓLOGA: Cuando se utilizan los gametos del cónyuge o compañero permanente en el proceso de inseminación; (ii) HETERÓLOGA: Cuando se utilizan los gametos de un tercero a los cónyuges en el proceso de inseminación; el semen debe ser donado previamente por el tercero en un banco destinado para este fin; (iii) MIXTA: Es aquella en la cual en el proceso de inseminación se utiliza tanto el semen del marido como el de un tercero. El procedimiento consta de tres fases a saber: La estimulación del ovario con sustancias que inducen a la ovulación (hormona HCG o Gonadotropina Corionica); la preparación del semen, que consiste en la selección de los espermatozoides móviles (los mejores espermatozoides); y la inseminación, en donde se procede a depositar el esperma seleccionado en el cuello del útero o directamente en la cavidad intrauterina de la mujer. Dicho procedimiento puede realizarse en dos consultas o más, y no requiere ningún tipo de anestesia²³.

La fecundación in vitro consiste en la unión de los gametos femenino y masculino por fuera del cuerpo de la mujer para posteriormente transferir el embrión formado, a fin de ser desarrollado por la madre hasta alcanzar el nacimiento²⁴.

20[En línea] Consultado el 25 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/03.0309.html>

21 TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de las Sucesiones. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2008. Pág. 1.

22 CALDERÓN RANGEL, Avelino. Lecciones de Derecho Hereditario. Segunda Edición. Bucaramanga. Editorial UNAB. 2005. p. 11.

23 Reproducción Asistida ORG, (España); y Fecundar Centro de Reproducción Humana, (Colombia)

24 SAMBRIZZI, Eduardo A. La filiación en la procreación asistida. Buenos Aires. 2004. Universitas S.R.L. p. 75

FECUNDACIÓN IN VITRO (F.I.V.): Es una técnica que sirve para fecundar el óvulo de la mujer en el laboratorio. El óvulo y el espermatozoide se unen en un tubo de ensayo. Después, este óvulo fecundado, llamado célula, huevo o cigoto, es implantado en el útero de la mujer para continuar la gestación. También existe la inseminación artificial, que consiste en transferir el espermatozoide al cuerpo de la mujer con la finalidad de fecundar un óvulo de ésta²⁵.

REFERENCIA CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

A partir de la Constitución Nacional de 1991, la reproducción asistida cuenta con protección a nivel constitucional; sin embargo, dicha protección no recae sobre el tratamiento mismo de las técnicas de reproducción humana, sino que versa sobre los derechos de los hijos procreados con tratamientos científicos. El artículo 42 de la Constitución Nacional establece que “los hijos habidos en el matrimonio y fuera de él, adoptados o procreados naturalmente, o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

Es así como la Constitución reconoce expresamente la existencia de métodos de reproducción asistida y consagra igualdad de derechos y deberes entre los hijos nacidos por dicho medio y los hijos procreados de forma natural. Al respecto, el Código Penal Colombiano tipifica una serie de delitos cuando estas técnicas de reproducción asistida se realizan en forma ilícita, al igual que en muchas ocasiones se protegen los atentados que se cometen con hijos procreados con inseminación artificial; para ello se traen a referencia los siguientes artículos:

ART. 128. ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE ÓVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º. de enero de 2005. La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

ART. 132. MANIPULACIÓN GENÉTICA. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º. de enero de 2005. El que manipule genes humanos 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, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses.

ART. 133. REPETIBILIDAD DEL SER HUMANO. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º. de enero de 2005. El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

²⁵ *Ibid.*, p. 75 SAMBRIZZI, Eduardo A. La filiación en la procreación asistida. Buenos Aires. 2004. Universitas S.R.L. p. 75

ART. 134. FECUNDACIÓN Y TRÁFICO DE EMBRIONES HUMANOS. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º. de enero de 2005. El que fecunde 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, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.

En este orden de ideas, se ve cómo en materia penal la ley ha ido evolucionando, y le ha dado protección a bienes jurídicos que antes se encontraban desamparados legalmente; tal es el caso del uso que se les da a los embriones concebidos por medio de la técnica de fecundación in vitro.

En el orden jurisprudencial la materia no ha tenido gran desarrollo hasta el momento en Colombia; sólo se ha presentado un caso sobre el tema, una inseminación artificial post mortem, es decir aquella realizada después del fallecimiento del marido (ver anexo A).

La Filiación en la Fecundación Post mortem. Esta fecundación se da luego de la muerte del marido, de un embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento del mismo, por fecundación del óvulo de la mujer con semen del esposo.

La Inseminación Artificial Post mortem se entenderá como la fecundación de un óvulo con gametos crioconservados del causante luego de la muerte de éste²⁶; y el Embarazo Post mortem cuando luego de la muerte se implanta en una mujer un embrión fecundado con gametos del causante²⁷.

LOS HIJOS DE THANATOS” O “SUPER PÓSTUMOS”. Algunos cuestionamientos legales a la Inseminación Artificial Post Mortem a nivel mundial.

LA FECUNDACIÓN POST MORTEM

a) Concepto: La fecundación post mortem consistiría en la utilización de material reproductivo de un hombre después de su muerte para proceder a la fecundación de su viuda. La fecundación post mortem se refiere pues, al hecho de que la mujer, viva, sea objeto de inseminación artificial con el semen de algún varón que, en el momento de realizarse la fecundación, se encontrara ya fallecido.

b) Técnicas empleadas en la fecundación artificial post mortem.

Se logra diferenciar tres procedimientos que pueden emplearse una vez fallecido el hombre del cual proceden los gametos con los cuales se piensa formar el nuevo ser.

²⁶ *Ibíd.*, p. 75

²⁷ *Ibíd.*, p. 222

En primer lugar, la inseminación post mortem que se encuentra entre las técnicas más controvertidas de reproducción asistida, porque se planifica intencionalmente la creación de un niño huérfano de padre. Se practica obviamente con semen congelado del marido o compañero previamente fallecido, quien debe haber dejado en un banco de semen sus células germinales; habitualmente la conservación de células seminales se produce antes de un tratamiento terapéutico en el cual se considera que puede acarrear la infertilidad o incluso la muerte. Luego, muere, y su viuda o compañera estable pide que se le insemine con ese esperma. Otro caso o escenario que causa mucha polémica se refiere al caso en que la mujer le pide al médico que extraiga el semen del cadáver de su marido o compañero estable recientemente fallecido; esto demuestra un afán de ser madre dentro de un contexto de profundo dolor y alteración emocional y por último, la transferencia de embriones post mortem: el embrión concebido in vitro en vida de ambos progenitores, es transferido al útero materno después del fallecimiento del padre, supuesto menos controversial que los anteriores.

c) La fecundación post mortem en el derecho comparado:

Se hace necesario estudiar el tratamiento legal que se le ha dado en las legislaciones que han regulado las técnicas de reproducción asistida a una variante tan controversial como lo es la inseminación post mortem.

3.3 NORMATIVA VIGENTE EN ESPAÑA, DOCTRINA Y PROYECTOS DE LEY EN ARGENTINA

3.3.1 Legislación española

A continuación se transcribe el artículo Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida²⁸.

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 este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, 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 aquellas.

²⁸ Ibid.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite 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 artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

La ley regula la materia en el artículo 9 instaurando un conjunto de reglas que adoptan como principio general la exclusión de su empleo generalizado, permitiendo su aplicación con el cumplimiento de ciertos requisitos:

El numeral 1 del artículo indicado, señala en relación con el marido de la mujer inseminada, no podrá establecerse filiación si esta inseminación no se ha celebrado durante la vida de ambos cónyuges. Pero de manera excepcional, durante un plazo de doce meses y mediando el consentimiento formal del marido, admite la ley la fecundación post mortem en el número 2 del propio artículo 9. Finalmente, el número 3 del artículo considerado amplía la posibilidad de fecundación post mortem también a las parejas no casadas. El consentimiento formal (en escritura pública o testamento) expresado por el conviviente more uxorio equivale, por tanto, al reconocimiento de la paternidad extramatrimonial.

Uno de los puntos que tipifica la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida es la admisibilidad de la inseminación post mortem. Con su recepción para algunos autores se transgrede la filosofía de la propia ley, pues el legislador en este aparte se separa definitivamente de la finalidad terapéutica que implica el empleo de las técnicas, porque ya no se trata de solucionar los problemas de infertilidad de la pareja, sino de la consecución póstuma del anhelo de ser madre, convirtiendo al niño en un medio y no en un fin, la llamada instrumentalización del hijo en procura de la satisfacción de un interés particular, condenando al producto de esa concepción a ser un huérfano, cercenando su derecho a tener una familia biparental y no monoparental, aunque estas formas son admitidas en la legislación española. Como se ha podido observar, la legislación española permite que el receptor de las técnicas pueda ser una mujer sola (soltera, divorciada o viuda). Para estos autores el establecimiento de una filiación parcial, contraviene la última ratio del texto constitucional, porque en esta se exige a los padres que presten asistencia de todo tipo a los hijos, con lo cual pudiera deducirse que se violan los principios que rigen la convivencia y situación familiar, y lo que ocurre en la fecundación post mortem es que se condena al hijo a una orfandad deliberada.

Evidentemente, no puede preferirse el derecho que tiene toda mujer a ser madre cercenando los derechos que tiene el hijo y condenarlo a ser un simple medio útil para conseguir tal anhelo. No se salvaguarda categóricamente al nasciturus, y se le desconoce su derecho legítimo a integrarse en una relación paterno/materno filial completa. Tampoco puede servir por argumentación análoga la comparación del

supuesto con la del hijo póstumo en la fecundación vera cópula puesto que en esta situación fáctica el elemento volitivo del hombre nada tiene que ver con los dictámenes de la propia naturaleza, ya que es esta misma la que dicta sus fatales consecuencias; por el contrario, en la fecundación humana asistida es la propia voluntad del hombre quien de manera deliberada planifica la orfandad ex post mortem maritti.²⁹

Se hará necesario diferenciar si el marido ha otorgado o no el consentimiento. En el primer supuesto, se tendría que permitir esta práctica sustentándolo en el deseo expreso del marido de que su viuda sea inseminada artificialmente con el semen que él depositó, obviamente siempre que estableciera un plazo cierto dentro del cual se debiera realizar la inseminación. Si no hubiera constancia indubitada de la existencia del consentimiento del esposo, o si la constancia es del tenor contrario a la fecundación y, a pesar de ello, la viuda insiste y se somete a esas técnicas, las consecuencias no pueden ser otras que negarle la condición de hijo matrimonial al nacido, aun cuando dentro de ese mismo particular respecto se ha debatido acerca de si el simple depósito del material genético llevaría consigo un consentimiento tácito o implícito.

Los sostenedores de esta posición doctrinaria hacen valer los siguientes argumentos que se citan a continuación:

Frente a la tesis de que el niño tiene derecho a integrarse en una relación paterno/materno filial completa, consideran que el deber de cumplir con las obligaciones respecto del hijo pertenece a aquel de los progenitores que existe, pudiendo ser solamente la madre.

Con relación a las tesis que violan las disposiciones constitucionales sobre la familia y su convivencia, suelen responder que las constituciones no consagran modelos de familia (biparental o monoparental), sino que instituyen una obligación para los mayores de responsabilizarse materialmente de los menores a su cargo. Por tanto, el deber de asistencia ha de prestarse a los hijos con independencia de que nazcan o no de padres casados entre sí. Las cartas fundamentales no consagran el derecho del hijo a ser atendido simultáneamente por sus padres; de ser así, un considerable número de familias serían inconstitucionales.

En el dilema que surge entre el derecho que tiene la mujer al libre desarrollo de la personalidad y el de futuros hijos a tener padre y madre, predomina el primero, pues este derecho es cierto e incuestionable, mientras que el segundo no lo es y, aun reconociéndolo, no hay titular del mismo, ya que se está ante un no concebido³⁰.

Asimismo se alega el derecho a la igualdad que debe existir entre todos los que necesiten emplear estas técnicas: matrimonio, uniones estables, parejas homosexuales, mujeres y hombres solos.

29 [En línea] Consultado el 10 de Septiembre de 2012. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/dmin/114-2006.html.

30 LLEDO YAGUE, Francisco. Régimen jurídico – privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas Universidad de Deusto, 2006. [En línea] Consultado el 12 de Agosto de 2012. Disponible en: <http://vlex.com/vid/376292>

La legislación española en la Ley 35/1988 permite que el semen del marido sea utilizado para fecundar a su mujer en los seis meses siguientes a su fallecimiento³¹, reconociéndose en tal caso al hijo la filiación matrimonial y el derecho a heredar a su padre.³²

El abogado español Ricardo Cañizares³³, miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia y de la Unión Internacionale des Avocats (UIA), al referirse a la fecundación post mortem hace un análisis jurídico del mismo frente a la normativa de su país, estudio que para esta investigación resulta relevante y se trae en anotación, por las bases jurídicas que cimienta.

“¿La fecundación post mortem admitida es sólo aquella que se realiza con gametos del marido, o cabe también la fecundación post mortem heteróloga?”

Debemos comenzar reconociendo que la doctrina coincide en señalar que el art. 9 de la Ley de 1988 autorizaba el uso post mortem de gametos sólo del marido, acaso porque este era el supuesto más conocido y frecuente y, por ello, fue el supuesto que se representaba el legislador al regular la materia. El uso del semen del marido, una vez fallecido éste.

En este contexto, el legislador, al redactar el art. 9 de la Ley de 1988, alude a que “el marido podría prestar su consentimiento... para que su material reproductor pueda ser utilizado... para fecundar a su mujer”. A partir de esta redacción la doctrina ha subrayado la orientación legislativa señalando que la fecundación post mortem debe ser homóloga, sea con esperma del marido o del compañero estable, pues no tendría sentido la fecundación post mortem heteróloga.

(...)

¿La LTRHA sólo admite la fecundación post mortem y no la transferencia post mortem de embriones preconstituidos? Significado de la expresión “material reproductor”

31 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. La fecundación artificial post mortem en Revista jurídica de Cataluña. 1987, n.º. 4, pág. 41.

31 ROMEO CASABONA, Carlos María. El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. Madrid. 1994. p. 250

32 Romeo Casabona afirma que, partiendo de la literalidad de la norma, pareciera que no es necesario que en esos seis meses se haya conseguido la fecundación, sino tan solo que se haya iniciado el proceso conducente a la misma; pero agrega que esa interpretación sería contraria a la seguridad que se quiere garantizar con la mención expresa del plazo máximo. Agrega asimismo dicho autor, que hubiera sido prudente haber fijado también un plazo mínimo para realizar la fecundación post mortem, a fin de facilitar una reflexión más sosegada o menos sometida a influencias emocionales por parte de la viuda. ROMEO CASABONA, Carlos María. El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. Madrid. 1994. p. 250

33 CAÑIZARES Ricardo. Fecundación post mortem y determinación de la paternidad. [En línea] Consultado el 10 de Septiembre de 2012. Disponible en: http://www.abogadofamilia.es/detalle-novedades-legislativas.php?news_id=21

Para determinar si el art. 9 LTRHA autoriza sólo la fecundación con gametos del varón difunto o también la transferencia de embriones, habrá que atender, en primer lugar, a los términos de la ley, después a los antecedentes legislativos, pero, a continuación y fundamentalmente, tal y como ordena el art. 3.1 CC, habrá que atender a la finalidad de la norma.

toriza sólo la fecundación con gametos del varón difunto o también la transferencia de embriones, habrá que atender, en primer lugar, a los términos de la ley, después a los antecedentes legislativos, pero, a continuación y fundamentalmente, tal y como ordena el art. 3.1 CC, habrá que atender a la finalidad de la norma.

Literalmente, el art. 9 LTRHA habla de “material reproductor del marido” ¿Se está refiriendo sólo a inseminación o fecundación con gametos, o también se admite la transferencia de embriones ya fecundados en vida del marido? La mayoría de la doctrina admite la extensión del precepto a este segundo supuesto, entendiendo que la expresión “material reproductor” incluye también el embrión obtenido con semen del marido y óvulo de la mujer (aunque realmente, la ley no exige que haya de ser necesariamente óvulo de la mujer).

Pero no todos los autores coinciden en este punto, entendiendo que fecundación con semen y transferencia de embrión no son supuestos asimilables. Así, consideran que por “material reproductor” se debe entender sólo los gametos, no el embrión, en una interpretación estricta. No se podría, en el caso de los embriones, hablar de fecundación post mortem, porque la fecundación ya se produjo en vida.

LLEDO YAGÜE considera que el “material reproductor” al que se refiere el art. 9 no se extiende a los embriones, por lo que en ningún caso se le puede aplicar una asimilación con el concepto jurídico de “nasciturus”. Es más, según este autor, sería absurdo pensar que si el varón casado y/o consorte, a la sazón testador omite mencionar estas “circunstancias biológicas non natas” en el testamento, se pudiese entender que existiría una preterición. Realmente no sería así, porque en ningún caso tiene ese material reproductor esta condición de ser nacedero per se. Y como es así, al morir el varón, no será necesario (a los efectos de la sucesión mortis causa) solicitar de todos los establecimientos sanitarios “certificación de material reproductor” porque jurídicamente no son nasciturus.

(...)

En este orden de cosas, hay que sumar un nuevo argumento. El nuevo párrafo introducido en el art. 9.2 con ocasión de la Ley 14/2006, que presume otorgado el consentimiento del varón cuando el cónyuge

supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido, avala según FERNÁNDEZ CAMPOS que el legislador entiende que está regulado en el art. 9 también este supuesto de implantación de embriones formados previamente.

Ciertamente no es lo mismo solicitar la inseminación artificial con esperma conservado del fallecido, que reclamar la implantación del embrión constituido. Pero si la ley autoriza expresamente la fecundación post mortem, con mayor razón debe quedar autorizada la transferencia post mortem del embrión preconstituido. En virtud de la finalidad de la norma, procede una interpretación extensiva del precepto para comprender también la transferencia post mortem del embrión preconstituido en vida del marido.

Esta transferencia post mortem del embrión, para que pueda determinar la filiación respecto del varón fallecido, debe contar con la autorización del mismo y, además, producirse dentro del plazo que prudentemente señala el art. 9.2 de la ley.

(...)

LLEDO YAGÜE piensa que, a falta de consentimiento, es prácticamente imposible que el juez autorice a la viuda y/o conviviente supérstite la utilización del material reproductor, y la consiguiente posibilidad de inscribirse la filiación como matrimonial.

En otro orden de cosas, se advierte que el consentimiento del varón debe identificar a la mujer que podrá ser fecundada. Parece razonable que, cuando el marido o varón no casado autoriza la inseminación o transferencia embrionaria en esas especiales circunstancias, sin duda, lo hace en relación con una determinada mujer, con la cual comparte el proyecto de paternidad.

(...)

Efectos de la reproducción asistida post mortem.

1.-Determinación de la filiación.

Una de las cuestiones más debatidas en la doctrina en relación con esta modalidad de reproducción asistida era la de si la fecundación post mortem determinaría o no la filiación entre el fallecido (del que procedían los gametos empleados en la fecundación) y el nacido fruto de esa inseminación, y si esta podría ser considerada o no como matrimonial.

El reconocimiento de la filiación matrimonial se presenta como una excepción al principio general con el que comienza el art. 9 LTRHA, por el cual “no podrá determinarse 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”, salvo que se den los requisitos de que el propio fallecido hubiera prestado su consentimiento en determinada forma y dentro de cierto plazo.

El hijo así nacido es matrimonial porque procede genéticamente del varón y este consintió el matrimonio. Por mandato legal, se consideran hijos matrimoniales, a pesar de que el así concebido nacerá, casi con toda seguridad, después de los 300 días del art. 116 CC.

Es evidente que el reconocimiento de la filiación matrimonial en la fecundación post mortem es una ficción legal, ya que faltan los presupuestos de concepción o nacimiento durante el matrimonio (disuelto por la muerte). Estamos ante una ficción legal, adoptada por criterios de política legislativa y no por coherencia con el sistema general de la filiación, que permite atribuir una paternidad jurídica matrimonial a quien no está casado por haber fallecido, por el hecho de que los gametos con toda certeza correspondían al marido y por mediar consentimiento de los interesados en dicha fecundación.

A una solución parecida se llegó también en la legislación catalana.

¿Es necesaria una reforma del Código Civil para incorporar las especialidades en materia de determinación de la filiación de la LTRHA?

Al hilo de los criterios utilizados por LTRHA en materia de determinación de la filiación, se ha planteado la cuestión de si se debió modificar la regulación del Código Civil. Para algunos autores, como la ley modifica el sistema de presunciones de filiación matrimonial, se debieron corregir los arts. 116 y 118 CC. En su defecto, se recuerda que el art. 9 LTRHA tiene la misma jerarquía que el Código Civil y aun cierta especialidad y, además, es ley posterior (en orden a resolver la eventual contradicción que existe entre ambos textos normativos). En consecuencia, se propone una interpretación coherente y sistemática de los arts. 116 CC y 9 LTRHA.

En orden a evitar conflictos, según criterio de FERNÁNDEZ CAMPOS hubiera sido conveniente y razonable, para mantener la coherencia del sistema, haber modificado el Código Civil al tiempo de la promulgación de la LTRHA. Hubiera sido fácil, pues bastaba la incorporación, en alguna disposición adicional de la LTRHA de la

correspondiente modificación del CC, que para salvar la contradicción ordenara la incorporación de un nuevo párrafo al art. 116 y/o al art. 118, recogiendo las particularidades de la filiación proveniente de la reproducción asistida post mortem. A pesar de las recomendaciones de la doctrina, que se remontan a la ley de 1988, esta deficiencia técnica persiste tras la aprobación de la nueva ley.

B) Filiación no matrimonial: art. 9.3 LTRHA

En relación con la práctica de la reproducción asistida post mortem en parejas no unidas por vínculo matrimonial, la proposición hacía una referencia genérica a la pareja estable no matrimonial como posible usuaria de las técnicas de reproducción asistida, referencia que desapareció en la Ley de 1988.

Finalmente, la Ley de 1988 reconoció la reproducción asistida post mortem tanto en el matrimonio como fuera de él, con los mismos requisitos. En esta misma línea se ha mantenido la nueva Ley de 2006. Para estos supuestos, el art. 9.3 LTRHA dispone que el consentimiento del varón no casado es título que permite iniciar el expediente regulado en el art. 49 de la Ley de Registro Civil. En definitiva, se está considerando que los documentos en que se ha prestado el consentimiento por parte del marido, tienen la condición de escrito indubitado del padre para reconocer la filiación.

Para evitar acudir al expediente del art. 49 (donde si hay oposición de algún interesado, habría proceso judicial), la doctrina proponía haber considerado título de determinación legal de la filiación no matrimonial al testamento o escritura pública donde constara el consentimiento del compañero more uxorio.

C) La fecundación post mortem con falta de alguno de los requisitos del art. 9.2 LTRHA ¿puede determinar la filiación?

Para cerrar este apartado dedicado a la determinación de la filiación, nos queda dar respuesta a las siguientes cuestiones. ¿Qué pasa si falta la autorización del marido (o falta alguno de los requisitos del consentimiento) y aun así hay fecundación post mortem? ¿Habrá en tales casos determinación de la filiación?

Estos supuestos serían los de una fecundación post mortem fuera de plazo, o una en la que no hubiera el varón prestado el consentimiento necesario (aunque no debiera autorizarse procreación sin dicha autorización), o bien que el consentimiento no se hubiera prestado en forma legal.

Para la primera doctrina posterior a la Ley de 1988, si el marido no consintió la reproducción asistida post mortem o la fecundación se hizo

fuera de plazo, no habría determinación legal de la paternidad, pues no se cumplirían los requisitos del art. 9.2. En consecuencia, estaríamos ante un supuesto semejante al de la mujer fecundada con semen de donante.

3.3.2 Doctrina y proyectos de ley en Argentina

En Argentina, como en el resto del mundo, el avance científico va más rápido que el desarrollo del derecho y esto provoca que muchas prácticas de reproducción asistida no encuentren un cauce normativo que les brinde seguridad jurídica. Se considera, entonces, que posiblemente existan problemas de tipo legal, a los que se ven enfrentadas las parejas que recurren a este tipo de técnicas con el sueño de ser padres, pues la falta de una ley específica y el regirse por un Código Civil redactado originalmente en 1864 agrava la situación.

De acuerdo a los datos obtenidos por PROCREARTE (primera Red nacional de medicina reproductiva y molecular en Argentina) sólo se realizan 4.700 procedimientos por año y nacen en ese lapso cerca de 1.200 chicos, apenas el 0.17% del total anual de nacimientos³⁴. El marido o pareja estable masculina de la mujer puede disponer por testamento de su material seminal, legándose para que lo utilicen, sin embargo, dicha cláusula sería nula conforme al artículo 3751 del Código Civil argentino, ya que los legados deben tener por objeto cosas y derechos que estén en el comercio³⁵. A su vez el artículo 953 establece que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidas por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes con esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto³⁶. Por tanto, los gametos están fuera del tráfico jurídico. Ahora bien, sin depender de una autorización escrita del hombre, si la mujer se efectúa una fecundación post mortem, habiendo estado casada, y el hijo nace dentro de los trescientos días posteriores al fallecimiento del esposo, este se presumirá hijo de aquel, pues se cumpliría la presunción de paternidad, por lo que ese niño póstumo sería matrimonial. Por el contrario, si nace luego de transcurridos los trescientos días posteriores a la disolución de la sociedad conyugal estamos en presencia de un hijo extramatrimonial de la madre, porque el matrimonio se había disuelto en razón de la muerte del cónyuge según se deduce del artículo 254 del Código Civil argentino, que establece “los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas...”³⁷. Por tanto, no heredará ab intestato al padre porque al momento de su fallecimiento no estaba concebido.

34 [En línea] Consultado el 25 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.procrearte.com/>

35 [En línea] Consultado el 25 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>

36 Ibid.

37 Ibid.

La situación es muy similar por no decir idéntica en el caso de las uniones estables de hecho, después de la muerte de su compañero estable, que dejó congelados sus gametos. El hijo siempre se considerará extramatrimonial de la madre.

¿Qué pasa si este hombre deja por escrito un reconocimiento anticipado por vía testamentaria de ese hijo? No tiene efectos jurídicos porque según la legislación argentina el reconocimiento se hace sólo con hijos ya concebidos (artículos 63, 248 y 250).

¿Qué pasa con la verdad biológica, y el derecho a la identidad en estos casos? En los supuestos anteriores, el hijo queda sin filiación paterna, basados en el principio de la verdad biológica y el derecho de identidad, se debe intentar una acción de reclamación post mortem de filiación frente a los herederos del sujeto que antes de fallecer dejó el semen para la fecundación en razón del vínculo genético que los une. Pero si logra a través de esa acción de estado el establecimiento de la relación filiatoria, el hijo no podrá adquirir capacidad para heredar porque no estaba concebido en el momento de la sucesión, tal como dijimos anteriormente este es un requisito sine qua non.

En este país del cono sur se ha presentado para su discusión un sinnúmero de proyectos de ley para regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y solo uno (el del diputado Ricardo Felguera, la ha permitido). Todos los demás han prohibido la inseminación post mortem y han establecido sanciones para las personas que contraríen esas disposiciones³⁸. De un total de 42 proyectos de ley presentados, solo uno fue aprobado por el Senado de la Nación, pero nunca fue tratado por la Cámara de Diputados.

En Argentina se ha generado una serie de proyectos de diversa interpretación, en los que a pesar de no existir una normativa que contemple las diversas situaciones que se pueden producir con motivo de la fecundación médicamente asistida, ni tampoco y específicamente, normas relativas a la fecundación humana después de la muerte de la persona de quien se obtuvo el elemento fecundante, si se han interesado por esta situación que hoy con el avance de la ciencia es posible; es así que, como ya se dijo en precedencia, se han generado proyectos encontrados como el del diputado Luis M. González, ingresado al Congreso de la Nación en el año 1985 y actualizado en 1990, que, entre las modificaciones al Código Civil, propuso agregar un párrafo al artículo 243, en el que se disponga que también serán considerados hijos del marido los habidos por la madre después de los 300 días a que se refiere la primera parte de esa norma, si la concepción tuvo lugar mediante la inseminación artificial o fecundación extrauterina homóloga después de la muerte del marido³⁹.

En el proyecto de Código Civil de 1998, nuevamente se retoma el tema y se sostiene que entre las personas que pueden entrar a heredar al causante, además de las

38[En línea] Consultado el 25 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.movimientofundar.org/biblioteca/sevi/legislación/ProcreaciónListado%20de%20proyectos.htm>

39 GONZÁLEZ, Luis M. Proyecto de ley argentino. Citado por SAMBRIZZI, Eduardo A. La filiación en la procreación asistida. Buenos Aires. 2004. Universitas S.R.L. p. 221

existentes a la muerte de este, también se tiene a las que nazcan dentro de los 480 días después del fallecimiento del causante a consecuencia de una procreación asistida con gametos crioconservados del causante, sean estas prácticas lícitas o no.⁴⁰

MÉTODO

TIPO DE INVESTIGACIÓN:

Este estudio cualitativo se sustenta en métodos flexibles, adaptables a las circunstancias del sujeto - objeto de estudio, en el marco de la hermenéutica, que implica el ejercicio de interpretación de la información recolectada.

Para la investigación cualitativa, método acogido en este proyecto, el trabajo documental no es solo una fuente o técnica de recolección, sino que “se constituye en una estrategia de investigación con particularidades propias en el diseño del proyecto, la obtención de información, el análisis e interpretación”⁴¹ A los documentos se les puede “entrevistar” mediante las preguntas que guían la investigación y pueden ser objeto de observación. A su vez, el enfoque metodológico, entendido como perspectiva teórico - metodológica, será como se indicó, el hermenéutico: “el proceso hermenéutico del conocer se aplica a cualquier forma que pueda tener algún significado como el comportamiento en general, las formas no verbales de conducta, los sistemas culturales, las organizaciones sociales y los sistemas conceptuales científicos y filosóficos. La hermenéutica es, por tanto, un enfoque general de comprensión, de indagación concebido y diseñado especialmente para el descubrimiento y la explicación de las estructuras o sistemas dinámicos que se dan en los seres humanos o en la organización o dinámica de los grupos de personas, étnicos o sociales”⁴².

En este marco, se utilizará la investigación documental, realizando una comprobación de fuentes bibliográficas y documentales, lo que entraña la identificación y relación de investigaciones realizadas desde la doctrina y desarrollos legislativos sobre el tema de filiación post-mortem; que incluye la revisión de la literatura y clasificación de esta.

POBLACIÓN, MUESTRA Y TIPO DE MUESTREO

Como objeto de estudio y análisis se identificarán las normas, la doctrina y los proyectos de ley que regulan la filiación post mortem en España, Argentina y Colombia, para analizar la situación jurídica respecto del estado civil y sus efectos patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial de tales características en Colombia.

Se realizará un muestreo no probabilístico intencional, en el que se tendrán en cuenta las normas, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina y España.

40 SAMBRIZZI, Eduardo A. Op. Cit. p. 221 - 222

41 VÉLEZ RESTREPO Olga Lucia y GALEANO MARÍN María Eumélia. INVESTIGACIÓN CUALITATIVA, ESTADO DEL ARTE. Universidad de Antioquia. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas., Medellín. 2002. p. 26

INSTRUMENTOS DE MEDICIÓN

Una vez se localicen los documentos, estos serán estudiados (utilidad) y registrados en un protocolo diseñado por el grupo investigador, que permite una descripción sistemática, a fin de tener el control, el manejo y la organización de la información a través de fichas. Las fichas de documentación más conocidas y que serán utilizadas son las de contenido o resumen documental, que pueden ser de cuatro tipos: descriptivas -hacen referencia a capítulos o pasajes o páginas-, informativas - indican en forma general el contenido-, literales -citan textualmente párrafos o pasajes que se estiman importantes- y analíticas -describen metódicamente el documento consultado⁴³.

Adicionalmente, dado que el interés de la investigación busca abarcar los cuerpos normativos de España y Argentina en lo relativo a la filiación Post mortem, se hace necesario emplear el método de narrativas comparadas, que parte de considerar que “toda acción social es acción situada y puede identificarse en forma de un silogismo práctico contingente (como deducción entre intenciones, fines, situaciones y medios). El silogismo práctico tiene sentido solo localmente apegado a un contexto instrumental determinado⁴⁴.

RESULTADOS

Analizada la Legislación de España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina sobre técnicas de reproducción humana asistida “Fecundación Post Mortem”, los resultados que arroja la misma son los siguientes:

En España: se empezó a tratar el tema de la fecundación post mortem con la entrada en vigencia de la Ley 35 de 1988, la cual permitía utilizar el semen del marido para fecundar a su mujer en los seis (6) meses siguientes a su fallecimiento, reconociéndose en tal caso al hijo la filiación matrimonial y el derecho a heredar a su padre.

El artículo 9 de la precitada ley, autorizaba el uso post mortem de gametos solo del marido, donde a la luz de la redacción de la norma mencionada, el marido podía prestar su consentimiento, para que su material reproductor pudiera ser utilizado para fecundar a su mujer, incluido allí al compañero estable y excluyendo en consecuencia, el uso de semen proveniente de varón donante o de la transferencia post mortem de embrión fecundado con gametos masculinos que no sean del marido o pareja; sin embargo, excepcionalmente, se admitía la fecundación post mortem heteróloga cuando el varón había autorizado expresamente esa técnica antes del fallecimiento.

42 *Ibíd*, p. 35

43 PULIDO RODRÍGUEZ, Rodrigo, BALLÉN ARIZA, Margarita. y ZÚÑIGA LÓPEZ, Flor Stella. Abordaje hermenéutico de la investigación cualitativa. Teorías, procesos y técnicas. Colección libros de texto. Editorial Universidad Cooperativa de Colombia. 2ª Ed. Bogotá, 2007. p. 65.

44 DELGADO, Juan Manuel y GUTIÉRREZ, Juan. Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales. Editorial Síntesis S. A. Madrid, 1999. p. 129.

La ley en cita establecía como requisitos los siguientes:

- 1.- Consentimiento o autorización de varón.
- 2.- Determinada forma de prestación de dicho consentimiento, cual era que debía ser un consentimiento formal y específico, autorizando la utilización de este “material reproductor” para la realización de esa práctica después de su fallecimiento.
- 3.- Plazo de seis (6) meses entre el fallecimiento y la realización de las técnicas.

Amén de los anteriores requisitos, la norma permitía revocar el consentimiento otorgado por el varón para la fecundación post mortem, por cuanto toda voluntad que produzca efectos mortis causa es revocable.

Posteriormente se profiere la Ley 14 de 2006, que trata el tema sobre técnicas de reproducción humana asistida, la cual lejos de ser un remedio para la esterilidad se convirtió en expresión de la defensa de los intereses de la madre, hasta el punto de configurar un nuevo derecho subjetivo: el derecho de la mujer a la reproducción post-mortem, en detrimento de la protección del hijo concebido artificialmente.

En la citada Ley se señalan lo siguientes aspectos como resultado importante en el tema de estudio, cual es, la fecundación post mortem:

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 este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, 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 supérstite 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 artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

En Argentina: el tema de la fecundación post mortem se ha venido tratando desde el año 1985, desde entonces, se han presentado un sin número de proyectos de ley para regular la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida, presentándose un total de 42 iniciativas, sin que hasta la fecha exista legislación alguna que contemple este asunto. Sin embargo, en el presente año 2012, desde el mes de Julio se encuentra haciendo trámite en el Senado el proyecto de reforma al Código Civil, que propone que **si el hombre muere luego de que la pareja congele embriones, estos podrán implantarse** dentro del año siguiente al fallecimiento.

La reforma del **Código Civil** comprende por primera vez un apartado sobre "la filiación post mortem en las técnicas de reproducción asistida". Hoy **no existe norma que reglamente este tipo de procedimientos**. Si una pareja decide criopreservar su material genético y luego el hombre muere, la mujer, en caso de querer gestar un bebé a partir de ese material genético congelado, deberá conseguir una autorización judicial, precisamente por **ese vacío legal**.

El artículo 563 del anteproyecto sostiene que si la persona que falleció dejó "su **consentimiento** para que sus gametos o embriones sean transferidos luego del fallecimiento" y "la concepción en la mujer o la implantación del embrión se produce **dentro del año siguiente al deceso**", **la mujer no precisará recurrir a la Justicia para llevar adelante el procedimiento**. Además, prevé que el niño que nazca tendrá vínculo filial con ese padre, o sea, derechos sucesorios.

El Artículo 6 del anteproyecto de reforma admite la fecundación post mortem. En caso de muerte del cónyuge de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y el fallecido, si la implantación del material genético no se había producido al momento del fallecimiento. Lo anterior salvo si existe consentimiento del marido en documento privado o testamento. El plazo es de un (1) año.

En el anteproyecto del Código Civil el plazo es de un (1) año contado desde el fallecimiento del marido, quien ha debido prestar su consentimiento mediante documento escrito, el bebé tendrá vínculo filial con ese padre.

Ha de considerarse hijo matrimonial el que nazca dentro de los 300 días después de la muerte del padre, si el nacimiento es posterior, se considera extramatrimonial y no heredará abintestato pues al momento del fallecimiento de su padre, aquel no estaba concebido. Art. 254 del C.C. Argentino.

En contraposición a lo anterior, en Colombia la legislación ha sido muy pasiva sobre el tema de la fecundación post mortem, pues solo se ha tratado el tema en un caso excepcional que se ventiló inicialmente en el Juzgado Tercero de Familia de Bogotá donde se reconoció como padre a un marido ya muerto y se declaró la filiación extramatrimonial de unos gemelos que nacieron diez (10) meses y quince (15) días después del fallecimiento de su padre; nacimiento que estuvo fuera de los términos legales establecidos para que se diera la presunción de paternidad, amén de que el padre otorgó el consentimiento para que dicha inseminación se practicara estando

él en vida , no para que se utilizara el material reproductivo después de su muerte. Fallo que conoció en consulta la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el año de 1994 y donde para resolver, el Tribunal se basó en las siguientes consideraciones:

“Para el evento que nos ocupa es clara la presunción de paternidad, con fundamento en la expresa voluntad del presunto padre, en el consentimiento anterior del mismo y compañero permanente de la madre de los menores, y de la circunstancia de que fue este el depositante del semen para el procedimiento de inseminación artificial, lo cual tampoco es excluyente de la buena fe contractual, en últimas, las dos tesis universalmente imperantes en esta materia”⁴⁵.

“La tendencia actual en varios países del mundo, en tratándose de la reproducción asistida, para la definición de paternidad, es a partir de la presunción consciente en que cuando una mujer se ha sometido a un procedimiento de fertilización ha contado con el consentimiento de su cónyuge o compañero estable y sobre la base de ese consentimiento se presume también que es este y no otro el padre de la criatura nacida como consecuencia del procedimiento de inseminación artificial. Y en otros países, los conflictos no resueltos mediante la aplicación doctrinal y jurisprudencial de principios generales del derecho en relación con la teoría de los actos jurídicos combinada con interpretación de reglamentos de ética médica, y por tanto, el depósito de esperma pertenece incontestablemente a la categoría de los actos jurídicos, de los cuales el médico sirve de garante a la pareja que busca solucionar los problemas de esterilidad, para que el hijo nacido en virtud de ese procedimiento tenga el status legal buscado por la pareja, es decir, de hijo de la misma”⁴⁶.

CONCLUSIONES

Una vez revisada la normativa de España, la doctrina y los proyectos de ley en Argentina, que tratan el tema de la reproducción humana a través de la fecundación post mortem, se puede concluir que España tiene bien cimentada la legislación interna sobre la materia objeto de esta investigación; de allí se desprenden los siguientes aspectos relevantes que tienden a dar cumplimiento al objetivo propuesto inicialmente, cual es, que los hijos nacidos con posterioridad a la muerte del padre siempre y cuando cumplan los requisitos que establece la Ley 14 de 2006, tienen derecho a la filiación y a derechos patrimoniales o sucesorales.

Cabe destacar, que de acuerdo al numeral 1 del artículo 9 de la Ley ya citada, no se podrá establecer filiación respecto del hijo fruto de inseminación artificial post mortem, si esta inseminación no se ha llevado a cabo durante la vida de ambos cónyuges. De manera excepcional, durante un plazo de doce (12) meses mediando consentimiento formal del marido conforme lo establece el numeral 2 del artículo referido. De igual forma atendiendo la literalidad del numeral 3 ibídem, se considera ampliada la posibilidad de fecundación Post mortem a las parejas no casadas,

45 Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá. Sala Familia. Sentencia caso Teódulo Vaca Novoa y Rosa Reina Acosta. Proceso Filiación. 1994

46 Ibid.

donde el consentimiento formal expresado en escritura pública o testamento por el marido, equivale al reconocimiento de la paternidad extramatrimonial.

En síntesis, el consentimiento del marido con los requisitos establecidos en el numeral 2 del artículo 9, agota la prohibición de practicar una fecundación con su semen posterior al fallecimiento. Sin embargo, el artículo 9 no impide la reproducción asistida Post mortem sino la determinación de la filiación; luego para que se dé la filiación en el nacido posterior a la muerte del padre, se requiere que el varón consienta el uso de su semen para después de su fallecimiento, considerando de esta manera que la fecundación post mortem queda autorizada y por ende la determinación de la filiación. Contrario sensu, si el marido prohíbe el uso post mortem de su semen no habrá determinación de la filiación y, por tanto, ningún Juzgado podrá autorizar la propia fecundación y ningún centro de crioconservación de gametos podrá prestarse a su práctica. De igual manera no habrá determinación de la filiación si el varón no consiente o no prohíbe el uso de su semen tras el fallecimiento.

Entonces, queda claro que si no se cumplen los requisitos que estipula el artículo 9 y se llega a dar la inseminación, no se establecerá ningún vínculo jurídico con el progenitor fallecido y la responsabilidad en orden de la filiación quedará circunscrita únicamente a la madre, teniendo como consecuencia, además, que este hijo no tendrá derecho a aspectos patrimoniales respecto de su padre fallecido.

Sobre este asunto y en punto a determinar si el hijo post mortem tiene derecho a la filiación y como consecuencia a derechos patrimoniales sobre el padre premuerto, hay que decir que se hace acreedor y tiene derecho a estos institutos jurídicos siempre y cuando la inseminación se realice dentro del año siguiente a la muerte del marido y que se encuentre dentro de los siguientes casos:

1.- El reconocimiento de la filiación matrimonial se da como una excepción al principio general con el que comienza el artículo 9 que establece: “no podrá determinarse la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”, salvo que se den los requisitos de que el propio fallecido hubiera prestado su consentimiento en determinada forma y dentro de cierto plazo.

Siendo así, el hijo nacido es matrimonial porque procede genéticamente del marido y este consintió constantemente el matrimonio. Por mandato de esta ley, se consideran hijos matrimoniales, a pesar de que el así concebido nacerá después de los trescientos (300) días de que trata el artículo 116 del Código Civil. Luego este reconocimiento de filiación se convierte en una ficción legal, por cuanto adolece de los presupuestos de concepción o nacimiento dentro del matrimonio.

Este choque de normas, es decir, el artículo 9 de la Ley y el artículo 116 del Código Civil, requiere que sean revisados por el legislador, para que entren en consonancia el uno con el otro y se puedan interpretar coherente y sistemáticamente, situación que aún no se ha realizado en la legislación española.

2.- El reconocimiento de la filiación extramatrimonial se cumple con el consentimiento del compañero estable antes de su muerte, y este consentimiento se convierte en título que permite iniciar el expediente regulado en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil⁴⁷, el que expresado en la forma contemplada en la ley, cual es testamento o escritura pública, da la condición de escrito indubitado del padre para reconocer la filiación.

Ahora, en lo que refiere a la legislación argentina, se encontró, que a pesar de que se han hecho varios intentos por legislar sobre el asunto, en el orden jurídico interno de ese país no existe norma que regule la filiación post mortem, pero, como ya se dijo anteriormente, cursa en el Senado la reforma al Código Civil que dirime tan controvertido asunto, y que pretende regular la filiación post mortem de manera similar tanto en requisitos como en términos a la legislación española.

Lo anterior conlleva a concluir en forma general que tanto España y Argentina, a tono con otros países, han venido adaptando sus legislaciones con el avance de la ciencia en materia de reproducción humana asistida. En España con la entrada en vigor de la Ley 14 de 2006, se introduce un cambio importante cual es, que se acepta la fecundación Post mortem y se reconoce como hijo del padre premuerto con todos los derechos de filiación y sucesorales, al nacido fruto de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem, cuando la realización de esas técnicas se han realizado en un plazo de doce meses después de la muerte del marido o conviviente muerto y ha habido consentimiento o autorización del varón, situación esta que llegó a derogar tácitamente el artículo 116 del Código Civil Español que se señala: “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”. Esta presunción de la paternidad es iuris tantum, lo que con la entrada en vigencia de la referida ley, permite su destrucción y además requiere ser revisada por el legislador, en cuanto la misma se aplica para los compañeros estables, cuando el varón ha prestado su consentimiento.

En lo que se refiere a los derechos de filiación y derechos sucesorales de los hijos nacidos por inseminación artificial Post mortem, hay que decir que la determinación de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida responde a reglas especiales, contenidas en la Ley sobre la materia, que exceptúan el régimen del Código Civil. Tales sustanciales diferencias muestran la diferente filosofía que subyace a dichas normas: la Ley 14 de 2006 prioriza la voluntad del

47 Ley de Registro Civil. España. 8 de junio de 1957. Artículo 49 El reconocimiento puede hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil, o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos. En este último supuesto deberá concurrir también el consentimiento de hijo o la aprobación judicial, según dispone dicho Código.

Podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el juez de 1ª instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias;

Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por el procedimiento ordinario.

progenitor y el Código, el principio de verdad biológica. Pese a ello, la precitada ley se remite al Código para integrar sus numerosas lagunas legales, lo cual plantea difíciles problemas de aplicación e interpretación jurídica. Sin embargo, se debe considerar que el legislador en este sentido, acierta al conceder derechos al hijo de padre premuerto cuando se cumplen los requisitos estatuidos en la Ley 14 de 2006, en razón que ha sido la voluntad del marido o del conviviente de prolongar su descendencia, y la ley no puede permitir el desamparo a que este hijo no tenga derecho al apellido de su padre cuando existe el vínculo de consanguinidad, pues este es uno de los atributos de la personalidad a que tiene derecho todo ser humano. De igual forma al derecho a suceder, habida cuenta que el derecho de las personas al patrimonio del causante es indispensable para satisfacer las exigencias económicas de supervivencia.

En lo que concierne al orden jurídico interno de Argentina, allí ya se está fraguando con aquiescencia del Senado la reforma al Código Civil, para introducir en la legislación la nueva figura jurídica de inseminación artificial post mortem, en cuyo proyecto se reconoce al hijo nacido fruto de esta práctica, derechos de filiación y derechos sucesorales sobre el padre premuerto en igual forma como lo hace la legislación española, por lo que en este acápite no habrá conclusión diferente a lo anterior, por ser el proyecto fiel copia de la normativa española.

En Colombia, sería bueno determinar si ¿es lícita la fecundación artificial post mortem?, planteamiento que concluiría estableciendo que en Colombia no se ha regulado sobre la materia, pero podría darse el caso y como se analizó, para que ese hijo o hija fecundado in vitro después de la muerte de su padre sea tomado como del marido debe nacer dentro de los 300 días siguientes a la muerte de éste (artículo 92 C.C). Debe recordarse que el artículo 52 del Código Civil subrogado por el artículo 1 de la Ley 45 de 1936 señala que tendrá la calidad de hijo o hija natural, el niño o niña de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento. Esta norma debe aplicarse de manera restrictiva solo para los niños o niñas que nacen de madre viuda después de 300 días de muerto el padre, pues si nacen dentro de los 300 días se reputan hijos o hijas legítimos del marido muerto; esta situación está amparada por la presunción de legitimidad que trae el artículo 220 del Código Civil, en cuanto la disolución del matrimonio se produzca por muerte del marido. Es evidente que no sería lógico aplicar el artículo 52 del Código Civil para todos los casos de madre viuda, porque si así fuera, frente a una circunstancia igual, como es la disolución del matrimonio, dependiendo de la causa se tendría un tratamiento diferente para el niño o niña, pues uno sería considerado hijo o hija legítimo y el otro no, sin que exista razón para ello. Ejemplo: Si un niño o niña nace a los 250 días de la sentencia de divorcio de sus padres se considera legítimo pero si ese mismo niño o niña nace a los 250 días de muerto su padre por el hecho de ser su madre viuda es extramatrimonial.

Estas situaciones y muchas otras deben ser revisadas por el legislador colombiano, a fin de ponerse a tono con el avance de la ciencia y el ordenamiento jurídico, pues se hace indiscutible empezar a legislar sobre la fecundación post mortem, para no tener que recurrir a legislaciones extranjeras para decidir un asunto que con seguridad se seguirá dando en nuestro país con frecuencia.

Trayendo a colación el caso ocurrido en Colombia y reseñado en precedencia, en el que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió el caso de dos gemelos que nacieron por inseminación artificial Post mortem, debe recordarse que en dicho caso y conforme se reseña en el anexo A, el argumento en que se basó el Tribunal para la prosperidad de la filiación extramatrimonial, se fundamentó en el consentimiento que dio el compañero premuerto para la utilización de su semen, otorgando el Tribunal a dicho consentimiento la calidad de presunción de paternidad. Pero el Tribunal no tuvo en cuenta que la autorización fue dada para tener un hijo en vida, más no para que después de su muerte su semen fuera utilizado por su compañera.

Este hecho que no está contemplado en la Ley colombiana, existiendo per se un vacío legislativo para solucionarlo, da pie para considerar que el Tribunal no contempló un análisis jurídico de fondo sobre el asunto tratado, máxime cuando con dicha decisión se puede atentar contra derechos adquiridos, que para el caso sub júdice, son los herederos del compañero pre muerto si los hubo, y los mismos se pueden ver afectados en los intereses sucesorales por la decisión del Tribunal.

La decisión de la compañera del fallecido al inseminarse después de su muerte, permite traer un hijo, que como consecuencia de ello traerá un cambio en los órdenes sucesorales, afectándose los derechos de los que tienen legitimidad para suceder. Aunado a lo anterior se observa que la decisión del Tribunal fue atendiendo el estudio de una hermenéutica jurídica, que al parecer en parte es equivocada, pues se dilucida el caso trayendo a colación la buena fe contractual y otros institutos jurídicos como la teoría de los actos jurídicos, combinada con principios generales del derecho y con interpretación de reglamentos de ética médica; cuando se considera, que la decisión no ha debido sujetarse a materias que regulan los actos de los contratos.

Por lo anterior, el grupo investigador disiente de los argumentos e invita a que se revise la legislación y se regule el instituto jurídico de la fecundación artificial post mortem, para así tener claridad y parámetros legales que permitan un manejo acorde a este tipo de casos, en lo que respecta a filiación y derechos patrimoniales y/o sucesorales del hijo producto de estas técnicas, otorgando a este el papel rector que como sujeto principal digno de protección le corresponde.

DISCUSIÓN

Frente al tema tratado, se considera que en Colombia se debe legislar sobre el tema de la inseminación artificial Post mortem, por cuanto la ciencia y las técnicas de reproducción asistida cada día son más innovadoras y el estatuto civil sustantivo se quedó “corto” en cuanto no contempla dicho asunto, sin perder de vista que el hecho es obvio por tener el Código Civil más de un siglo y en esa época no se conocían los avances que hoy tiene la ciencia, es necesario entonces sentar precedente, en el sentido de compartir el pensamiento del doctrinante Argentino Eduardo Sambrizzi y del doctrinante español Francisco Lledo Yagüe, quienes refieren que no puede preferirse el derecho que tiene toda mujer a ser madre, cercenando los derechos que tiene el hijo y condenarlo a ser un simple medio útil para conseguir tal anhelo. La inseminación artificial Post mortem no salvaguarda categóricamente al nasciturus,

se le desconoce su derecho legítimo a integrarse en una relación paterno – materno filial completa; además, de que se le conmina a que sea un hijo huérfano donde es la propia voluntad del hombre o la mujer quien de manera deliberada planifica la orfandad ex post mortem maritti, amén de que dicha práctica es contra natura, pero de todas formas se deja al pensamiento y a la discreción de raciocinio de las personas, si al impedirse dicha práctica, también puede llegar a menoscabar derechos fundamentales, tales como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de estas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AWAD CUCALÓN, María Inés y NARVÁEZ CANO, Mónica. Aspectos Jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. 2001.

BRENES CÓRDOBA, Alberto. Tratado de las Personas. Volumen 1.

CALDERÓN RANGEL, Avelino. Lecciones de Derecho Hereditario. Segunda Edición. Bucaramanga. Editorial Unab. 2005.

CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio. Derecho de Familia. Editorial Leyer.

COLOMBIA. Congreso de la República. Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 de 2006.

COLOMBIA. Congreso de la República. Código Civil Colombiano. Ed. Leyer.

COLOMBIA. Consejo Superior de la Judicatura. Filiación en el Derecho de Familia. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” 2007.

COLOMBIA. Corte Constitucional. M.P. HERRERA VERGARA, Hernando. Sentencia n°. T-553/93. Noviembre 30 de mil novecientos noventa y tres (1993). Ref: expediente n°. T - 17.908.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-223 del 18 de Mayo de 1998. M.P. Dr. NARANJO MESA, Vladimiro.

COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto - Ley 1260 de 1970.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004 de 22 de enero de 1998, M.P. Dr. ARANGO MEJÍA, Jorge

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Agosto, 22/67.

DELGADO, Juan Manuel y GUTIÉRREZ, Juan. Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales. Editorial Síntesis S. A. Madrid, 1999.

<http://www.abogadofamilia.es/detalle-novedades-legislativas.php?news>

http://noticias.juridicas/com/base_datos/dmin/114-2006.html. disponible en internet.

<http://www.movimientofundar.org/biblioteca/sevi/legislación/Procreación-Listado20de20proyectos>

<https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/03.0309.html>

JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. PRÁCTICA DE FAMILIA. Ed. Doctrina y Ley. Tercera edición, 2008.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Origen Biológico. Derecho a conocer.

KRASNOW, Adriana N. El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida.

LAFONT PIANETTA Pedro, Derecho de Sucesión, Tomo I. Editorial Librería del Profesional, Bogotá-Colombia.

LLEDO YAGUE, Francisco. Régimen jurídico – privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas Universidad de Deusto. 2006.

LORENZO DE FERRANDO, María Rosa. “Determinación de la paternidad y maternidad en los casos de fecundación asistida”.

GONZÁLEZ, Luis M. Proyecto de ley argentino. Citado por SAMBRIZZI, Eduardo A. La filiación en la procreación asistida. Buenos Aires. 2004. Universitas S.R.L.

MEDINA LUNA, Alba Lucía. Reproducción asistida post mortem a la luz de la ley 721 de 2001. Universidad Industrial de Santander. 2004.

MIZRAHI, Luis Mauricio. El niño y la reproducción humana asistida.

Programa jóvenes con empresa Banco de Oportunidades de negocio, Valle del Cauca, Santiago de Cali, noviembre de 2005

PULIDO RODRÍGUEZ, Rodrigo, BALLÉN ARIZA, Margarita. y ZÚÑIGA LÓPEZ, Flor Stella. Abordaje hermenéutico de la investigación cualitativa. Teorías, procesos y técnicas. Colección libros de texto. Editorial Universidad Cooperativa de Colombia. 2ª Ed. Bogotá, 2007.

Reproducción Asistida ORG, (España); y Fecundar Centro de Reproducción Humana, (Colombia)

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. La fecundación artificial post mortem en Revista jurídica de Cataluña. 1987.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. Madrid. 1994.

SAMBRIZZI, Eduardo A. La filiación en la procreación asistida. Buenos Aires. 2004. Universitas S.R.L.

SAMBRIZZI, Eduardo Antonio. Fecundación "post mortem".

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. "Biogenética, Filiación y Delito". (conf., art. 243, in fine, Cód. Civil).

TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de las Sucesiones. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2008.

VALENCIA ZEA Arturo. Derecho Civil. De las sucesiones, Tomo VI, Séptima edición, Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia, 1988.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, parte general y personas. Décima tercera edición. Editorial Temis. 1994.

VÉLEZ RESTREPO Olga Lucía y GALEANO MARÍN María Eumelia. INVESTIGACIÓN CUALITATIVA, ESTADO DEL ARTE. Universidad de Antioquia. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Medellín. 2002.