

República de Colombia



JUZGADO VEINTIDÓS DE FAMILIA

Carrera 7 No. 12 C – 23, teléfono 3419906

Correo electrónico: flia22bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., 14 DIC 2021

Ref.: IMPUGNACION DE MATERNIDAD e INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD.

MÓNICA PAOLA PARRA PULGARÍN contra el menor de edad ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÍN.

No. 11001-31-10-022-2021-00364-00.

Se decide mediante sentencia de primera instancia la acción de impugnación de maternidad del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

A través de apoderado, MÓNICA PAOLA PARRA PULGARÍN promovió la acción de impugnación de maternidad e investigación de paternidad, para lo cual solicitó:

- i. Declarar que el menor de edad ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÍN no es hijo biológico de la señora MÓNICA PAOLA PARRA PULGARÍN.
- ii. Declarar que el menor de edad ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÍN es hijo biológico del señor DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI.
- iii. Librar comunicaciones para efectos de la anotación marginal del registro civil de nacimiento.

La parte actora edificó su fundamento fáctico, en resumen, de la siguiente manera:

- i. Manifestó que *“El menor ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARIN nació en Bogotá el día 26 de marzo de 2021”*.
- ii. Indicó que *“el señor DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI mayor de edad, ciudadano brasilero identificado con pasaporte No. FU382269 expedido por el Gobierno del Brasil, compareció ante el Centro Latinoamericano de Diagn{ó}stico Genético Molecular ubicado en la ciudad de Bogotá – Colombia para allegar muestras de su líquido seminal esperma (Semen) y sangre, con los debidos consentimientos, cuyo propósito se encontraba dirigido a dar inicio al procedimiento medico de reproducción humana asistida, consistente en gestación por sustitución, el cual fue llevado a cabo conforme a los siguientes hechos (...)”*.
- iii. Señaló que el 5 de febrero de 2020 *“se celebró un contrato atípico denominado contrato de maternidad subrogada entre el señor DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI y la señora MONICA PAOLA PARRA PULGARIN la cual ya ha sido madre previamente, contrato el cual no es oneroso (...)”*.
- iv. Relató que *“El Centro latinoamericano de diagnóstico genético molecular procedió a realizar la labor medica de fertilidad asistida, la cual consiste en la TRANSFERENCIA EMBRIONARIA, esta consistió en realizar la fecundación invitro de un ovulo fecundado (Gametos) en la señora MÓNICA PAOLA PARRA PULGARIN el cual estaba compuesto por un espermatozoide del padre del menor, el señor DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI y un ovulo el cual proviene de una donación altruista anónima. Lo anterior se puede verificar mediante la certificación de donación de ovulo emitida por el centro latinoamericano de diagnóstico genético molecular y el respectivo informe anexado a la presente demanda. Lo anterior llegando a concluir que el menor no posee material genético de la demandada en el presente proceso”*.
- v. Arguyó que *“El señor DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI enferma gravemente del virus denominado – COVID19-, para lo cual los médicos tratantes del centro médico ubicado Rio Grande do Saul – Brasil, le informan que deben inducirlo en estado de coma en procura de realizar los procedimientos médicos necesarios y establecidos que permitan salvaguardarle la vida”*.
- vi. Expresó *“Que previo a realizar el procedimiento medico de inducción en coma, el señor DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI, decide el día 26 de marzo*

de 2021, mediante documento legal debidamente registrado y notariado ante la autoridad respectiva del Gobierno de Brasil, otorgar a la señora THAIS LEIDENS mayor de edad, identificada con pasaporte No. FU605977 del Gobierno de Brasil, la custodia de su hijo menor nacido en fecha 26 de marzo de 2021 en la ciudad de Bogotá Colombia”.

- vii. Enunció que “el día 13 de abril de 2021 el señor DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI fallece en Brasil a causa de la enfermedad denominada – COVID19-, pues le dio una complicación grave que le generó un paro cardíaco”.
- viii. Expuso que “Una vez nació el menor este estuvo unos días a cargo de la madre gestante y de enfermeras, y posteriormente tal como lo indica la corte constitucional en la sentencia T-968 de 2009 como requisito para este tipo de procedimientos, este fue entregado para el cuidado y custodia de la designada como tutora legal por parte del padre biológico señora THAIS LEIDENS, custodia que se encuentra a la fecha en cabeza de esta última”.
- ix. Manifestó que el 27 de abril de 2021 “las señoras MÓNICA PAOLA PARRA PULGARIN mayor de edad identificada con cedula 1023006547 y THAIS LEIDENS mayor de edad, ciudadana Brasileira identificada con pasaporte No. FU605977 del gobierno del Brasil, comparecieron ante el defensor de familia del centro zonal Mártires de la ciudad de Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, con el objetivo de solicitar audiencia de conciliación entre las partes en relación a la custodia y cuidado del menor ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARIN; diligencia que fue llevada a cabo el mismo día ante el defensor de familia del centro zonal, quien en usos de sus facultades otorgadas por el código de infancia y adolescencia Art 82 No. 8 aprobó los siguientes acuerdos realizados por las partes (...)”.
- x. Finalmente indicó que “Al menor se le realizó la prueba de marcadores genéticos (ADN), en el laboratorio FUNDACION PARA EL DESARROLLO DE LAS CIENCIAS DE LA COMUNICACIÓN SOCIAL – DUNDEMOS IPS, PROCESO DE ANALISIS DE LABORATORIO Y EMISION DE RESULTADOS, INFORME DE RESULTADOS DE LA PRUEBA DE ADN. con el fin de determinar que efectivamente este no es hijo biológico de la señora MONICA PAOLA PARRA PULGARIN la cual arrojo como resultado como un porcentaje del 99.99% que esta no era madre del menor”.

1.2 Contestación de la demanda

La notificación de la demanda se efectuó personalmente a la curadora ad litem designada para representar al menor de edad ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÍN, quien contestó la misma oportunamente.

1.3 Actuación procesal

Por reparto correspondió el conocimiento de la demanda a esta sede judicial, donde por auto calendado el 8 de julio de 2021 (fl. 37), se dispuso su admisión impartiendo el trámite previsto en el artículo 368 del C.G.P., y se ordenó la práctica de la prueba de ADN.

Integrado el contradictorio y vencido en silencio el término de traslado del dictamen pericial, ingresó el expediente al despacho para resolver de conformidad.

En ese orden de ideas, surtido de ese modo el trámite sin que se advierta necesidad de practicar medios de prueba adicionales, es del caso definir la instancia mediante sentencia, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

Corresponde a este Despacho determinar si con las pruebas documentales legales y oportunamente arrimadas al expediente la parte actora logró probar, con carácter de certeza, que no es la madre biológica del menor de edad ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÍN. Por su parte, si se acreditó que el fallecido DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI es el padre biológico del niño en mención.

2.2. De los presupuestos procesales

Los llamados presupuestos procesales se encuentran cumplidos como son demanda en forma y con el lleno de las exigencias básicas de ley; las partes son capaces para comparecer al presente proceso y guardan legitimidad tanto por activa como por pasiva. Del mismo modo, por la naturaleza del asunto y la calidad acreditada, sin que se advierta causal de nulidad alguna que invalide en parte o

en todo lo actuado, es competente este juzgado para decidir el presente asunto mediante fallo que será de mérito.

2.3. Examen crítico de las pruebas y razonamientos legales

2.3.1. De la maternidad sustituta o subrogada (alquiler de vientre).

En primer lugar, resulta pertinente señalar que el ordenamiento jurídico no ha regulado la relación entre la maternidad subrogada y el concepto de filiación y sus diferentes variables.

En Colombia el único referente sobre esta práctica está en cabeza de la Corte Constitucional mediante sentencia T-968 de 2009, la cual definió la maternidad subrogada como *“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”*.

Ahora bien, en estos 10 años posteriores al importante pronunciamiento de la Máxima Protectora de la Carta Magna, se han adelantado dos proyectos de ley¹. Actualmente se encuentra en trámite un proyecto de ley² encaminado a prohibir la práctica de la maternidad subrogada únicamente con fines de lucro, es decir, permitiendo el alquiler de vientre con fines altruistas, unilateral o bilateral, y entregando el bebé a una persona o a una pareja *“cediendo la filiación derivada de la maternidad o renunciando a los derechos del recién nacido”* (artículo 3º - proyecto de ley).

Sin embargo, el actual proyecto de ley no propone reformas al libro I del Código Civil, que regula el régimen de las personas, ni al Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas (D. 1260 de 1970), particularmente en el registro civil de nacimiento en donde se certifique, quienes son los padres o el padre que realizó el pacto o compromiso con la madre gestante, generando plenos efectos civiles.

En este orden, válido es señalar que las únicas fuentes sobre la filiación son el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, las disposiciones del Código Civil y el Decreto 1260 de 1970. En efecto, el artículo 42, inciso 6, indica que: *“(…) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados*

¹ En el año 2009 se propuso el proyecto de ley 037 que no surtió efecto alguno por falta de trámite.

² Proyecto de Ley 070/18 – Senado de la República.

naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable (...)".

Así las cosas, si bien es cierto la figura de la maternidad sustituta en Colombia no cuenta con un marco jurídico propio, no lo es menos que la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida no es una práctica que esté prohibida y; por el contrario, el artículo 42 de la Constitución Nacional citado consiente la procreación de hijos con asistencia científica que sumado a la libertad con que cuenta la mujer de ofrecer su capacidad reproductiva con una finalidad altruista, en los términos del proyecto de ley enunciado, permiten autorizar las pretensiones incoadas en la demanda.

2.3.2. De la investigación de la paternidad

Sea lo primero recordar que la filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o su madre, y tiene su fuente en la maternidad y la paternidad, entendiendo por la primera, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, y la segunda, en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre. Es por ello por lo que la Corte Suprema de Justicia ha sentenciado que *"la filiación encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal"*³.

Sin embargo, como es de conocimiento general, la paternidad a diferencia de la maternidad, no es susceptible de prueba directa, razón por la cual el legislador, en las leyes 45 de 1936, modificado por la ley 75 de 1968, acudió a un sistema de presunciones por medio de las cuales se puede establecer, con probabilidad de verdad, que un hombre es el padre biológico de otro ser, en los eventos en los cuales no se haya realizado el reconocimiento voluntario.

Las citadas presunciones, como lo dice la Alta Corporación, fueron recogidas *"consultando la realidad ordinaria de las relaciones humanas y de la ciencia, justificadas desde luego por la dificultad de una prueba directa acerca de la existencia de las relaciones que son el origen de la vida de un hijo, vale decir, las sexuales, generalmente por el secreto en que ellas se desenvuelven"*⁴.

Por el mismo sendero, la citada ley 75 de 1968 acudió a los avances científicos que permitieron declarar la paternidad a través de la denominada prueba

³ C.S.J., 28 de marzo de 1984.

⁴ Sentencia, Sala de Casación Civil de 21 de septiembre de 2004, Exp. No. 3030.

antropoheredobiológica, efecto para el cual acudió a los grupos y factores sanguíneos⁵ o los caracteres morfológicos, patológicos o intelectuales que son transmisibles de padres a hijos.

Sin embargo, en su momento, la prueba sanguínea únicamente permitió establecer con certeza cuándo una persona no era progenitor de otro o, lo que es lo mismo, el resultado permitió llevar a cabo la exclusión. Los resultados positivos apenas si reflejaban una probabilidad relativa, que variaba dependiendo de la cantidad de personas que pudieran tener el mismo tipo de sangre del posible padre.

Como explicara la Corte sobre esta clase de prueba, *"es indiscutible que tal pericia (...) no constituye por sí misma prueba plena de la paternidad investigada, por cuanto ella arroja solamente el resultado de compatibilidad. Por el contrario, en el evento de que el resultado sea la incompatibilidad, esa prueba se transformaría en plena y excluiría, de manera terminante, la paternidad debatida"*⁶.

Ahora bien, con el avance de la ciencia se descubrió que en el núcleo de las células del cuerpo humano se hallan moléculas denominadas cromosomas cuyo componente principal es el ácido desoxirribonucleico (ADN), sustancia que contiene los genes que son transmitidos de los padres al hijo y permiten que éste se distinga como individuo único e irrepetible.

Hoy en día es posible tomar de cualquier tejido humano células nucleadas con un número plural de porciones o fragmentos específicos de ADN, denominados microsatélites o STR (Short Tandem Repeats o repeticiones cortas en tándem) y a partir de éstos pueden establecerse los marcadores que permiten calcular científicamente la probabilidad de paternidad⁷.

Para tales efectos el profesional de la salud compara los marcadores genéticos de la madre, padre e hijo. Así, los marcadores del hijo que no se hallen en el ADN materno, tendrán que provenir necesariamente del ADN paterno tomando en consideración la frecuencia con que ese marcador se repite en una población determinada.

⁵ Se valía de una comparación de los diferentes tipos de sangre y que permitía encontrar o descartar afinidades a partir de antígenos que permanecen inalterables en la vida de los seres humanos y que, además, se transmiten a las generaciones posteriores.

⁶ Sala de Casación Civil de 17 de julio de 2001.

⁷ Cf. Apuntes sobre filiación, pruebas de ADN, pp 51 y siguientes. Editorial Universidad El Bosque, 2014, Saza Pineda Jhon Fredy, en donde se explique pormenorizadamente cómo se hace la prueba de ADN e indica los índices de probabilidad.

Dicho procedimiento arroja índices de paternidad (IP) que permite tenerla como prácticamente probada, extremadamente probable, muy probable y más probable que no probable.

Y es así como el Congreso de la República, mediante la ley 721 de 2001, implementó en los procesos de filiación la práctica de los exámenes que científicamente determinen un índice de probabilidad superior al 99.9%" efecto para el cual estableció, en el parágrafo 2º del artículo 1º que *"la técnica del DNA⁸ con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza"* ya indicado, técnica que deberá ser utilizada *"mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades"*.

Por su parte, en la segunda parte del inciso 2º del artículo 8º de la ley 721 de 2001 se dispone que con el resultado en firme de la prueba científica así decretada, *"se procede a dictar sentencia"*, bajo el entendido que el dictamen pericial que practicó la prueba *"quede en firme, pues resultaría contrario al debido proceso proferir el fallo sin que se hubiere dado a las partes la oportunidad de la contradicción del dictamen y sin que se hubiere resuelto por el juez sobre las solicitudes de aclaración, complementación o tacha por error grave cuando hubieren sido formuladas en las oportunidades y con los requisitos que la ley regula precisamente para darle cumplimiento cabal a la garantía establecida en el artículo 29 de la Carta, que es de rigurosa observancia"*, tal como lo ordenó la Corte Constitucional en la sentencia C-476 de 2005.

Descendiendo al asunto que nos ocupa, es precisamente dicho medio de prueba la base fundamental para dilucidar la manifestación de la demandante en afirmar que el señor DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI es el padre extramatrimonial del menor de edad ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARIN.

2.3.3. Del material probatorio

Con la demanda fueron aportados los resultados de la prueba genética de maternidad realizada a los intervinientes (madre e hijo), experticia practicada por el Laboratorio de Identificación Humana de la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LAS CIENCIAS DE LA COMUNICACIÓN SOCIAL - FUNDEMOS IPS, cuyos resultados indicaron como resultado: *"MONICA PAOLA PARRA PULGARIN, se excluye como la madre biológica de ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARIN"*.

⁸ El equivalente del ADN en el idioma inglés -deoxyribonucleic acid-

Por su parte, en el proceso se ordenó la realización de la prueba de ADN a los intervinientes (madre, presunto padre e hijo), experticia practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, cuyo resultado reposa a folios 63 a 72, y el cual indicó que: *“DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI (Fallecido) no se excluye como el padre biológico de ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÍN (...) Probabilidad de paternidad: 99.999999999%. (...) MONICA PAOLA PARRA PULGARÍN se excluye como la madre biológica de ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÍN”*.

El dictamen pericial se practicó por una entidad debidamente acreditada, certificada y habilitada, y con el lleno de las exigencias para ello contempladas por la Ley 721 de 2001 y el Decreto 2112 de 2003, de donde se colige que siendo plenamente idónea para el fin pretendido, es del caso otorgarle plena validez.

Finalmente, se advierte que la curadora ad litem que representa al niño ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÍN guardó silencio en el término de traslado de la prueba genética.

Así las cosas no hay lugar a llevar a cabo mayores análisis ni decretar más pruebas y el Juzgado decretará prósperas las pretensiones incoadas por la demandante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 386 del C.G.P. en su numeral 4, literal b).

2.3. Conclusión

Por lo expuesto, no es otro el sentido del fallo a proferir que establecer que MÓNICA PAOLA PARRA PULGARÍN no es la madre biológica del menor de edad ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÍN y que el fallecido DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI es su padre biológico.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÌN, nacido en esta ciudad capital el 26 de marzo de 2021, no es hijo biológico de MÓNICA PAOLA PARRA PULGARÌN.

SEGUNDO: DECLARAR que ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÌN, nacido en esta ciudad capital el 26 de marzo de 2021, es hijo biológico de DAVIR ZWIRTES MAFFASLOLI.

TERCERO: ORDENAR la inscripción de la declaración contenida en los ordinales primero y segundo en el registro civil de nacimiento de ORESTE ZWIRTES PARRA PULGARÌN con indicativo serial No. 59799077. Por lo tanto, el nombre del menor de edad corresponderá a ORESTE ZWIRTES MAFFASLOLI. Ofíciase en consecuencia y para los efectos correspondientes a la Notaría 30 del Círculo de Bogotá.

CUARTO: ORDENAR la expedición copias a costa de los interesados.

QUINTO: En firme esta sentencia y cumplido lo anterior, procédase al archivo del expediente, previas las anotaciones del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ RICARDO BUITRAGO FERNÁNDEZ
JUEZ

M.O.G.

JUZGADO 22 DE FAMILIA DE BOGOTÁ DC	
Esta providencia se notificó por ESTADO	
Núm. <u>135</u>	de fecha <u>15 DIC 2021</u>
 GERMÁN CARRION ACOSTA - Secretario	