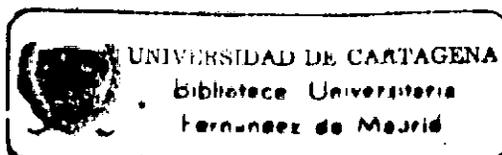


346.2  
V614

S C I B

1

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
Biblioteca Universitaria  
Fernández de Madrid

LA INSEMINACION ARTIFICIAL, LA FAMILIA Y  
LA LEGISLACION EN COLOMBIA

S C I B  
00018158

JULIO CESAR VIANA AMADOR



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
Fernández de Madrid  
Universidad de Cartagena

Tesis de grado para optar  
el título de Abogado.

48416

CARTAGENA, 1986

La facultad no aprueba ni desaprueba las  
opiniones emitidas en esta tesis.

Tales opiniones son consideradas propias  
de su autor.

(Artículo 83 del reglamento)

"Atesoro los fracasos y las desilusiones...  
estos son apenas pasos que conducen al éxito".

Gandhi.

A Cristo mi guía

A mis queridos padres

A los que creyeron en mí y

me enseñaron que la lucha

con fé y constancia, ajena

de cualquier rencor, es la

mejor arma contra el fracaso.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLITICAS

Rector: LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL

Secretario General (E) Dr. HERNANDO TORNE CAMPO

Decano Facultad: Dr. ALCIDES ANGULO PASSOS

Secretario Académico: Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ

Presidente Honorario: Sr. JAIME BALLESTAS RICO

Presidente: Dra. YASMIRA GOMEZ DE GARCIA

Primer Examinador: Dr. ALCIDES MORALES ACACIO

Segundo Examinador: Dr. RAFAEL H. DE LAVALLE GOMEZ

Tercer Examinador:

INDICE

Pág. No.

INTRODUCCION . . . . . 1

1. LA FAMILIA DENTRO DE LAS FORMAS DE ORGANIZACION SOCIAL .. . . . 3

1.1. LA FAMILIA COMO GRUPO PRIMARIO Y COMUNIDAD JURIDICA . . . . . 4

1.1.1. La familia como grupo biológico . . . . . 5

1.2. ETIMOLOGIA Y DEFINICIONES . . . . . 7

1.3. ANALISIS HISTORICO . . . . . 10

1.3.1. La Evolución Humana, Estado Salvaje . . . . . 10

1.3.2. Barbarie . . . . . 13

1.3.3. Formas de Parentesco y Estructura Familiar . . . . . 15

1.3.3.1. Familia Consanguínea . . . . . 16

1.3.3.2. Familia Punalua . . . . . 17

1.3.3.3. Familia Sindiasmica . . . . . 19

1.3.3.4. Familia Monogámica . . . . . 20

1.3.3.5. La Familia en Roma . . . . . 21

1.3.3.6. La Familia en la edad Media . . . . . 23

1.3.3.7. La Familia en la Edad Moderna . . . . . 24

1.4. LA FAMILIA CONTEMPORANEA . . . . . 25



lidad un mecanismo regulador de la población  
 bastante insospechado . . . . . 56  
 2.5.2. Trastornos fisiológicos y alteraciones  
 metabólicas . . . . . 57  
 2.5.3. El estres reduce la fertilidad . . . . . 59  
 2.5.4. Mecanismos Automáticos de regulación . . . . . 60  
 2.6. ASPECTO MORAL . . . . . 62  
 2.6.1. Posición de la Iglesia Católica . . . . . 63  
 2.7. ASPECTO JURIDICO . . . . . 67  
 2.7.1. Posición legislativa . . . . . 67  
 3. PRINCIPALES INCIDENCIAS EN LA LEGISLACION  
 CIVIL COLOMBIANA . . . . . 76  
 3.1. EN CUANTO A LOS EFECTOS PERSONALES ENTRE  
 LOS CONYUGES . . . . . 77  
 3.1.1. La cohabitación . . . . . 78  
 3.1.1.2. Cambios que trae la inseminación arti-  
 ficial . . . . . 80  
 3.1.2. La fidelidad . . . . . 83  
 3.1.2.1. Heteroinseminación no consentida y a-  
 dulterio . . . . . 85  
 3.1.2.2. Heteroinseminación no consentida, di-  
 ferente del adulterio . . . . . 86  
 3.2. EN CUANTO A LAS INSTITUCIONES JURIDICAS  
 DENTRO DE LAS CUALES SE DESENVUELVEN LAS RELA-  
 CIONES PATERNO-FILIALES. VALE DECIR EL PAREN-  
 TESCO Y LA FILIACION : . . . . . 92

3.2.1. El parentesco . . . . . 92

3.2.1.1. La inseminación artificial y el parentesco . . . . . 96

3.2.1.2. Impedimento para contraer matrimonio. 99

3.2.1.3. Prohibición de tener acceso carnal entre personas que tengan parentesco de consanguinidad en primer grado por línea directa, entre consanguíneos en segundo grado lineal colateral y entre parientes afines en línea directa. . . . 101

3.3. LA FILIACION . . . . . 103 ✓

3.3.1. La aparición del sistema de inseminación artificial implica una evolución en los problemas de paternidad . . . . . 103

3.3.1.1. En cuanto a la presunción de paternidad . . . . . 103

3.3.2. Filiación resultante según la inseminación efectuada . . . . . 107

3.3.2.1. Inseminación Homóloga . . . . . 108

3.3.2.1.1. Durante el matrimonio . . . . . 108

3.3.2.1.2. Disuelto el matrimonio . . . . . 111

3.3.2.1.2.1. Filiación natural . . . . . 112

3.3.2.1.2.2. Filiación legítima . . . . . 117

3.3.2.2. Inseminación Heteróloga . . . . . 118

3.3.2.2.1. Con consentimiento del marido . . . . 119

3.3.2.2.2. Sin consentimiento del marido . . . . 125

	Pág. No.
3.3.2.3. Derechos y Obligaciones entre padres e hijos . . . . .	126
3.3.2.4. Inseminación en mujer soltera .	129
3.4. IMPLANTACION DE EMBRIONES HUMANOS EN UTEROS DE ANIMALES . . . . .	135
3.4.1. Alquiler de úteros . . . . .	138
4. LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA LEGIS- LACION PENAL EN COLOMBIA . . . . .	142
4.1. LA INSEMINACION ARTIFICIAL NO CON- SENTIDA CONSTITUYE UN DELITO EN LA AUTONO- MIA PERSONAL.ARTICULO 280 DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO . . . . .	142
4.2. EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL COMO CIRCUNSTANCIA DE ATENUACION PUNITIVA TE- NEMOS EL INFANTICIDIO . . . . .	144
4.3. LA INSEMINACION ARTIFICIAL COMO CIR- CUNSTANCIA DE ATENUACION PUNITIVA EN EL ABORTO . . . . .	148
4.4. ARTICULO 347 DEL CODIGO PENAL, TIPI- FICA EL ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO ABUSIVO O DE INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA . . . . .	149
5. MANIPULACION GENETICA . . . . .	164
6. VACIOS DE NUESTRA LEGISLACION SOBRE NUE- VOS METODOS DE FERTILIZACION . . . . .	166
CONCLUSIONES . . . . .	170
BIBLIOGRAFIA	

## INTRODUCCION

Encontrando el Derecho siempre en la sociedad, éste se dará toda la vida para regular relaciones sociales: su escenario de realización, su trato y su destino es la vida social. Sin embargo, es innegable el distanciamiento cada vez mayor entre las normas jurídicas y la realidad histórico-social.

Dentro de este marco histórico, cambiante y contradictorio que parece escapar y distanciar aún más las normas de la realidad, aparece la fertilización artificial; y aparecen precisamente en un mundo convulsionado por cambios profundos en su estructura social, con el trasfondo ominoso de la superpoblación, la contaminación ambiental y la explosión demográfica, quienes dedican ingentes esfuerzos al logro de embarazos que la naturaleza parece no querer dar.

La fertilización artificial aparece como un modificador de la estructura familiar, al poner a la disposición de

la procreación humana un dinamismo nuevo; una nueva tecnología para el campo de la reproducción del hombre, que permite a este la manipulación parcial del proceso reproductivo.

El hecho de que en la mayoría de los países, ni la validez legal ni las incidencias jurídicas de la fertilización hayan sido objeto de una legislación oficial, conlleva al distanciamiento entre los procesos naturales que se dan en el área de la sociocultural y el conjunto de las normas jurídicas.

Reconozco de otra parte, que la misma novedad del tema, por lo menos dentro del ambiente colombiano, hace que los instrumentos para una más completa y adecuada investigación sean escasos y los que existen pecan en la mayor de las veces de superficiales. No obstante, fué desde el principio el interés del autor de las presentes notas, el lograr un trabajo final en lo posible completo, sistemático y práctico. Para lograr lo anterior, fué necesario acudir a fuentes de diversa índole, tales como: publicaciones científicas, textos, informes de prensa, revistas especializadas, etc.

Considero finalmente, que Colombia desde ya debe contar con toda una estructura legal acorde con nuestra realidad social, económica y cultural, teniendo en cuenta incluso, las tendencias mundiales sobre el tema.

1. LA FAMILIA DENTRO DE LAS FORMAS DE ORGANIZACION SOCIAL

La familia ha existido durante toda la historia humana y ha conseguido subsistir por sí misma, sin protección jurídica específica, amparada en su fundamento básico que es el orden social.

La familia se presenta como la situación permanente y necesaria de las personas, pues todas estas surgen y conviven en ella o respecto a ella. Si toda situación social puede encararse jurídicamente, ya que las relaciones jurídicas son relaciones sociales, es claro que un hecho tan trascendente como la familia, grupo social y núcleo de la sociedad, tenga una significación en derecho igualmente importante.

"Nada es tan evidente como la familia. Es una realidad tan próxima, tan inmediata que se nos impone desde el primer instante de nuestra existencia y que nos acompaña durante la vida y a través de todas las edades".

Sean cualesquiera las circunstancias que han acompañado el

14

nacimiento de un hombre, éste tiene un padre y una madre y, el hecho de que aquél, en ciertas circunstancias, no sea conocido o ésta, aunque conocida, no actúe como tal, solo expresa el desconocimiento o negación de esta exigencia radical de adscribirnos a la familia a la que se pertenece por el hecho de haber nacido.

### 1.1. LA FAMILIA COMO GRUPO PRIMARIO Y COMUNIDAD JURIDICA

Sociológicamente hablando, encontramos la familia como el grupo social primario, por excelencia, dentro de las formas de organización social.

Entendiendo los grupos sociales como "un número de personas, cuyas relaciones se basan en un conjunto de papeles y estatus interrelacionados, que comparten ciertos valores y creencias y que son suficientemente conscientes de sus valores semejantes y de sus relaciones recíprocas; siendo capaces de diferenciarse a sí mismos frente a los otros", "el grupo social se caracteriza por la interrelación regulada, valores y creencias compartidas o semejantes y conciencia particular de grupo".

La familia, aunque es claramente un grupo primario, ocupa una categoría especial. A diferencia de otros grupos su existencia está sancionada institucionalmente.

"Como fenómeno natural, la familia es tan antigua como la humanidad misma" "Como institución jurídica, deriva del matrimonio que es la unión sancionada por la ley".

La familia es una realidad social con las características de la comunidad pero no es solo la "Comunidad de amor" que presupone y que fomenta. Por eso, puede decirse que la familia es una realidad ético-social.

"La familia implica la constitución de una comunidad doméstica".

La esencia comunitaria de la familia como institución dotada de un valor ético propio, debe ser el criterio de la legislación positiva. El derecho regula las relaciones familiares porque reconoce su existencia y su valor; trata de que subsista como institución social.

Desde el punto de vista de la estimativa jurídica, es lícito plantear al legislador la exigencia de que la regulación de la familia por el derecho responda a la naturaleza comunitaria y ética de la misma.

1.1.1. La familia como grupo biológico

Robert Briffault encontró la fuente primaria de la familia en el lazo biológico que existe entre madre e hijo. La

familia original era matriarcal. Briffault encontraba esto en el predominio que tienen los sistemas de parentesco matrilineal entre las tribus primitivas y en la aparente ignorancia de la paternidad física que se dá en algunas de las sociedades más simples. La evidencia antropológica no apoya esta interpretación; algunas sociedades extremadamente simples tienen sistemas patrilineales de parentesco y la ignorancia de la paternidad biológica no se manifiesta en la ausencia de un padre socialmente reconocido.

Para Murdock, la fuente primaria y la explicación de la presencia universal de la familia debe encontrarse en la naturaleza misma de la sociedad. Una teoría ampliamente aceptada se basa en las funciones realizadas por la familia para el mantenimiento y la continuidad de la existencia social organizada.

Entendida la familia como grupo biológico, primeramente, debe ser:

- Un grupo trabajador con solidaridad económica y división del trabajo.
- Un grupo, cuyos miembros originales y posteriores tengan un status de clase similar.
- Un grupo íntimo que tenga una habitación común y permanente.



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
 Ferrández de Madrid  
 Universidad de Cartagena

17

Todo ésto, junto con las preocupaciones y placeres compartidos deben haber incrementado la solidaridad primaria profundizando los lazos sentimentales hasta hacer del grupo uno de los hechos fundamentales en la vida de sus miembros y en la sociedad de la que forman parte esencial.

## 1.2. ETIMOLOGIA Y DEFINICIONES

Etimológicamente la palabra "familia" tiene su origen en el vocablo "Famel" usado entre los oscos, pueblo de Campania y que a su vez se deriva del latín "fame" que quiere decir hombre.

Puede llamarse también a esta entidad con el nombre de sociedad "doméstica", expresión que también trae su origen de la lengua latina. El grupo vive bajo una autoridad en un mismo recinto, bajo un mismo techo es decir en una misma casa; por esto la sociedad que vive y ejerce sus actividades en una misma casa "Domus" toma la expresión de sociedad doméstica.

Mac Iver la define como : "La familia es un grupo definido por una relación sexual, lo suficientemente precisa y duradera como para proveer a la procreación y crianza de los hijos"

Sorokin considera que la familia es un grupo multifuncional o

plurivinculado con numerosas funciones y fines. Aparece como un grupo altamente solidario, altamente intensivo, semi-cerrado; que implica una unión sancionada socialmente de diversas personas unidas entre sí por diversidad de fines; la satisfacción de las necesidades sexuales, la procreación, la obtención de los medios de subsistencia, la socialización y educación de los hijos, la protección de la vida, integridad y valores de sus miembros.

Familia en el orden social es: "El principio de la ciudad, la semilla de la república"

Mazeaud la define así: "Familia es la colectividad formada por personas que a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuges, están sujetos a la misma autoridad".

Eduardo Hamilton nos dirá que "Familia es la sociedad perfecta y natural que tiene por objeto la conveniente propagación de la especie humana, mediante la estable unión del varón con la mujer".

Díaz de Guijarro, en su tratado de derecho de familia, piensa que la familia constituye una institución social permanente, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación de los sexos y la paternidad.

[Carlos Gallón la define así: "La familia es un grupo humano. Está constituida por el padre, la madre y los hijos; surge del amor y busca el bienestar de sus miembros".

Analizando esta definición; vemos como se ubica en primer término a la familia como grupo humano. Recordemos: "El hombre es el único animal cultural y su cultura fundamentalmente interdependiente con su sociedad, hace que su organización social sea muy diferente de la de las otras especies".

En segundo término hace referencia a lo que se conoce como "familia conyugal restringida" compuesta por padre, madre e hijos, la cual es la prevaleciente hoy, por oposición a la "familia conyugal extensa" que fue la familia tradicional en las sociedades occidentales durante mucho tiempo, originada en el antiguo Israel y desenvuelta a través de Grecia y Roma de la edad media e incluso de la edad moderna y en el siglo XIX. Solía comprender tres generaciones en un sólo hogar y tenía relaciones muy estrechas con los parientes colaterales.

En tercer término vemos como su fundamento es el amor, entendiéndose así como una "comunidad de amor" que busca como fin primordial el bienestar de sus miembros.

### 1.3. ANALISIS HISTORICO

El remontarnos a los orígenes del hombre y pasearnos un poco por la historia, nos muestra como su evolución ha significado una multiplicación de los vínculos familiares del ser humano y un continuo cambio en la institución familiar.

Y qué pensar al mirar al hombre actual inmerso en este mundo tecnológico infinitamente complicado?. No pueden sorprendernos cambios que parecen desconcertantes; pero que el fondo simplemente refuerzan la idea de que la familia está enmarcada por múltiples fenómenos que renuevan su faz.

Así, el hecho de que la familia presente muy diversas estructuras y características en las varias culturas y en las sucesivas épocas históricas, muestra que, como forma de vida humana que es, va siendo moldeada por el hombre respondiendo a la presión de necesidades humanas. Es decir, muestra que como forma social-histórica que es, se encuentra bajo la influencia de cada situación cultural.

#### 1.3.1. La evolución humana: estado salvaje

El conocimiento de las primeras fases del desarrollo humano es aún muy precario. Pese a los numerosos y espectaculares descubrimientos de los últimos años, no se puede asegurar aún, dónde ni cuando hace su aparición el hombre;

21

tras un siglo de trabajos, la mayoría de investigadores ha convenido en aceptar que la aparición del hombre tiene lugar durante la era cuaternaria.

En el problema del hombre primitivo existen dos aspectos singulares: por una parte el proceso del desarrollo de la evolución humana y la determinación de los caracteres físicos que puedan considerarse decisivamente humanos; por otra, la actividad de esos seres y cuándo puede considerarse como una actividad humana.

A este respecto, Talcott Parsons dice que los desarrollos orgánicos claramente humanos fomentan las capacidades que se encuentran a la base de la vida cultural y social y de la organización, que son principalmente capacidades para aprender a utilizar y organizar los materiales aprendidos y los patronos. "El más antiguo de esos desarrollos orgánicos parece haber sido la aparición de brazos y manos como órganos de manipulación.

Al tener dos manos, cada una de las cuales se encuentra al extremo de un brazo, el hombre dispone de un instrumento para todos los fines, que es inmensamente superior a cualquier combinación de boca y garras. Ello hace necesario que la postura sea erecta y, por ende, un sacrificio considerable en lo que se refiere a la locomoción; pero las manos son la base primaria de lo que conocemos como habilidades

humanas. Las habilidades constituyen las técnicas de manipulación para el alcance de metas por los humanos y su control en relación al mundo físico. Las habilidades verdaderamente humanas se ven reguladas por conocimientos organizados y codificados. Esos conocimientos son aspectos de los procesos simbólicos a nivel cultural que requieren la capacidad del sistema nervioso central de los seres humanos.

El aspecto más general de los procesos simbólicos es el lenguaje, la primera de cuyas aplicaciones humanas es el habla. Esto implica una utilización secundaria especialmente interesante de los órganos orales, algunos de los cuales evolucionarán originalmente de acuerdo con la necesidad de alimentación y respiración.

Otro complejo orgánico es muy importante para el aprendizaje mismo. La dependencia prolongada junto a los padres que tienen niños, es una característica importante de las especies avanzadas.

Los seres humanos no solamente siguen el patrón general de los mamíferos de gestación en el seno de la madre y dependencia de la alimentación materna; sino que además presentan un rasgo presente en los primates inferiores; pero que se acentúa inmensamente en los hombres, de dependencia psicológica de un organismo mayor, encargado del cuidado.

En este contexto, así como en el de la reproducción fisiológica, la familia se encuentra compleja y variadamente bosquejada en los niveles prehumanos. Sin embargo, el hincapié hecho por los seres humanos en el cuidado continuo de los descendientes es absolutamente único, no solo desde el punto de vista orgánico, sino sobre todo en términos psicológicos.

Estas clases de capacidades orgánicas parecen ser las más esenciales para la adquisición y el uso, por parte de un individuo humano, de la cultura, en su interacción con otros y en la formación de su propia personalidad.

El hombre primitivo, a través de un largo proceso, comienza a crear relaciones de trabajo, pues ya han desarrollado la mano como órgano de trabajo, lo cual les permite realizar operaciones diferentes a las del simio. Con la conquista del fuego y su control, el hombre dá su primer paso en su emancipación a su dependencia del medio ambiente.

### 1.3.2. Barbarie

Se sitúa en el momento en que la agricultura y la domesticación de animales aparecen en la vida del hombre.

Podemos distinguir dos etapas: La primera, con las características de lo anteriormente dicho y la segunda, o estado su-

24

perior, en el cual el hombre aprende a producir instrumentos de metal.

Lo que más contribuye a dar a conocer numerosos aspectos del desarrollo de las sociedades paleolíticas, es el arte; y es precisamente Europa Occidental la que presenta el más amplio desarrollo conocido de la primitiva sensibilidad estética.

La escultura fué el primer gran arte de la historia; las primeras manifestaciones conocidas son las estatuillas femeninas denominadas venus prehistóricas.

El largo proceso de adaptación al medio culmina con el hallazgo de formas económicas trascendentales y revolucionarias que transformará radicalmente el ritmo de desarrollo de la humanidad: La aparición por vez primera de una economía de producción.

Hasta entonces toda la actividad del hombre, fuera recolección, caza o pesca, corresponde a una economía destructiva. En ningún caso puede señalarse una actividad productora encaminada a multiplicar posibilidades o a crear reservas. Estas solo serán posibles, mediante la agricultura y la ganadería.

Por primera vez el hombre se libera de la preocupación in-

mediata de subsistencia que durante cientos de miles de años le habían mantenido en un plano de simple conservación de la especie, pese a toda su madurez psíquica: La agricultura y el pastoreo, por su parte, también tienen sus exigencias: una mayor cohesión social, más acusado sedentarismo entre los agricultores, necesidad de regular mejor las relaciones entre los diversos grupos, etc.

También la mayor producción requiere múltiples desarrollos técnicos derivados de los sistemas de conservación, almacenaje, distribución, etc., que comportarán la división del trabajo y la especialización.

De esta manera se puede decir que: El salvajismo corresponde al periodo en que predomina la apropiación de productos que la naturaleza dá ya hechos. La Barbarie, al periodo en que aparecen la ganadería y la agricultura y se aprende a incrementar la producción de la naturaleza por medio del trabajo del hombre. La civilización, el periodo en que el hombre sigue aprendiendo a elaborar los productos naturales, periodo que correspondería a la industria y al arte.

### 1.3.3. Formas de parentesco y de estructura familiar

"Era costumbre afirmar en forma dogmática que la monogamia había sido un principio constante a través de la histo-

ría de la especie humana. Debíase ello a que se pensaba que el hombre había aparecido sobre la tierra, armado ya con todas las categorías mentales y morales del hombre actual. Sin embargo, el gran progreso de la paleontología, la antropología, la prehistoria, la arqueología y otras ciencias en el curso de este siglo, han demostrado que el pasado del hombre se remonta a más de medio millón de años, y que su cerebro estuvo sujeto a una intensa evolución hasta la formación de la cultura actual.

Las más antiguas tribus y estirpes se gobernaron por la denominada familia consanguínea que se fundaba en el matrimonio por grupos de parientes.

Siguiendo este criterio, Morgan, etnógrafo norteamericano, arqueólogo e historiador de la sociedad primitiva, afirma que la evolución de la familia pasa por cuatro etapas:

#### 1.3.3.1. Familia Consanguínea.

Se deduce su existencia en las etapas más primitivas de la humanidad.

En ella, los grupos conyugales se clasifican por generaciones: todos los abuelos y abuelas, son maridos y mujeres entre sí; igual sucede con sus hijos, es decir con los padres y las madres. Los hijos de éstos forman a su vez el

tercer círculo de cónyuges comunes y sus hijos el cuarto círculo. Aunque no existe en la actualidad, debió existir como se deduce del sistema de parentesco hawaiano, el cual expresa grados de parentesco que sólo han podido nacer de este tipo de familia.

1.3.3.2. Familia Punalúa

Nos muestra el primer progreso en la organización familiar al excluir a los padres y los hijos del comercio sexual recíproco.

Toma el nombre, de la costumbre hawaiana, según la cual cierto número de hermanos carnales eran mujeres comunes de sus maridos comunes. Esos maridos no se llamaban entre sí hermanos sino punalúa es decirk compañero íntimo.

De esta forma, la característica esencial de este tipo de familia es la comunidad recíproca de maridos y mujeres, del cual fueron excluidos al principio los hermanos carnales, y más tarde los hermanos más lejanos de las mujeres y las hermanas de los maridos.

A medida que va arraigándose en la conciencia de los hombres la impropiedad de las relaciones sexuales entre los hijos de una misma madre, coge fuerza la necesidad de reemplazar las viejas comunidades domésticas, por otras que no

coincidan necesariamente con el grupo de familia. Esto dió origen a la formación de las primeras "gens" o grupos ligados por parentesco de consanguinidad.

Es interesante anotar como en ninguna forma de familia por grupos es posible determinar quien es el padre! tanto en la familia consanguinea como en la punalúa, es la madre quien dá la filiación y el nombre a la gens.

De esta forma, "un hecho necesario de tener en cuenta, es la ignorancia que tienen los pueblos primitivos respecto a la paternidad fisiológica: mientras que la maternidad es indudable, la paternidad es un enigma.

Era creencia general el que los hijos "tienen un origen exterior" y que la madre los recibe de fuera como seres completos; y era porque el hombre primitivo no podía comprender la verdadera conexión, pues solo era capaz de aplicar su pensamiento a espacios de tiempo muy breves y así se explica que al ver una mujer embarazada, no pudiese inferir que la causa fuese una cohabitación verificada unos cinco meses antes del momento en que el embarazo se hacía visible, ya que no estaba unido este momento con el acto de la cohabitación".

Así hablaba Reitzenstein, autor según el cual a la época primitiva en la que la procreación era un enigma, sucedió

otra en la cual se supone que el semen servía de primer alimento al germen, y después, una tercera en la que, la cohabitación era necesaria para lograr los hijos; sin embargo, éstos eran traídos por animales variados según los pueblos como los canguros y las cigueñas.

Según Malinowski, "las creencias sobre la procreación y la gestación, creencias que encuentran su expresión en la tradición oral, las costumbres y las ceremonias, ejercen una profunda influencia sobre los hechos sociales del parentesco y sobre la constitución de la tribu, fundada sobre la filiación materna".

### 1.3.3.3. La familia Sindíásmica

Aparece en el límite entre el salvajismo y la barbarie .

Consiste en la unión conyugal por parejas, basada en la costumbre. Aunque el hombre vive con una mujer, la poligamia y la infidelidad siguen siendo un derecho para los hombres. Es un vínculo conyugal que se disuelve con facilidad y en el cual los hijos solo pertenecen a la madre.

De esta forma, según Morgan, "la evolución de la familia en los tiempos prehistóricos consiste en una constante reducción del círculo en cuyo seno prevalece la comunidad conyugal entre los dos sexos, círculo que en su origen abarcaba la tribu entera. La exclusión progresiva, primero

de los parientes cercanos, después de los lejanos y, finalmente de las personas meramente vinculadas por alianza, hace imposible en la práctica todo matrimonio por grupos; en el último término no queda sino la pareja unida por vínculos, frágiles aún, esa molécula con cuya disociación concluye el matrimonio en general".

#### 1.3.3.4. La familia Monogámica

Nace de la familia sindiásmica y se funda en el predominio del hombre. Su fin exclusivo es el de procrear hijos, cuya paternidad sea indiscutible, con el objeto de que entren en posición de los bienes del padre a la muerte de éste, por su calidad de herederos.

Se caracteriza por una mayor solidez de los lazos conyugales que ahora no pueden ser disueltos tan fácilmente.

Surge la monogamia en el estadio superior de la barbarie y como preludio del surgimiento de las primeras civilizaciones.

La familia monogámica se basa en las leyes creadas por el hombre, a las cuales debe someterse tanto la familia como la sociedad. Es así cuando nace la noción de la familia como célula básica de la sociedad y la necesidad de establecer un régimen de derecho al que deben someterse todas

las personas allí asociadas.

Aparece la desintegración de las sociedades basadas en estirpes o gens, para dar paso a la civilización que tendrá como fundamento el concepto de estado, propiedad privada y familia monógama.

Para María Teresa Garcés, "La civilización trae consigo, además, el heterismo o comercio extraconyugal de los hombres con las mujeres no casadas, el cual se transforma cada vez más en descarada prostitución. Fue inicialmente un acto religioso, se practicaba en el templo de la Diosa del amor y el dinero ingresaba en las arcas del Templo. El heterismo mantiene la antigua libertad sexual en provecho del hombre. Junto a esta institución, la monogamia acarrea como resultado el abandono de la mujer y el adulterio por parte de ésta".

1.3.3.5. La familia en Roma.

La familia consistía en la reunión de personas sometidas a la autoridad de un padre; formando también parte de la familia los bienes y los esclavos.

"La antigua lengua griega tenía una palabra muy expresiva para designar la familia: se decían epistian, vocablo que significaba literalmente lo que está junto al hogar. La

familia era un grupo de personas al que la religión permitía invocar el mismo Dios y ofrecer comida fúnebre a los mismos antepasados".

Tenía en común la familia el mismo culto a los antepasados. De esta forma, el culto doméstico tiene una enorme importancia y el pater-familias era el sacerdote del hogar. Se rendía culto a los "manes" antepasados, a los "lares" fundadores de la familia y a los "penates" cuidadores o proveedores de la familia.

"La familia patriarcal estaba integrada bajo la sólida autoridad del pater familias, quien solo se hallaba sometido a la voluntad de la "gens".

"La "gens" era una asociación de familias unidas por la sangre, descendientes de un antepasado común. A cada gens correspondía un territorio y estaba regulada por el ius-gentilatis; su jefe era sacerdote, juez y su jefe de guerra.

El fundamento en el derecho antiguo fué únicamente la "agnación", vínculo jurídico entre las personas sometidas a una patria potestad. En el derecho de Justiniano perdió importancia este concepto como fundamento del parentesco y fue sustituido por la "cognación" o parentesco de la sangre.



La familia comprendía dos tipos de personas: el paterfamilias, quien era considerado sui iuris por no depender de nadie y los alieni iuris, sometidos a su potestad.

"El poder sobre las personas y el poder sobre las cosas fueron considerados durante mucho tiempo como si fueran de la misma naturaleza, hasta tal punto que el paterfamilias podía matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas alieni iuris, lo mismo que destrozar, destruir, abandonar las cosas que le pertenecían.

#### 1.3.3.6. La familia en la edad media.

Encontramos la concepción cristiana del matrimonio, fundada en la unidad e indisolubilidad del vínculo y con una potestad limitada del esposo sobre su esposa e hijos. Sin embargo, el matrimonio no era con frecuencia más que una asociación de intereses.

"Dentro del matrimonio, la mujer no pertenecía más que a medias al linaje al que su destino la hizo entrar.

El matrimonio no estaba colocado en el centro del grupo familiar. La parentela era una cosa muy distinta de la pequeña familia conyugal de tipo moderno, porque existía una dualidad de relaciones para determinar la filiación. Es decir, unas veces se usaba el apellido materno y otras el pa-

terno".

### 1.3.3.7. La familia en la edad moderna.

"Las ideas medievales de la constitución de la familia, cambian paulatinamente a partir del renacimiento; pero es en el siglo XVII cuando el movimiento filosófico de la ilustración va a iniciar, primero en Francia, un cambio radical de puntos de vista. Su moral natural y sus principios antitradicionales que inspiran tan intensamente la efímera legislación revolucionaria francesa, calan definitivamente en el código de Napoleón, el cual aún dejando a un lado muchas de las exageraciones revolucionarias no puede ya retornar a la situación anterior.

La concepción familiar de este código ha de influir decisivamente en las últimas codificaciones de los países europeos y en las legislaciones latinoamericanas, particularmente en la nuestra".

En tiempo de Calvino o de Descartes, dice María Teresa Garcés, la familia es todavía una sociedad doméstica que comprende una extensa parentela, por la sangre o las alianzas. El matrimonio tendía a hacer prosperar, o al menos mantener un patrimonio. Así, la familia a principios de la edad moderna, no es más que el instrumento de la continuidad del patrimonio y de la especie. Es una sociedad

no igualitaria, en donde la vida conyugal, la vida sexual y la vida afectiva son desplazadas a un segundo plano.

Los filósofos de la revolución francesa se oponen a la familia patriarcal. Rousseau dirá que la familia no está compuesta más que por el padre, madre e hijos, basado en la unión libre.

Las leyes de la revolución francesa repudiaron los principios del derecho romano y limitaron la autoridad paterna estableciendo un comité de vigilancia ante el cual, el padre, madre o tutor, podían presentar sus quejas contra el hijo o pupilo.

El Código de Napoleón "fue un intento de transacción entre el derecho antiguo y el de la revolución. Conserva la secularización del matrimonio y permite el divorcio, aunque de manera restringida. Mantiene una autoridad marital casi absoluta y no se establece ningún control de la patria potestad".

#### 1.4. LA FAMILIA CONTEMPORANEA

Bertha Corredor en su análisis de la familia latinoamericana, nos dice: La revolución industrial provocó la concentración urbana y dió origen a nuevas estructuras sociales a las cuales corresponden nuevas formas de pensamiento y de con-

ducta.

Así pues, la familia ha sufrido modificaciones en su estructura y en sus funciones:

- Por la urbanización, la familia se reduce al tipo de familia conyugal.
- La mujer logra cada vez más su independencia económica.
- La familia pierde su antigua unidad y cohesión, debido a que otros órganos compiten con ella, pero ha conseguido por otra parte desligarse de duras labores y liberarse del excesivo predominio del varón.

La familia contemporánea asume funciones distintas y se desprende de aquellas que no son necesarias por su naturaleza.

La función protectora jurídica y legislativa es asumida por el estado a través de sus órganos representativos.

Así como el patriarca era el único juez que existía en la familia patriarcal, el padre de la familia conyugal no asume responsabilidades; sino de un grupo reducido integrado por la esposa y los hijos menores.

En cuanto a las funciones religiosas, la religión actual deja de ser doméstica. La iglesia, a través de sus repre-

sentantes, se encarga de atender en forma colectiva y abierta las necesidades espirituales de la familia.

En cuanto a las funciones educativas, la educación también adquiere un carácter público.

La industrialización reemplazó el sistema de producción doméstica y despojó a la familia de sus funciones económicas.

La familia urbana moderna ha dejado de ser la unidad de producción doméstica. La fuente de ingresos emana del trabajo individual de sus miembros, realizado generalmente fuera del hogar.

1.4.1. Caracteres de la familia contemporánea.

Se puede hablar de ciertas notas fundamentales que se han afianzado a través de la larga evolución familiar:

- La Monogamia
- La comunidad familiar
- La autoridad
- El carácter de orden público de las obligaciones familiares.

#### 1.4.1.1. La Monogamia

Como lo vimos anteriormente, se evoluciona de una familia consanguínea a una monógama, que marca los comienzos de la civilización y se convierte en característica fundamental en la época actual.

"Dado que para la atención de las necesidades de conservación de la especie, el sistema que hasta ahora ha parecido mejor al hombre, biológica y culturalmente, para la regulación de sus relaciones heterosexuales y para la crianza, educación y establecimiento de la prole, es la unión monogámica y estable, resulta natural que las normas jurídicas en que se vierte esa mentalidad portan de la distinción entre las relaciones que se ajustan a sus dictados y los frutos de ella y las que se establecen y practican paralelamente con todas sus consecuencias".

#### 1.4.1.2. Constitución de una comunidad familiar.

Marido y mujer viven bajo un mismo techo, lo cual es consecuencia obligada de las funciones y fines del matrimonio, a su vez que refleja de la comunidad corporal de la pareja.

Esta comunidad doméstica da origen a una comunidad económica que se denomina sociedad conyugal, y además origina una división de funciones; hasta hace poco esta división e-

ra muy clara; mientras que la mujer debía encargarse de los trabajos del hogar, el hombre en cambio trabajaba fuera del hogar.

Esto ya no parece tan claro en nuestros días, cuando día a día se acentúan los movimientos feministas pro-liberación y emancipación de la mujer.

El doctor Arturo Valencia Zea, en su obra "Derecho Civil" Tomo V, afirma: "Muchas de las tesis y doctrinas de los antiguos y de los modernos, acerca de la sumisión del sexo femenino al masculino, por una parte, y por otra, su inferioridad frente a la economía y a la cultura en general, han resultado verdaderos mitos. Un importante grupo de sicólogos, sociólogos, biólogos y otros escritores, de los que recordaremos aquí a Margaret Randall, Margaret Benson, Margaret Mead, Norma Zamboni, Otilia Vainstok, Roxane Dumber, Marlen Dixon, Susan Lindon, Cristine Dupant, Elien Wilis, Marge Pierce, Isabel Larguía, Mirelle Calaine, A.T. Tañez, Navani Weisstein, Christiane Rochefort, Rosa Signorelli, Rosika Darcy, Kathi Mc.Affee, Mynna Wood, Kate Millet, Susan Brownmiller, Dana Densmore, Anne Koedt, Juliet Mitchell, Natalie Shainess S. Firestone, Anne Z. Nancy Hollander, Evelyn Sullerat, y otras, han puesto de manifiesto como una absurda división del trabajo alejó a la mujer de la economía y de la cultura, negándole la oportunidad de ser un sujeto pensante y activo.

"En consecuencia, debe dársele a la mujer libertad para participar en la cultura y en la producción social, en la misma medida que el hombre; igualmente se debe revitalizar y valorar el trabajo en el hogar, el cual debe tener el mismo significado que el del hombre en la industria, comercio o fábrica; también pide la mujer, libertad para organizar el hogar mediante la planificación del número de hijos que se deben tener, facultad para usar métodos anticonceptivos y abortivos. En suma: La familia debe ser dirigida y orientada no sólo por el hombre; sino también por la mujer dentro de una alta concepción ética y social.

De esta forma, la mujer pide libertad para trabajar, para participar en la cultura y en otras funciones, antes asignadas exclusivamente al hombre, y libertad para ser madre, pues aunque se ha dicho que la mujer tiene como función especial la reproducción, la maternidad no es un obstáculo para que la mujer realice las mismas funciones que el hombre.

1.4.1.3. Concepto de autoridad.

La dirección que toda comunidad exige se otorgaba antiguamente al marido.

Esta dirección o principio de autoridad, tenía dos aspectos:

- Como potestad marital, por la cual, la mujer debía obediencia al marido.
- Como patria potestad, o sea la autoridad que se otorgaba al padre sobre los hijos.

Este principio de autoridad fué derogado y reemplazado por una "autoridad familiar compartida": Los Decretos 2820/74 y 772/75 los consagran.

1.4.1.4. El carácter de orden público de las obligaciones Familiares.

Aunque marido y mujer tienen libertad para formar una familia, no la tienen para regular los efectos y las relaciones de orden familiar.

Por ello, puede decirse que el régimen de la familia se caracteriza por su contenido social y de orden público.

1.4.1.5. Libertad para formar una familia.

Todos los ordenamientos jurídicos modernos, conceden libertad, tanto al hombre como a la mujer, para formar un hogar o para no hacerlo.

Hoy, sin embargo, existe la tendencia a crear impedimentos de orden eugenésico, los cuales establecen límites a esta

libertad.

La Eugenesia aparece en 1869 cuando su fundador Galton la definió como: "la ciencia que tiene por objeto el estudio de los factores que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras".

Varios países han establecido impedimentos eugenésicos controlables, mediante el certificado prenupcial: Noruega, Ley de 1949; Suecia, Ley de 1920; Islandia, Ley de 1921; Dinamarca, Ley de 1922, establecieron como impedimentos: La epilepsia, las enfermedades venéreas contagiosas y la tuberculosis.

De esta forma, las notas anteriormente enunciadas como caracteres fundamentales en la familia contemporánea como son: la monogamia, la comunidad doméstica y el carácter especial de las obligaciones familiares, siguen sirviendo de fundamento al derecho familiar moderno.

Otras, como la libertad para la formación de la familia y el concepto de autoridad, tienden al cambio o han cambiado ya.

### 1.5. FENOMENOS MODIFICADORES DE LA ESTRUCTURA FAMILIAR

Por otro lado, en los últimos años, se nota la presencia de fenómenos que tratan de modificar la estructura familiar.

Caben destacarse:

1.5.1. El aumento de la natalidad.

1.5.2. La disminución de los matrimonios y el aumento de la unión libre.

1.5.3. Los adelantos de la ciencia, especialmente en el campo de la embriología.

Hace algunos años, nadie pensó que fuera posible obtener hijos, sin necesidad de realizar el acto carnal origen de la concepción.

El extraordinario adelanto de la ciencia, ha cambiado por completo la forma unitaria existente para procrear. Hoy en día, se puede reemplazar el acto sexual por una serie de procedimientos médicos-científicos, por los cuales se consigue el mismo fin: el hijo.

"El hombre contemporáneo ha arrebatado gran números de secretos a la materia, y sus investigaciones han llegado a tal punto en el campo biológico que, muchos de los secretos de la vida, han dejado ya de serlos. Así, la inseminación artificial que, hasta hace algunos años sólo se aplicaba a los animales, comienza a aplicarse a los seres hu-

manos; la selección de las especies mediante cruzamientos adecuados, puede aplicarse a los hombres y la perfección de la sexualidad mediante hormonas, es un hecho ya cumplido".

La energía atómica, es sólo el comienzo de un explosivo crecimiento del conocimiento humano acaecido en las pasadas tres décadas. Hoy, nos encontramos con la bomba biológica lista a estallar; el logro de la humanidad para controlar, manipular y dirigir su propio proceso reproductivo.

En todo ello, se halla involucrado un cambio en el concepto de la vida. Aunque, a través de la historia moderna, los científicos han gozado de un prestigio especial, hoy sin embargo, en las fronteras de la exploración médica están ocurriendo cosas casi inconcebibles y que provocan una profunda ansiedad entre los mismos científicos.

Así vemos:

1. En el estudio de la gestación, los científicos están ahora fertilizando embriones de origen humanos en tubos de ensayo e implantándolos en mujeres para producir la gestación.
2. Algunos están tratando de producir seres humanos vivos partiendo de células de un solo progenitor, para crear una forma de "nacimiento virginal".

3. Los llamados "Niños de laboratorio", a través de la inseminación artificial.

Hoy, de acuerdo con las autoridades médicas es posible hablar de lo siguiente:

- 1. La supresión del anonimato en la inseminación con donante y la comercialización del semen prometedor de características del padre.
- 2. Fertilización en vitro de embriones humanos, creados por donantes de ambos sexos y su implantación en el útero de una mujer, para la gestación de un ser vivo.
- 3. La fertilización de embriones que lleven los genes de cuatro a cinco personas. Es la llamada "Paternidad múltiple".
- 4. La partenogenesis que ha adquirido un nuevo nombre: Cloning.

Un clone es una explosión estelar genética: Un conjunto de células, todas descendientes de una sola, o de un sólo progenitor, en vez de las células femeninas y masculinas que caracterizan a las plantas y animales.

Cada miembro de un grupo clone, lleva exactamente la misma

composición genética, porque no hay mezcla a través del contacto sexual.

Ahora, se sabe que cada célula de un organismo vivo, vegetal o animal, contiene el código genético para la forma completamente terminada de su especie. Y este proceso de creación de la vida, se inicia si la célula puede ser activada para que comience a trabajar.

El punto de partida en el Cloning se produjo en 1960, cuando un fisiólogo celular, F.C. Steward de la Universidad de Cornell, anunció que había hecho crecer una zanahoria madura- con todas sus características de una célula de la raíz.

El clonaje humano es algo que pertenece a un futuro lejano y que todavía puede resultar imposible. Sin embargo, los científicos insisten en que, a menos que sean detenidos mediante disposiciones legales, se efectuará de clonaje humano.

Muy poco de nuestra tradición social, legal o moral, nos ha preparado para esta revolución biológica. Las respuestas que surgen, están casi completamente sin base, o sea, sin un sostén en los patrones tradicionales del pensamiento.

Uno de los hechos más tangibles y extraordinarios en el campo científico, lo constituye indudablemente el nacimiento

47

del primer "Hijo de tubo", en el hospital británico de Oldham, 25 de Julio de 1978.

El bebé de los esposos Brown, al contrario de lo que mucha gente creyó, no fué producto de una gestación a nivel de laboratorio mediante la utilización de temperatura ideal y por condiciones "normales" logradas en un útero artificial.

El bebé fué gestado en el útero de su verdadera madre; pero fecundado en el laboratorio, es decir, que la unión entre el óvulo y el espermatozoide y su consecuente formación en embrión, fué hecho en una probeta.

Este hecho, bien puede aceptarse como materialización de muchos sueños y esfuerzos del hombre que se remontan a las postrimerías de la edad media.

Las implicaciones de orden moral y ético que suscita el acontecimiento son muchas:

Los prelados anglicanos declaraban que: "La iglesia tiene el criterio de que un niño debe ser el producto de la unión amorosa entre el marido y esposa y es difícil admitir cualquier cambio en esta premisa".

Los prelados añadieron: que sería prematuro pronunciarse

categoricamente acerca de la moralidad de una técnica, cuyos métodos se desconocen todavía en detalle o de la ayuda que la ciencia puede prestar a la realización de un acto natural; pero patentizó sus serias reservas acerca de esos métodos y de sus posibles consecuencias en el futuro.

Los líderes religiosos musulmanes reaccionaron muy favorablemente ante el nacimiento del primer "bebé de probeta", señalando que el Islamismo es la "religión de adelantos científicos". El Jeque Hassaneim Makhoulouf, el gran mufti de Egipto, manifestó que el Islamismo no objeta, "siempre que el niño sea nacido de un hombre y una mujer que están legal y religiosamente casados, aún cuando no haya tenido lugar la unión sexual".

El Jeque Makhoulouf, expresó que tales intentos no son conocidos en la jurisprudencia islámica; pero es lógico y por lo tanto de acuerdo con la religión, que dado que el óvulo fué fertilizado por el esperma del marido, el hijo sea de ellos.

A su vez, el Jeque Abdel Maneim A-Nimr de la mezquita milenaria de Al Azhar, manifestó: "Dios creó una forma natural para preservar las especies humanas. Si surgen problemas y la ciencia puede resolverlos, entonces el islamismo no tratará de oponerse a tales esfuerzos. Todo es la creación de Dios, aún cuando el hombre interfiera a cierta altura para ayudar al proceso".

Como un "procedimiento inmoral, que conlleva gravísimos riesgos para la integridad física y psíquica de la persona humana engendrada en probeta", lo calificó Monseñor Pablo Correa León, presidente de la Comisión Doctrinaria de la Conferencia Episcopal de Colombia.

Quiso dejar muy en claro que el científico no fué el creador de ese ser y que, el experimento en nada desvirtúa el principio de que Dios es el autor de la vida.

Su opinión, condensada en cuatro puntos, en los cuales alude a los planteamientos que contra la fecundación artificial expresó el Papa Pío XII, dice:

1. No se trata de creación de la vida humana por un científico como algunos, equivocadamente, podrían entenderlo. El científico juntó los elementos generativos ya vivos, procedentes de dos seres humanos. Este experimento, por lo tanto, no desvirtúa el principio de que Dios es el autor de la vida.

2. El experimento científico se refiere únicamente al modo y lugar donde se efectuó la unión de los elementos generativos. El resto del proceso genético se obró en el medio natural, el útero materno, en el cual fué colocado y se desarrolló el óvulo fecundado.

3. La unión de los elementos generativos en laboratorio no es moralmente aceptable. Equivale a una fecundación artificial.

Por su parte el doctor Patrick Steptoe, autor del "milagro" dijo: "Simplemente hemos hecho lo que se hace en todas las ramas de la medicina, es decir, tratar de ayudar a la naturaleza... Nosotros no hemos estado preocupados más que en ayudar a una pareja infértil".

El tema de la legalidad y moralidad de la fecundación en probeta, tema de por si polémico, fué objeto de un análisis en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, sobre la base de un trabajo del catedrático en Derecho, doctor Guillermo Frugoni. El jurista no puede permanecer ciego, sordo o mudo, ante los avances de la ciencia y tiene la obligación de prever en cierta medida la incidencia que los nuevos descubrimientos, aplicaciones o experiencias puedan tener en el campo del derecho y de la ley, expresó el doctor Frugoni.

Según el doctor Frugoni, puede llegarse a un desarrollo íntegro del ser en gestación artificial, o sea, fuera de la madre y sin el concurso de ella utilizando un aparato creado al efecto para reemplazar el claustro materno.

Producida la separación del bebé de su madre artificial no

puede haber entre los así nacidos y los otros distinción alguna.

Afirma también: La relación paterno-final jurídica debe basarse en la paternidad y maternidad genética por descansar sobre un fundamento biológico, el ser fecundado "invitro" debe ser considerado como hijo de las personas de quienes provenga el gameto masculino y el óvulo; serán hijos matrimoniales si provienen de sustancia genital de personas casadas entre sí; caso contrario deberán considerarse extramatrimoniales. Desde un enfoque filosófico y moral, el doctor Guillermo Frugoni argumentó que las tentativas de fecundación "invitro" en seres humanos son moralmente ilícitas y la investigación científica no puede manejar al hombre como mero material biológico.

Aparte de las implicaciones de orden moral y ético que suscita éste acontecimiento, es un suceso trascendental de la ciencia de nuestro tiempo, e implica, una respuesta positiva al drama de las mujeres que no pueden concebir normalmente.

Puede decirse que la inseminación artificial, aún cuando no sea un medio natural, no está creando vida. Simplemente brinda una ayuda externa a dos seres que no pueden tener hijos, y a través de un proceso médico se logra el acercamiento de los gametos femenino y masculino.

## 2. INSEMINACION ARTIFICIAL

### 2.1. SU ENCUADRAMIENTO

El tema de la Inseminación Artificial por sí solo, da para muchos estudios, muchas páginas e incluso para toda la amplia controversia que ha causado desde que se puso sobre el tapete.

Sus implicaciones sociales, psicológicas, morales, jurídicas, económicas, son objeto desde hace varios años de un profundo y detallado análisis.

La inseminación artificial constituye un modificador de la estructura familiar porque pone a la disposición de la procreación humana un dinamismo nuevo; una nueva tecnología para el campo de la reproducción del hombre.

La inseminación artificial aparece no solamente como un hecho o un accidente exógeno del hombre, sino como el resultado de su comportamiento durante siglos.

Necesariamente este avance científico irreversible, como

posible solución al cúmulo de errores humanos, causantes mayoritariamente de su infertilidad, debe ser rodeada por el Derecho para evitar que los deseos fatuos, vanidad e irresponsabilidad de mentes obsecadas por la fama y el dinero lo conviertan en muleta de sus ambiciones y medicina generadora de una cascada de males sico-físicos.

Urge iniciar una ilustración recíproca entre nuestros científicos, sicólogos, teólogos, moralistas, sociólogos, juristas y legisladores para que podamos tener unas normas que impongan controles efectivos a los posibles desafueros que se cometan en este aspecto, y no esperar, para que sean ineficaces ante los intereses creados en las ganancias y prestigio resultantes de este encuentro con la naturaleza divina del ser humano.

## 2.2. CONCEPTO

### 2.2.1. Inseminación Artificial.

Es el proceso por medio del cual se introduce artificialmente, el semen masculino (con su carga de espermatozoides) en el útero femenino, en el momento del ciclo ideal para que haya fecundación. Existen tres tipos de inseminación artificial, la homóloga, o sea aquella en que el semen es producido por el cónyuge de la mujer a inseminarse y la heteróloga en la cual se utiliza semen de un donante.

Raymond Rambaur afirma que por medio del procedimiento de la heteroinseminación, el equilibrio de la familia se destruye y se reviven las épocas ya abolidas del matriarcado en las que el niño era producto de madres desconocidos. Esto se evitaría al aplicar a los hijos habidos mediante este procedimiento la figura jurídica de la adopción.

Esta técnica se utiliza cuando la causa de la infertilidad es un semen pobre, ya que es posible tomar el semen y con técnicas de laboratorio, mejora su calidad. Otra indicación es la presencia de moco cervical femenino que no permite la penetración del semen a la cavidad uterina, lo cual se corrige introduciendo artificialmente el semen dentro del cuello uterino. Y por último la indicación de la inseminación heteróloga es la ausencia de espermatozoides en capacidad de fecundar el óvulo femenino por lo cual se utiliza semen de alta calidad de un donante.

Un tercer tipo, se vale del Método Mixto, el cual aprovecha una pequeña cantidad de semen del cónyuge que se agrega a la de un donante. Este último sistema, se practica cuando el esposo tiene una severa oligospermia; pero no carece por completo del semen.

Realmente, la inseminación mixta, ofrece solo una posibilidad remota de que el semen del esposo fecunde el huevo, ya que el espécimen del donante tiene un número mayor de

espermatozoides activos; pero el procedimiento puede ser de gran ayuda psicológica para la pareja, anotan los médicos.

Momento preciso. El factor único de mayor importancia en las inseminaciones infructuosas ha sido el momento de la ovulación.

Los espermatozoides son viables unas 48 horas y el óvulo sólo, unas 12 horas y por esta razón la inseminación debe hacerse poco antes de la ovulación y no después de la misma.

2.3. FERTILIZACION "IN-VITRO".

Consiste en extraer el óvulo femenino, en el laboratorio fecundarlo con el esperma masculino y posteriormente implantarlo en el útero. Esto se logra de la siguiente manera: se estimula la ovulación con inductores ovulatorios (drogas, Citrato de Clomifem), con lo cual se consigue que el ovario produzca varios óvulos en lugar del único usual; se hospitaliza a la madre durante el período de ovulación y mediante laparoscopia se extraen los óvulos; estos se colocan en un plato de laboratorio (disco o plato de Petri) durante 4 a 8 horas, con sustancias nutrientes; se agrega entonces el esperma masculino, el cual se

ha obtenido mediante masturbación; se coloca el plato de Petri con su contenido en una incubadora y se produce la fertilización en las siguientes 24 horas. Cuando un óvulo ha sido fecundado y se encuentra en estado de 4-8 células se implanta en el útero, por vía vaginal.

Durante las dos semanas siguientes se espera los resultados de las pruebas de embarazo. El éxito es de alrededor del 20%, aumentando considerablemente si se implantan simultáneamente varios óvulos fecundados, aunque también aumenta la posibilidad de embarazos múltiples.

Su principal indicación es la obstrucción tubarica en mujeres con úteros normales; pero las aplicaciones son prácticamente ilimitadas.

Concepto personal, es el uso que hace el hombre de las cualidades que le dio Dios para tratar de solucionar científica y tecnológicamente la infertilidad progresiva que le amenaza, creada por sus emociones incontroladas e inmediatistas.

## 2.4. HISTORIA

### 2.4.1. Antecedentes Históricos

Cuando Dios creó al hombre dijo: "Procread y multiplicaos,

y henchid la tierra; sometedla y dominad sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo y sobre los ganados y sobre todo cuanto vive y se mueve sobre la tierra". Génesis 1-28.

El Código Canónico dice en el Canon 1055 al referirse al Matrimonio: "La alianza matrimonial, por la que el varon y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole".

Definición de Matrimonio según el Artículo 113 del Código Civil Colombiano: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Fue Felipe Theofrasto, mejor conocido como Paracelso, quien intentó de primero la fecundación artificial, bien entrado el siglo XVI. Para ello este gran revolucionario de la Medicina sembró entre estiércol caliente una mezcla de semen humano y sangre menstrual. A pesar de los resultados negativos. Paracelso tuvo seguidores. En el siglo XVII el alemán Van Helmont esperó generar ratones reuniendo en una vasija una camisa sucia, pedazos de queso y granos de trigo. Por su parte, el italiano Buonanni pregonaba haber descubierto cierta clase de madera que, sumergida en agua de mar, engendraba gusanos que producían mariposas, de las cua-

les salían pájaros. En verdad que estos ilusos sabios y sus procedimientos bien podrían figurar en alguna página de nuestro novelista inmortal Gabriel García Márquez.

#### 2.4.2. Teoría del "Ovismo"

Hacia 1667, el Florentino Nicolán Steno observó en el pez escualo que los testículos hembra producían los huevos que daban origen a los embriones. Desde entonces esos testículos femeninos comenzaron a llamarse "ovarios" y nace así la teoría del "ovismo". Regnero De Graaf cinco años después comprueba en la especie humana la teoría y afirma que la madre es la verdadera autora de los hijos. Es de esta manera como De Graaf pasa a la historia, pues el folículo, que es la formación del ovario que contiene el óvulo, se conoce desde esa época con su nombre. En 1677 el holandés Antonio de Leeuwenhoeck, descubre con el microscopio los espermatozoides, que creyó fueran larvas de hombres (animalculos), dando origen a la teoría "animalculista", la cual le asignaba al hombre el privilegio de ser el único aportante de materia prima en ese alumbramiento del que hablaba Platón.

Veinte años después Oscar Hetwig describe la Fecundación como el producto de la unión de una célula femenina, el óvulo o gameto hembra, con una célula masculina, el espermatozoide o gameto macho.

Para algunos escritores la inseminación artificial fue practicada por los árabes desde el año 1322. Pero en realidad no existen pruebas que así lo demuestren. Se dice que los árabes la realizaron por primera vez cuando fecundaron una yegua con semen de un hermoso caballo perteneciente a un jefe enemigo de su tribu.

En 1782 el monje italiano Lázaro Spallanzani realizó importantes experimentos en este campo especialmente con animales inferiores. Posteriormente amplió sus planes y logró éxito al inseminar una perra con semen de un macho de su misma especie. Este fue propiamente el comienzo de la inseminación artificial en las especies animales.

Su posición de religioso le impidió continuar con sus experimentos, sobre todo en la especie humana.

En Rusia se afirma que sus granjeros utilizaban y practicaban la inseminación artificial en especies animales desde 1889.

A. Jacobi realizó algunos experimentos pero no persistió en sus trabajos.

En un ensayo intitulado "La Fecundación Artificial en la Especie Humana", el doctor López Saiz afirma que MÜNTER, en una descripción que hizo de su viaje a España y Portu-

gal a fines del siglo XV, refiere en detalle el "modus operandi" como médicos españoles practicaron la inseminación artificial en doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV "El impotente", con esperma del monarca que afirman era acuoso y estéril.

El naturalista suizo Charles Bonnet, escribía así al sabio Spallanzani:

"No se aún si esto que acabais de descubrir no tendrá algún día, en la especie humana, aplicaciones con las cuales no soñamos y cuyas consecuencias no serán ligeras..."

Después de Spallanzani, en Norteamérica, el profesor HAEPE la practica en 1884 con muy buenos resultados.

En Rusia, el profesor de Medicina Veterinaria ELIA IWANOF de la Universidad de San Petersburgo, practicó la inseminación en yeguas, vacas, ovejas, en el año de 1909. Por la misma época realizaron trabajos similares HOFFMANN en Alemania; los italianos G.BRASSI y AMANTEA, así como el fisiólogo japonés ISIKAWA.

Algunos informes indican que el médico inglés JOHN HUNTER, en 1799, consiguió inseminar a una mujer, al aplicarle en la vagina el esperma de su esposo enfermo que sufría deformación de la uretra.

El Doctor MARIOM SIMS, en Norteamérica, perfeccionó el método y aplicó el esperma directamente en el útero. Era el año de 1886.

Otros ginecólogos que se ocuparon del nuevo procedimiento de fecundación, fueron el médico inglés SIR EVERETT MILLARS, el ruso LINDEMAN, los franceses GIRAULT y REPIQUET, así como LUTAUT y PAJOT. Un alumno de éste último PIQUANTÍN en su tesis de grado denominada "Contribución al estudio de la esterilidad" (Paris, 1873), se refirió a la inseminación artificial haciendo violentas críticas a su práctica.

DODERLEIN y ROHLER, practicaron la inseminación en mujeres con muy buenos resultados. Es precisamente ROHLER quien escribió, al decir de TH. VAN DE VELDE "La descripción monográfica más detallada de este método", intitulada "Monographie uber die Zeugung des Menschen". (Monografía de la procreación del ser humano).

En Francia también trabajó con éxito en sus experimentos el doctor SCHOROWA y en Estados Unidos el doctor GARY. En ALEMANIA se distinguió en sus investigaciones el doctor H.K. F. SCHULTZE.

En nuestro siglo la práctica de la inseminación artificial es el método más común para combatir la esterilidad parcial.



En 1941, los americanos SEYMOUR y KOERNER, apoyaron sus conclusiones en 1.580 casos.

Esto ha hecho decir a RAOUL PALMER que E. Andres, Director de la Clínica Ginecológica de Zurich, que, el número de mujeres artificialmente fecundadas en países angloamericanos ha experimentado durante los últimos años un incremento alarmante. De acuerdo con las agencias noticiosas, sólo en Estados Unidos, deben haber venido al mundo unos 80.000 niños artificiales, la cifra de fecundaciones con éxito se habría elevado de unas 15.000 a 20.000 por año, y el 80% de los ginecólogos norteamericanos habrían practicado la inseminación artificial.

En Francia se dan más o menos por este sistema unos 1.000 embarazos por año.

En Inglaterra cada año nacen 6.000 por inseminación artificial, siendo que el semen procede del marido sólo en un 10% a un 15% de los casos. Las estadísticas mencionadas son del año de 1950 en que se publicó el estudio del doctor Palmer.

Durante el pasado conflicto mundial, los soldados americanos separados de sus esposas por la guerra, enviaban a éstas el semen para que fuesen inseminadas y al regreso encontrar a sus hijos.

Siguiendo a M. IGLESIAS, podemos sintetizar la historia de la inseminación artificial de la siguiente manera:

Primera época: Desde la práctica de Paracelso y los árabes desde 1322 posiblemente, hasta los experimentos de Lázaro Spallanzani en 1780.

Segunda época: Desde Spallanzani hasta los experimentos de Elia Iwanof, Hoffman, Brassi, Amantea e Isikawa.

Tercera época: Desde la anterior hasta 1917 en que los rusos la aplican ampliamente en animales.

Cuarta época: Investigaciones realizadas por los demás experimentadores del mundo fuera de los rusos. Conservación del material seminal durante cierto tiempo fuera del organismo. Ya en esta época se estudia más a fondo el problema, se previenen los factores de consanguinidad masal, la selección rigurosamente dirigida y el transporte de semen conservado a largas distancias, empleando el diluyente de espermas, con fórmula de los científicos PAUL PHILLIPS (De Madison Wisconsin), y GLEAN SALISBURY (de Ithaca, N.Y.).

Quinta época: Desde la anterior hasta nuestros días, incluyendo la posibilidad de la partenogénesis en la especie humana y los experimentos que como el de DANIELLE PETRUCCI puedan continuar realizándose (1960 y 1961).

64

Sexta época: De 1978 en adelante en que los doctores Patrick Steptoe y Robert Edwards obtuvieron en Oldham Mumps (Inglaterra) el ciclo completo de fecundación extrauterina con el nacimiento de una niña.

En el reino animal se produce la partenogenesis en las abejas.

Se ha tratado de utilizar este sistema en el género humano. En la actualidad está solamente en vía de experimentación. "El método consiste en que mediante estímulos físicos o químicos se puede llegar a producir la segmentación del óvulo. Ha sido practicada con éxito en algunos mamíferos. Abanderada de esta nueva técnica con posibilidad de aplicarla al género humano, es la doctora SPURWAY de nacionalidad inglesa".

"De esta manera las mujeres no necesitarían la intervención del varón para tener hijos". Estaríamos observando una nueva faz del desconocido mundo en que vivimos.

## 2.5. CAUSAS DE INFERTILIDAD

Es causa de infertilidad cualquier proceso que obstruya o impida uno o varios de los pasos anteriormente descritos. Siendo la causa más importante la obstrucción de las trompas de falopio.

Aunque la esterilidad se considera patología de la pareja, las estadísticas más recientes nos indican que en un 60% es de origen femenino y 40% masculino. Los principales factores son:

FEMENINOS:

- Desnutrición
- Anemia
- Ansiedad (Strees)
- Agenesias o malformaciones congénitas
- Alteraciones hormonales
- Adherencias uterinas
- Obstrucción tubarica
- Tuberculosis genital
- Infecciones (Venereas)
- Otras (miomatosis, endometriosis...)

MASCULINAS:

- Fatiga
- Alcoholismo y tabaquismo
- Ansiedad (Stres)
- Impotencia
- Criptorquidia
- Agnesias y malformaciones congénitas

- Mala o baja producción testicular (Azoospermia)
- Alteraciones hormonales
- Infecciones (Venereas)

2.5.1. Por culpa de las tensiones a que nos somete la vida diaria, los hombres y mujeres civilizados estamos condenados a una creciente infertilidad. Un mecanismo regulador de la población bastante insospechado.

Según las conclusiones del Instituto Internacional de Estudios Sanitarios, el mundo occidental asiste a una disminución de la fertilidad masculina y femenina, debida a la creciente tensión de la vida moderna. La función reproductora se presenta como la más castigada por el fenómeno del estrés, dada la estrecha relación existente entre el cerebro y el sistema hormonal.

Este fenómeno ya ha sido sobradamente comprobado con los animales cuando alcanzan la superpoblación: el hacinamiento y la falta de alimento hacen estallar una angustia que provoca la esterilidad. En cuanto al hombre, este dato se había también demostrado en el caso de los presos y de los astronautas que pasan periodos aislados en una nave; en unos y otros se eleva considerablemente el índice de azoospermia, es decir, producción de espermatozoides inútiles para la reproducción.

Desde el punto de vista demográfico, esta disminución de la fertilidad en el mundo moderno se considera una de las manifestaciones de los mecanismos homeostáticos (reguladores del equilibrio) de la población. En los países desarrollados, el descenso de la tasa de mortalidad infantil y el aumento de la edad media de vida podría conducirnos a una explosión demográfica peligrosa para la misma especie. Pero la aparición del estrés, característico de la sociedad industrial, ha provocado un cambio en los parámetros fisiológicos del individuo. El estrés se presenta, así, como el origen de un nuevo proceso homeostático de control de la demografía. Pero ¿cómo influye el estado de tensión emocional en la capacidad reproductora?

#### 2.5.2. Trastornos Fisiológicos y Alteraciones Metabólicas

La activación prolongada de la corteza suprarrenal hace surgir una serie de trastornos, como las úlceras gastrointestinales, la regresión de los órganos timo-linfáticos (fundamentales en la defensa inmunitaria) y numerosas alteraciones metabólicas. Por este motivo, multiplican su actividad todas las funciones que participan directamente de la supervivencia y, como consecuencia, quedan en reposo aquellas que no intervienen en la supervivencia del organismo: las funciones del crecimiento y de la reproducción.

Posteriores trabajos realizados con hembras animales, maduras y sexualmente activas, confirmaron que se manifestaba una relación directa entre el incremento constante de la adrenalina y la reducción de crías por camada; aparecían también signos de desarrollo anormal en las crías nacidas, tanto en el crecimiento como en el comportamiento.

Nuevas investigaciones sobre el tema hicieron patente la intervención del cerebro en el proceso biológico de la situación de estrés. Se comprobó que este obedecía también a una respuesta neuro-endocrina. La ansiedad, el miedo, el hacinamiento, es decir, el estrés psicogénico, influye en varias hormonas de control hipotalámico; particularmente en la inhibición de la luteína. (LH), que favorece la implantación del embrión, y de la hormona folículo estimulante (FSH), que actúa así mismo sobre el ovario. Los estímulos agresivos impiden además la secreción de la hormona del crecimiento, regulada también por el hipotálamo.

Como ejemplo de la evidencia de la relación existente entre el estrés y los mecanismos neuro-endocrinos, se puede citar el aumento, estadísticamente confirmado, de la proporción de homosexuales entre los nacidos a lo largo de la Segunda Guerra Mundial. Desde el punto de vista médico, este fenómeno se explica por la ausencia de estímulo neonatal en el sustrato nervioso, debido a la inhibición de la maduración sexual del feto dentro de la madre. Alteración

causada evidentemente por el estrés.

### 2.5.3. El Estrés reduce la fertilidad

Resumiendo, el estrés incide negativamente sobre los factores liberadores de gonadotropinas, hormonas que estimulan las glándulas sexuales de los dos sexos, con lo que se aminora la actuación de estos factores sobre las gónadas (testículos y ovarios). Esto se traduce, logicamente, en una reducción de la fertilidad.

Pero ¿qué proceso siguen los mecanismos homeostáticos?. De forma muy sencilla. Una población en equilibrio, sea animal o humana, experimenta un incremento de la tasa de reproducción, de manera que crecerá hasta densidades peligrosas. La respuesta inmediata ante este riesgo es el descenso demográfico por medio de la elevación de la mortalidad natural y del decrecimiento de la natalidad.

El estrés que origina esta situación de amenaza hace aumentar la mortalidad, ya que el organismo sufre una estimulación de las adrenales. Este fenómeno conlleva hipertensión y una disminución de la resistencia a las enfermedades infecciosas y de la velocidad del crecimiento. La natalidad también se ve reducida por todos los mecanismos que ya hemos descrito.

Las alteraciones que produce la vida estresante no sólo afectan a la generación que las padece directamente, sino también a los hijos y a los nietos. Como hemos señalado, en los trabajos llevados a cabo con animales, las repercusiones se manifiestan en las crías, con pérdida de embriones y deficiencias de crecimiento y de la capacidad reproductiva; estos efectos se acentúan al mermar la función de la lactancia, lo que implica una insuficiencia alimentaria. Así mismo, los nietos sufren las consecuencias, ya que los abuelos transmiten congénitamente a la segunda generación sus características metabólicas.

#### 2.5.4. Mecanismos Automáticos de Regulación

Estudiando una población en equilibrio y a lo largo de un tiempo prolongado, constatamos una serie de fluctuaciones numéricas periódicas que oscilan alrededor de un valor medio. Esto sugiere la existencia de unos mecanismos de regulación, ya sean exógenos (cantidad de alimento disponible, muerte por causas no naturales ...) o endógenos (destrucción de la tasa de reproducción, mortalidad natural...). Se trata de un reflejo prácticamente automático.

En el estrés, ese automatismo se basa en la autorregulación del índice de reproducción, bien por el descenso de la velocidad de ovulación -debido al cambio de producción de hormonas-, bien por el aumento de abortos motivados por

la tensión. A ello hay que añadir el alza de las tasas de mortalidad natural.

Si repasamos la historia de la humanidad, se observa un aumento relativo de la población a partir del descubrimiento y control del fuego. Se trata de la primera etapa, en la que el hombre aprende a utilizar una energía externa. En la segunda, en el Neolítico, el paso de una sociedad cazadora-recolectora, muy equilibrada con el ecosistema, a otra agricultora-ganadera propició la posibilidad de regular los alimentos disponibles; esto conllevó un alza de los recursos alimenticios (energía) y, consiguientemente, un aumento de las tasas demográficas. La población mundial experimentó un crecimiento progresivo desconocido hasta entonces. Pero, durante unos 10.000 años, las guerras, las enfermedades y las inclemencias de la naturaleza mantenían en un equilibrio, más o menos estable.

La tercera etapa, que llega de la mano de la revolución industrial, se caracteriza, entre otras consideraciones socio-económicas, por el empleo masivo de energía exógena: los combustibles fósiles. El proceso se repite. A mayor energía disponible, mayor tasa de crecimiento. Sin embargo, paralela - mente estallaron dos grandes contiendas mundiales, que hicieron descender la población.

Hoy nos encontramos en la cuarta fase, la era atómica o nu-

clear. La ciencia y la técnica posibilitan el alza de la edad media de vida y el decrecimiento de la mortalidad. Recuperado el mundo de las secuelas de las dos guerras internacionales, a partir de la década de los 70 comienza a vislumbrarse una profunda crisis, cuyas raíces se hunden en las fuentes mismas de la energía (petróleo), y que a nivel social se traduce en inflación, carestía y desempleo. Esta sensación de inseguridad, unida al ritmo acelerado de la vida actual, al hacinamiento de los núcleos urbanos, etc. hacen surgir al estrés.

La crisis y el estrés se presentan como un nuevo mecanismo regulador, en este caso, de la población humana. Y también como un poderoso anticonceptivo. Ningún otro inventado hasta ahora ha sido capaz de ser transmitido de padres a hijos y a nietos.

2.6. ASPECTO MORAL *Moral*

Moral: Que no concierne al orden jurídico sino al fuero interno o al respeto humano.

Ciencia que trata del bien y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia.

La mayoría de los sistemas filosóficos sostienen que las

Leyes Morales son principios básicos que deben regir la conducta del ser humano.

La Moral Sobrenatural, objeto de la teología, señala a Dios como meta del obrar humano.

Para la Iglesia Católica la esencia de la Moralidad consiste en la conformidad de la conducta humana con la voluntad Divina.

Concepto: Los métodos extracorpóreos de inseminación, al ser detallada moral y jurídicamente regulados, conducen al bienestar de la humanidad, haciendo vibrar armónicamente la conducta humana con la voluntad Divina de procreación.

2.6.1. Posición de la Iglesia Católica:

La cuestión de la inseminación artificial, ha sido objeto de una respuesta del Santo Oficio que declaró ilícita la operación. En decisión del 24 de Marzo de 1897 interrogada la Sagrada Congregación en términos muy generales "An adhiberi possit artificialis mulieris fecundatio?" respondió simplemente "Non licere" ("Será permitido practicar la inseminación artificial en la mujer? no es lícito").

El Papa Pio XII se ocupó de la inseminación artificial bajo el aspecto moral en tres de sus discursos:

El Papa Pio XII se ocupó de la inseminación artificial bajo el aspecto moral en tres de sus discursos:

- Al IV Congreso internacional de médicos Católicos, en Septiembre 29 de 1949.
- Al Congreso de comadronas italianas Católicas, en Octubre 29 de 1951 y,
- Al II Congreso Mundial de Fertilidad y Esterilidad, en mayo 16 de 1956.

En su discurso con motivo del IV Congreso Internacional de Médicos Católicos dice "Hemos tenido ya, bastantes oportunidades de tratar buen número de puntos particulares relativos a la moral médica, pero he aquí que se plantea en primer plano, una cuestión que no reclama con menor urgencia la luz de la Doctrina Moral Católica: la de la fecundación artificial. No podemos dejar pasar la presente ocasión, sin indicar brevemente, a grandes rasgos, el juicio moral que se impone en materia".

1. La práctica de la fecundación artificial, en cuanto se trata del hombre, no puede ser considerada exclusiva - mente, ni aún principalmente desde el punto de vista biológico y médico, dejando de lado el de la moral y el derecho".

2. La fecundación artificial fuera del matrimonio, debe considerarse pura y simplemente como inmoral. Tal es el efecto de la ley natural y de la ley divina positiva de que la procreación de una nueva vida no pueda ser fruto sino del matrimonio".

3. La fecundación artificial en el matrimonio, pero producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral, y como tal, debe reprobarse sin apelación. Sólo los esposos tienen un derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una vida nueva, derecho exclusivo, imposible de ceder, inalienable. Y esto debe ser también por consideración al niño. A todo aquel que dé la vida a un pequeño ser, la naturaleza le impone en virtud misma de este lazo, la carga de su conservación y de la educación. Pero entre el esposo legítimo y el niño del elemento activo de un tercero -aunque el esposo hubiere consentido no existe ningún lazo de origen, ninguna ligadura moral y jurídica de procreación conyugal".

4. En cuanto a la ilicitud de la fecundación artificial, bástenos por el instante recordar estos principios de derecho natural; el simple hecho de que el resultado al cual se aspira se obtenga por este camino, no justifica el empleo del medio mismo. Sería falso pensar que la posibilidad de recurrir a este medio podría vol-

ver válido el matrimonio entre personas ineptas o contraerlo por el hecho del "Impedimentum impotente".

Del discurso anterior se pueden sacar las siguientes conclusiones en cuanto a la posición de la Iglesia Católica:

1. Cada vez que se trate de inseminación artificial, no se puede enfocar el problema separando el aspecto puramente moral y el propiamente artificial o material. La inseminación, como todo problema relacionado con el derecho, debe tratarse en su integridad y conjuntamente, sin poder prescindir en ningún momento del aspecto moral, base para solucionar sus problemas justa y equitativamente.
2. El fin no justifica los medios: La inseminación artificial no es lícita para obtener los hijos.
3. El poder obtener hijos, por medio de la inseminación artificial, no exime del impedimentum impotente".

Por su parte, el doctor Bernardo Gaitán Mahecha nos dice: "Frente a la posición de la iglesia cabe anotar que, ante una situación de hecho, no podría la ley civil sustraerse a la consideración ulterior de la protección de la familia, aunque ella haya sido fruto de algo no consentido por la

moral, porque otros bienes están implicados en la protección, reclamada también por el derecho natural".

## 2.7. ASPECTO JURIDICO

### 2.7.1. Posición legislativa

En la mayoría de los países, ni la validez legal ni las incidencias jurídicas de la inseminación artificial han sido objeto de una legislación oficial.

Hoy podemos decir que en muchos países como Gran Bretaña, Alemania, Portugal, ciertos Estados de los Estados Unidos y entre nosotros, se supone que la criatura nacida durante el matrimonio de sus padres es legítimo. (Artículo 1591 Código Civil República Federal de Alemania; Artículo 1799 Código Penal Portugués; Artículo 214 Código Civil Colombiano).

Otros estados de los Estados Unidos como Arizona y Oregón han abolido la ilegitimidad (Arizona Rev. Stat, Ann Section 14-206 1956; Oregón Rev. Stat, Section 109.060 1963).

En Australia la criatura usualmente es miembro del hogar que forman el esposo y la esposa, se le considera hijo del matrimonio. En Italia, el esposo es el padre de todos los

hijos nacidos durante ese matrimonio. (Artículo 231 del Código Civil Italiano).

No obstante las pocas referencias legales a la inseminación artificial encontramos que según el Código Civil del Estado de California, sección 7005 y Código penal sección 270; el Oklahoma Stat. Ann Title 10, sección 551-553, el Código Penal Danés artículo 201: 1-El Código Penal Portugués, artículo 1799 y el Código Civil Suizo artículo 25603, estatuyen que el esposo no puede negar su paternidad cuando ha dado el consentimiento para la hetero-inseminación de su esposa.

Dada la importancia de una legislación en este aspecto, es alentador observar que el comité para la ley de legitimidad uniforme (comitee on inform legitimacy act) de los Estados Unidos, ha preparado una disposición en el sentido de que si el esposo ha dado el consentimiento para la inseminación artificial, la criatura es legítima.

Por otro lado, el Consejo de Europa ha preparado un proyecto de resolución sobre la inseminación artificial que provee que: "Antes de proceder a la inseminación, se requiere el consentimiento expreso del donante del esperma, de la mujer, y si es casada del esposo".

También encontramos el New York City Healthcode que en su

artículo 21-03-05, contiene un procedimiento cuidadosa - mente especificado por la ley para la selección de donan - tes para casos de inseminación.

Así:

1. Al donante de líquido seminal se le hará un análisis se - rológico para sífilis y un frotis y cultivo para gono - rrea, una semana antes de que se tome la muestra del lí - quido seminal; e inmediatamente antes se le someterá a un exámen médico completo".

2. Al donante y a la recipiente del líquido seminal se les hará un análisis de sangre para establecer sus respec - tivos factores Rh, antes de intentar la inseminación ar - tificial y tales análisis serán realizados por un labo - ratorio y clasificados por hematología, incluyendo gru - po sanguíneo y factor Rh. Si el recipiente tiene factor Rh negativo, sólo podrá recibir líquido seminal de un donante que también tenga Rh negativo".

"No se aceptará como donante de líquido seminal para la inseminación artificial a la persona que tenga una en - fermedad venérea, tuberculosis, brucelosis o cualquier enfermedad o defecto congénito".

3. Del sitio donde se realicen inseminaciones artificiales,

el médico que la efectúa debe llevar un record conteniendo:

- a- nombre del médico
- b- nombre y dirección del donante
- c- nombre y dirección del recipiente
- d- Resultados del exámen físico y serológico, incluyendo los test para el factor Rh
- e- día de la inseminación artificial

Estos records deben ser considerados confidenciales y no pueden ser abiertos por persona alguna, salvo por el comisionario de Salud o por un representante autorizado del Departamento de Salud. Dichas personas sin embargo no pueden divulgar la identidad de las personas allí incluídas excepto en el caso de que la ley así lo disponga.

El encontrarnos nosotros sin una específica referencia legal al problema de la inseminación artificial, como procedimiento terapéutico que es, nos distancia aún más de esa realidad social sobre la cual debe legislarse. Vemos que están en juego una serie de bienes como la protección y seguridad de los niños nacidos a través de este sistema; bienes que deben ser protegidos y garantizados por el Estado, protección reclamada por el derecho natural, no obstante que en el sentir de muchos, dichas criaturas sean fruto de algo no consentido por la moral.

Raymond Rambaur, en su obra ya citada dice: "La evolución de las costumbres ha trastornado las barreras jurídicas establecidas por las generaciones precedentes en cuanto esas disciplinas no corresponden a las nuevas aspiraciones. Cuando una antinomia se declara y se agrava entre las instituciones y la realidad que ellas domina, se dá lugar a la revisión de las disposiciones textuales que sean inactuales, puesto que dentro de la competencia de los sistemas jurídicos y sociales, la última palabra corresponde a la sociedad, puesto que el Derecho no es más que un reflejo de ésta".

Y el profesor Savatier citado por Rambaur nos dice por su parte: "Decir que el jurista debe ser realista, no es solamente invitar a que se tengan en cuenta las realidades espirituales, que indivisiblemente vinculadas a las realidades biológicas, deben dominarlas. Es también obligar a no desconocer esas realidades biológicas, tal como los laboratorios las han descubierto actualmente".

"Para alejar las soluciones exageradas que se desprenden de las disposiciones vigentes..., lo que importa es que en el menor plazo posible el legislador ponga fin a la hipocresía de enmascararse detrás de la fórmula arcaicas". "El Código se basa en conceptos sociales obsoletos. Pero si los pensantes admiten que la célula familiar todavía se mantiene y que el concepto de contrato no es ni mucho me-

82

nos caduco, por lo menos en las relaciones personales entre marido y mujer, no es posible dejar que por más tiempo las consecuencias jurídicas de la inseminación artificial socaven éstos fundamentos.

Mejor sería canalizar esta innovación biológica, darle dentro de nuestro código civil la parte que le merece como hecho social, en vez de dejar que mañana pase por encima de todas las estructuras".

"Puesto que es a los juristas a quienes corresponde salvaguardar los derechos de la persona humana para oponerse a la mística latente de la biología".

Hoy día cabe considerar que las técnicas de la inseminación artificial han puesto fuera de uso algunas normas relativas a la filiación.

El postulado sobre el cual se basa la reglamentación de la materia es el de que todo nacimiento es fruto del contacto físico entre padre y madre. Con las nuevas técnicas de inseminación artificial esto no es ya absoluto ni exclusivo.

Así como ya no puede decirse que todo nacimiento es necesariamente fruto del contacto físico entre hombre y mujer, también ha llegado a ser caduco lo estipulado en el artículo 214 inciso 2o. del código civil, cuando dice: "El marido con todo podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba

que durante todo el tiempo en que según el artículo 92 pudiera presumirse la concepción estuvo en la absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer".

Evidentemente un marido ya no puede repudiar al hijo concebido cuando se encuentre lejos de la madre, puesto que la inseminación artificial hace posible la "Telegenésis" o paternidad a distancia. Igualmente el alejamiento del hombre en el momento de la concepción, no podrá ser ya considerado como prueba concluyente contra la investigación de la paternidad natural.

Tratándose de inseminación artificial con donante, o inseminación heteróloga, el problema es aún más grave; el subsumir el hecho tras la protección jurídica de la presunción de paternidad, es hacer dicha presunción demasiado extensiva y con unos fines que desbordan su alcance original. El efecto es el de introducir e integrar en la familia, un hijo biológicamente extraño al padre, cometiéndose un fraude a la ley y a la sociedad.

Muchos son pues los interrogantes y problemas que surgen con la aparición de este nuevo proceso reproductivo. Interrogantes no sólo de orden legal sino también religioso y ético.

Así:

¿Su atipicidad no hace mayor el distanciamiento entre las normas jurídicas y la realidad social?

El ayudar a una mujer normal a ser madre sin la participación del marido es defendible desde el punto de vista ético? ¿Qué pasa si media el consentimiento del marido?

Debemos considerar la inseminación artificial como un procedimiento terapéutico. Si esto es cierto, podemos legislar sobre ello?

Qué tipo de responsabilidad tiene el médico que practica la inseminación artificial, por las enfermedades congénitas del niño producto de la inseminación artificial?

El médico que practica la hetero-inseminación artificial en una mujer y también atiende su parto, al expedir el certificado de nacimiento en el que acredita que el niño es hijo de un padre (padre legal) está cometiendo ilícito penal?

Debe considerarse la inseminación artificial sin consentimiento del marido como adulterio?

Cual sería el tratamiento legal para las inseminaciones

artificiales realizadas a través de bancos de semen, con espermatozoides dejados por hombres para ser utilizados después de sus muertes para fertilizar a sus viudas?

Se debe dar a conocer el nombre del dador?

El consentimiento dado para la inseminación artificial puede modificar el estado civil de una persona?

Y así se podrían continuar haciendo muchos más interrogantes.

"Están pues los países en la obligación de legislar no sólo al unísono de la ciencia, sino adelantándose a la misma que marcha a pasos agigantados hacia el porvenir, descubriendo cada día nuevas cosas, que asombran a la humanidad. Es indudable que se impone la necesidad de que los científicos, propicien la conciencia en los pueblos, de que deben legislar sobre todas estas situaciones nuevas, para evitar el desajuste de la sociedad con la ciencia".

3. PRINCIPALES INCIDENCIAS EN LA  
LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA

Todo matrimonio produce efectos en relación con las personas de los cónyuges, sus bienes o respecto de sus hijos.

Es decir:

1. Efectos personales entre los cónyuges u obligaciones recíprocas que contraen los esposos.
2. Efectos personales entre padres e hijos. Es decir considerado bajo el aspecto de sus consecuencias desde el punto de vista de la filiación.
3. Efectos patrimoniales, o sea el régimen jurídico a que quedan sujetos sus bienes.

Es indiscutible que la inseminación artificial trae diferentes implicaciones en el campo de ciertos efectos personales entre los cónyuges; y en cuanto a las instituciones jurídicas dentro de las cuales se desenvuelven las relaciones paterno-filiales, vale decir el parentesco y la filiación.

3.1. EN CUANTO A LOS EFECTOS PERSONALES ENTRE LOS CONYUGES:

"El artículo 113 del Código Civil nos define el matrimonio "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Dada la definición de matrimonio se deducen los derechos y obligaciones que produce. Dichos derechos y obligaciones constituyen pues sus efectos y se reglamentan con el fin de realizar determinados fines, entre los cuales los principales serían la transmisión de la vida, o sea la procreación de nuevos seres, la cual requiere el Estado que se realice en lo posible dentro del matrimonio, y la transmisión de la cultura a través de la obligación de los padres de educar a los hijos, educación que les brindará los primeros instrumentos para enfrentarse a la vida.

El matrimonio crea entre los cónyuges un conjunto de derechos y obligaciones cuyo objeto es la observación de normas de conducta necesarias para realizar las finalidades del matrimonio. Los derechos y obligaciones más esenciales son:

- La fidelidad
- La cohabitación

- El socorro
- La ayuda

Otros tradistas, como el doctor Arturo Valencia Zea añaden "el mutuo respeto". Así, según el doctor Valencia aunque el artículo 176 del código civil no lo contempla, dicha obligación se deduce de la causal 3o. del artículo 154 del mismo Código, que autoriza el divorcio en razón de los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si se hace imposible la paz y el sosiego doméstico, o peligra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges.

Miremos la cohabitación y la fidelidad por su especial importancia en relación con nuestro estudio...

### 3.1.1. La cohabitación

El diccionario razonado de legislación y jurisprudencia la define como: "Cohabitación, esta palabra es relativa y significa:

- " 1. El Estado de dos o más personas que viven juntas en una misma casa"
- " 2. La morada común del marido y de la mujer, y en éste sentido se exige la cohabitación de los casados para ciertos efectos civiles del matrimonio"
- " 3. La consumación del matrimonio, lo cual hace que este

contrato no pueda ya disolverse sino por la muerte"

" 4. La vida maridable que hacen los amancebados"

La llamada "Convivencia" el "deber de hacer vida en común" o más comunmente la "Cohabitación", es el primero de los efectos que produce el matrimonio y aparece previsto en la misma definición de matrimonio consagrada en el artículo 113 de nuestro Código Civil, según el cual los cónyuges están obligados a vivir juntos.

A pesar de las enormes modificaciones operadas en el desenvolvimiento y estructura de la vida familiar que exigían una evolución de los criterios jurídicos, la legislación permaneció intacta. De esta forma, hasta el año de 1974 subsistió la potestad marital sobre la persona de la esposa, quien como tal debía por mandato de la ley someterse a su marido. La reforma del Decreto 2820/74 modificó sustancialmente la manera como se debe cumplir la obligación de la cohabitación. Por el artículo 11 del mencionado decreto se impone a los cónyuges la obligación de vivir juntos; sin embargo esta obligación cesa cuando exista causa que lo justifique. Por su parte, el artículo 12 del decreto faculta al marido y a la mujer para que de común acuerdo escojan la residencia de su hogar (derecho hasta entonces reservado al marido), y en caso de desacuerdo, corresponde al juez fijar la residencia.

El artículo 11 del decreto consagra en su final que cada uno de los cónyuges puede ser recibido en la casa del otro; logicamente ello se aplica al caso en que el juez autorice residencia separada, pero sin divorcio o separación de cuerpos.

Hoy debe mirarse la cohabitación como finalidad y obligación recíprocas contempladas en la misma definición del matrimonio, de cuyas implicaciones jurídicas no se pueden exonerar los cónyuges sino por la decisión judicial. La cohabitación implica un derecho y una obligación recíprocas, por el cual los esposos se otorgan mutuamente el derecho a la posesión sexual de sus cuerpos. Derechos que se realizan en un plano de igualdad y dentro de ciertas condiciones que se deben mutuamente marido y mujer.

3.1.1.2. Cambios que trae la inseminación artificial.

Los procedimientos de inseminación artificial obligan a ampliar de modo extraordinario:

1. El concepto de cohabitación o relación sexual.
2. El concepto de procreación, pues se tiende a abandonar la idea de que la concepción sólo era posible por el contacto directo y personal entre hombre y mujer.
3. En condiciones extremas, la inseminación puede hacer innecesaria la comunidad de habitación e inútil el ho-

gar como ambiente indispensable para la procreación, crianza y educación de los hijos.

Vemos que la procreación, fin principalísimo del matrimonio, ha sido el resultado de la cohabitación la cual a su vez supone una comunidad de vida.

El R.P. Vicente Andrade nos dirá "La procreadora del hombre en sí misma un carácter esencialmente bilateral que significa una reciprocidad inmediata y personal. Así lo demuestra la naturaleza misma de la función procreadora, la cual se manifiesta en las disposiciones biológicas y psicológicas que la conforman".

Sin embargo, la inseminación artificial parece prever cambios en el concepto de procreación. Procreación fundamentada en una comunidad de vida, estable como en el matrimonio y en el concubinato o transitoria como en ciertas uniones libres, pero fundada siempre en una comunidad que hace posible las relaciones sexuales entre cónyuges o concubinos y que conduce a dicha procreación.

De esta forma podría hacerse innecesaria la comunidad de vida y el hogar, como ambiente no sólo indispensable sino ideales para la procreación y crianza de la prole.

Savatier decía que este hecho (la inseminación artificial)

no solo implica tremendo golpe a la familia, sino la destrucción de ciertos derechos o situaciones fundadas en las buenas costumbres y que constituyen las coordenadas fundamentales de la actual organización familiar. De esta suerte el ser madre se convertiría en una simple función biológica.

Esto podría llegar a ser cierto en un futuro tal vez no lejano, y es por ello por lo que hemos considerado la inseminación artificial como un modificador de la estructura familiar; modificante en el sentido de ofrecer nuevas posibilidades de reproducción humana y dar origen a nuevas formas de relación hombre-mujer y de parentesco.

Pero evidentemente esto sería en condiciones extremas, por cuanto el alcance que le hemos dado a la inseminación artificial, es el de ser un recurso terapéutico para el caso de matrimonios estériles que desean lograr hijos. En este sentido pues, hemos hablado de fertilización terapéutica matrimonial.

De otra parte, los procedimientos de inseminación artificial han obligado a ampliar de modo extraordinario el antiguo concepto de cohabitación o relación sexual, abandonando la idea de que la concepción sólo era posible por el contacto directo y personal entre hombre y mujer. En la inseminación artificial no se requiere:

- Contacto sexual: o sea relación sexual o coito entre hombre y mujer. Aún cuando es con el elemento del hombre (semen) con el que se logra la procreación, su órgano trasmisor ya no es indispensable.
  
- La procreación no es ya consecuencia obligada y necesaria de la cohabitación.

Frente a esto parece necesario abandonar el sentido literal de las expresiones mirando más bien el sentido esencial del problema de la procreación, que en el fondo no es sino una autoría, sin que revista importancia el modo como se realiza: si mediante cohabitación o mediante inseminación, pues lo verdaderamente importante es la exigencia de esa autoría, que en el caso de la maternidad se determina de modo directo, y en la paternidad, por lo menos hasta ahora, se presume.

### 3.1.2. La fidelidad

Los cónyuges, dice el artículo 176 del Código Civil, están obligados a guardarse fé, en lo cual consiste el deber de fidelidad.

De esta forma, toda mujer al casarse promete formalmente al marido, y el marido a la mujer, no sólo el derecho a tener relaciones sexuales, sino de manera especial el de

no permitir las a ningún otro hombre o mujer.

Dicha obligación es la máxima que cada cónyuge contrae al casarse. "La violación de este deber -dice Jossierand- consiste principalmente pero exclusivamente en el adulterio".

La más moderna doctrina de los civilistas distingue al lado de la fidelidad material una fidelidad moral que consiste en que cada cónyuge debe compenetrarse con el otro no solo sexualmente sino espiritual y socialmente. De esta forma, puede hablarse de infidelidad sin adulterio.

La pregunta es: En caso de una inseminación heteróloga no consentida por el marido, puede hablarse de adulterio?

Definiendo el adulterio: del latín adulterium "Ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados".

O como,

"El acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra persona; o el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima, o una casada con otro hombre que no sea su marido"; existen diversas opiniones al respecto que se pueden sintetizar en dos direcciones:

1. Quienes consideran que la heteroinseminación no consentida por el marido cabe dentro de la figura del adulterio.

2. Quienes consideran que no cabe.

3.1.2.1.

Heteroinseminación no consentida y adulterio:

1. El doctor Bernardo Gaitán Mahecha en su artículo citado, dice que se estaría dentro de un adulterio ingenerere.

Si bien el concepto de adulterio tradicionalmente ha sido vinculado solamente a la relación sexual con un extraño, jurídicamente en presencia de la posibilidad de la inseminación artificial debe ser referida también al fin de la procreación y no solamente a la fidelidad conyugal.

2. Raymond Rambaur autor citado, considera el adulterio como la violación de la fé conyugal cometida con una persona distinta del cónyuge. De allí que el elemento predominante en el adulterio sea la violación de la fe conyugal: el acto de adulterio en sí mismo, aunque afecta el orden social interesado en mantener la fidelidad conyugal, es un hecho que atenta ante todo contra el cónyuge ultrajado. Esa fe jurada se viola solamente cuando dicha violación resulta de la conjunción natural de los sexos.

Pero una solución de este tipo data de la época de la redacción del Código (código civil francés), es decir de una época en la que la inseminación artificial no existía por lo cual esta solución se encuentra hoy día como obsoleta.

De ahí que según Rambaur, la práctica de un método que ha revolucionado el estado de la sexualidad en vigencia desde tiempo inmemorial, autoriza a que se lleve a cabo una revisión de la noción carnal de adulterio.

De tal forma que la unión de los sexos en sí misma, no es requisito indispensable para que se cometa adulterio. La transferencia íntima hacia el otro, no de los órganos sino de esa emanación sustancial y viva, el esperma, constituye una condición necesaria y suficiente para que se cometa adulterio.

### 3.1.2.2. Heteroinseminación no consentida, diferente del adulterio.

El doctor Roberto Suárez F. en su tesis de grado "La Filiación" nos dice que el derecho canónico al entender el adulterio como "el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer, siendo uno de los dos o ambos casados, para que se configure dicha figura se requiere que se reúnan los siguientes requisitos".

"1. Verdadero: para lo cual es necesario que uno de los esposos al menos esté validamente casados".

"2. Consumado por el coito carnal".

"3. Formal: esto es, que ambos adúlteros conozcan que cometen adulterio y que atentan contra la santidad de un matrimonio determinado".

Quien ejecuta la inseminación artificial, según los anteriores principios no comete adulterio porque el segundo requisito, indispensable para la conformación de éste, no se ha realizado.

Por lo tanto, concluye el doctor Suárez, la inseminación artificial no es adulterio, sino una nueva figura dentro del derecho, que participando de dos elementos del adulterio carece del tercero básico para la configuración de éste; el contacto carnal de los cuerpos.

En mi opinión la heteroinseminación no consentida por el marido no constituye adulterio, puesto que la relación sexual exige el contacto personal llegando en el adulterio hasta la cópula. La simple inseminación presupone una operación médica que descarta la relación sexual.

De esta manera no se encuentran los elementos constituti-

98

vos que clasicamente configuran la figura del adulterio. Cabe sin embargo la posibilidad de considerársele como causal del divorcio.

En este órden de ideas, vemos que el inciso 1o. del artículo 4o. de la ley 1a. de 1976 establece:

"Son causas de divorcio".

"Las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado".

"Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges cualquiera que sea su forma o eficacia".

Por el sistema del Código Civil, se colocaba en diferentes plano la infidelidad del hombre y la de la mujer, pues la causal se circunscribía con exclusividad al adulterio de la mujer, y se la complementaba con la causal subsiguiente "el amancebamiento del marido".

De esta forma, las relaciones sexuales extramatrimoniales del marido con diferentes mujeres que no tuvieran el carácter de estables y permanentes no alcanzaban el estado de amancebamiento. Fué suprimida esta desigualdad por el ar-

título 4o. del decreto 2820/74, que establece que para efectos de los dos primeros ordinales del artículo 154 del Código Civil. "Las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges serán causa del divorcio" Posteriormente el artículo 154 del Código Civil fué sustituido totalmente por el actual artículo 4o. de la ley 1a./76 el cual siguiendo el derrotero del decreto 2820/74, igualó la infidelidad de la mujer a la del hombre.

En cuanto al alcance jurídico de la causal, el doctor Roberto Suarez nos hace un recuento del proyecto de ley primeramente presentado a las cámaras. En él esta causan contemplaba varias situaciones: se exponía:

"Son causas de divorcio":

"1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma o eficacia".

"2. La no consumación del matrimonio".

"3. El homosexualismo o el hermafroditismo de cualquiera de los cónyuges.

100

"4. La inseminación artificial, salvo que la mujer pruebe que lo hizo con autorización del marido o con semen de éste".

Sin embargo, el criterio del gobierno al redactar el proyecto de ley 58 de 1975, en el campo de las causales de divorcio fué el de reducir su número en comparación a las contempladas en el proyecto anterior, el cual no había sido aprobado por el Congreso. Así, el nuevo proyecto presentó solamente una causal con respecto a este campo.

La causal primera, dice la exposición de motivos del proyecto. "Simplifica las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges; se comprenden allí tanto el adulterio y el homosexualismo, como la actividad sexual anormal que, sin constituir adulterio, produce la repugnancia hacia el débito conyugal al ser conocida por el otro esposo".

La referencia que se hacía a la inseminación artificial, en el primer proyecto de ley presentado a las cámaras, modificado luego por el proyecto de ley 58 de 1975 es importante por ser una primera referencia legal a la figura de la inseminación artificial. Sin embargo en mi opinión fué correcta su supresión dentro del alcance de la causal como relación sexual extramatrimonial, pues como ya se dijo, la relación sexual exige contacto personal mientras que la

101

inseminación artificial por ser una operación de índole médica en ningún momento constituye una relación sexual.

Ello no obsta sin embargo para que exista la posibilidad de intentar el divorcio para el caso de la heteroinseminación no consentida, a través de otra causal distinta a la de relaciones sexuales extramatrimoniales.

Esto porque la heteroinseminación no consentida por el marido es una forma de infidelidad de orden moral que constituye ultraje o injuria grave contra el honor del cónyuge, colocándonos dentro de la causal 3a. del artículo 154 de Código Civil.

De esta forma, creo que la heteroinseminación no consentida como acto de infidelidad que no alcanza a constituir una relación sexual extramatrimonial, queda comprendida dentro de los actos que constituyen la causal 3a. del artículo 154 del Código Civil. "Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra; si con ellos peligran la salud, la integridad corporal o la vida de alguno de los cónyuges, o de sus descendientes o se hacen imposible la paz y el sosiego doméstico".

Todo ultraje o injuria implican una violación a los deberes mutuos de respeto y afecto. Es en dicha figura don-

de cabe el caso de la heteroinseminación no consentida por el marido.

3.2. EN CUANTO A LAS INSTITUCIONES JURIDICAS DENTRO DE LAS CUALES SE DESENVUELVEN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES. VALE DECIR EL PARENTESCO Y LA FILIACION:

3.2.1. El parentesco

La familia dá origen al parentesco, pues este lo forman las vinculaciones o lazos existentes entre los miembros de ella. Etimológicamente la palabra pariente se deriva del latín pater, parentis, que significa padre o madre.

En Roma el parentesco tenía dos modalidades: La agnación y la cognación. Agnación era el vínculo jurídico que unía a los parientes por línea masculina, es decir a todas las personas que se encontraban bajo la potestad de un mismo paterfamilias o que se encontrarían si ésta no hubiera fallecido. Cognación era el vínculo de sangre que unía a las personas descendientes de un tronco común y tanto podría darse en la línea masculina como en la femenina".

El parentesco puede definirse como la relación que existe entre las dos personas que integran la familia, y puede ser de tres clases:

- Cuando el parentesco descansa en los vínculos de sangre se llama parentesco de consanguinidad. De esta forma será el vínculo jurídico establecido por la naturaleza, o relación de sangre, entre dos personas que descienden una de la otra o ambas de un tronco común.
- Cuando se establece entre cada cónyuge y los parientes del otro cónyuge, se denomina parentesco de afinidad.
- Parentesco civil o legal que es una ficción legal por la cual se crea una relación entre adoptante y adoptado o entre éstos y sus consanguíneos, semejante al parentesco de consanguinidad.

Así pues las fuentes del parentesco pueden tener origen natural expresado en los vínculos de sangre a lo que ha de agregarse un elemento jurídico, cuya importancia puede ser de tal entidad que constituye la única fuente del parentesco.

Cuando solo existe el vínculo de sangre y falta el elemento jurídico el parentesco es simplemente ilegítimo. En los términos del código. "La consanguinidad ilegítima es aquella en que una o mas de las generaciones de que resulta no han sido autorizados por la ley; como entre dos primos hermanos hijos legítimos de dos hermanos uno de los cuales ha sido hijo ilegítimo del abuelo común". (Artículo 39 Código Civil).

Mejora la condición jurídica de este parentesco cuando se le incorpora el elemento jurídico, el acto de reconocimiento voluntario o forzado que convierte al hijo simplemente ilegítimo en hijo natural (extramatrimonial).

Si el acto jurídico incorporado a la relación sanguínea o biológica es de mayor importancia, como la tiene el matrimonio, y la relación biológica se produce dentro de él, el parentesco por consanguinidad es legítimo. El Código Civil lo define en su artículo 38 como "aquel en que todas las generaciones de que resulta, han sido autorizadas por la ley; como el que existe entre dos primos hermanos, que han sido también hijos legítimos del abuelo común".

La afinidad se presenta como la otra alternativa del parentesco. Se la puede definir como el vínculo creado por el matrimonio, entre el cónyuge y los parientes del otro. Ella es el resultado de la comunicación del matrimonio; nace de él y no puede originarse sino de él. No corre por las venas del cónyuge y los parientes del otro la misma sangre. Por eso no es por consanguinidad; el vínculo de sangre es unilateral, existe entre uno de los cónyuges y sus parientes y no entre éstos y el otro cónyuge. Si existe el elemento jurídico del matrimonio y la consanguinidad de los parientes con uno de los cónyuges es legítima, el parentesco por afinidad será legítimo. Faltando dicho elemento jurídico, sea la consanguinidad ilegítima, la re-

105

lación de afinidad será ilegítima. Según el Código Civil, su artículo 47 nos dice "afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer", y en su artículo 48 "afinidad ilegítima la que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra".

Por último, existe una categoría de parentesco puramente jurídico, llamado también artificial, por la falta de relación biológica o sanguínea. Es el parentesco civil y el Código lo define como "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 las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas". (artículo 50 Código Civil).

Con las vigencias de la ley 5a. de 1975, surgió una nueva concepción del parentesco Civil o Legal. Según el artículo 279 Código Civil, "la adopción plena establece relaciones de parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de éste. La adopción simple sólo establece parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de éste".

El parentesco es reglamentado por la ley Civil para determinar entre otros:

- a. La extensión del concepto de familia: hasta el sexto grado.
- b. Los efectos que la ley le atribuye, entre los que caben destacarse:
  - 1. La protección de los incapaces mediante la institución de la patria potestad o autoridad compartida.
  - 2. Las guardas, o falta de ellas, a que son llamados los parientes en grado más próximos.
  - 3. El derecho de alimentos.
  - 4. La vocación hereditaria.
  - 5. Los impedimentos matrimoniales.
  - 6. La prohibición de tener acceso carnal.

3.2.1.1. La inseminación artificial y el parentesco.

El vínculo natural o biológico existente entre el donante y el hijo, producto de la práctica de la inseminación artificial, produce con respecto al parentesco distintos efectos, lo que marca su importancia dentro del ordenamiento jurídico.

Creemos que la inseminación artificial crea parentesco de consanguinidad con el dador. Crea parentesco de afinidad en

107

tre el padre legal y el hijo producto de inseminación heteróloga; elimina el parentesco de afinidad entre el dador y los consanguíneos de la esposa o concubina (esto último en opinión del doctor Roberto Suárez F.)

#### Parentesco de consanguinidad

Entre el procreado por inseminación artificial y el DADOR existe una relación de consanguinidad. De esta forma:

- A. Si el DADOR es el MARIDO DE LA ESPOSA inseminada artificialmente; entre éste y el hijo así procreado existirá parentesco de consanguinidad en primer grado en línea recta.
- B. Si el DADOR es un DONANTE o 3o.: entre éste y el hijo producto de dicha práctica existirá, al igual que en el caso anterior, parentesco de consanguinidad.

En la heteroinseminación, el padre putativo (marido de la esposa) y el hijo estarán vinculados por un parentesco de afinidad en línea recta en primer grado, por razón de ser consanguíneo de la esposa.

El doctor Roberto Suárez F., afirma que en el caso de una inseminación homóloga, debido a la falta de conocimiento carnal no existirá parentesco de afinidad entre dador y

consanguíneos de su esposa o concubina, ni parentesco de afinidad entre los consanguíneos de la esposa o concubina y el dador. No comparto esta opinión por cuanto la afinidad tiene una doble fuente: las relaciones sexuales por su parte deben revestir condiciones de notoriedad y estabilidad. E. doctor Suárez lo afirma, en su obra ya citada: "Un sólo acto sexual no es suficiente para dar origen al parentesco de afinidad entre quien ha conocido carnalmente a una persona y los consanguíneos de otra; es menester que las relaciones sexuales revistan condiciones de notoriedad y estabilidad".

De ahí que frente a una inseminación homóloga tenemos que:

1. Ella no excluye una de las fuentes legales del parentesco de afinidad, o sea las relaciones sexuales. La práctica de una inseminación homóloga debe mirarse como un recurso terapéutico de infertilidad que no implica la inexistencia de relaciones sexuales normales.
2. Por su parte, los procedimientos de inseminación artificial han obligado a ampliar de modo extraordinario el concepto de relación sexual o cohabitación, haciendo necesario abandonar el sentido literal de la expresión por el sentido esencial de la procreación, que en el fondo no es sino una autoría, sin que revista importancia el modo como se realiza.

3.2.1.2. Impedimento para contraer matrimonio:

El impedimento para contraer matrimonio constituye uno de los efectos del parentesco.

Los impedimentos matrimoniales son situaciones dentro de las cuales no es permitido legalmente celebrar el matrimonio. Dentro de estos impedimentos figura el parentesco en grado prohibido.

El Código trae este impedimento tanto en el parentesco de consanguinidad como en el de afinidad y en el Civil.

a. Entre consanguíneos: el impedimento para contraer matrimonio se extiende a todos los parientes que se hallen en línea recta, pero solamente a los hermanos en la línea colateral; y se refiere tanto al parentesco legítimo como al ilegítimo, pues las razones son las mismas en uno y otro caso. Según Planiol y Ripert dos son los motivos que fundan este impedimento: uno fisiológico de protección a la prole y un motivo moral, pues las personas que viven cerca entre sí y bajo el mismo techo no deben pensar en el matrimonio.

El artículo 140 inciso 9o. Código Civil consagra dicho impedimento cuando dice "El matrimonio es nulo y sin efectos en los casos siguientes".

110

"9o. Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes, o son hermanos".

- b. En el parentesco civil se prohíbe el matrimonio entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el adoptivo y la madre adoptante o la mujer que fue esposa del adoptante. Sin embargo e ilógicamente, no se prohíbe el matrimonio entre la hija adoptiva y el que fue marido de la adoptante. Artículo 140 numeral 11 Código Civil. Para el caso de la adopción plena, y no obstante afirmar el Código en su artículo 278 que el adoptivo deja de pertenecer a su familia de sangre, como ficción que es, no podía llevarse al punto de hacer desaparecer los lazos de sangre o jurídicos creados por dicha adopción, por las razones morales y biológicas en que se fundan los impedimentos dirimentales emanados de la filiación anterior.

Dice el artículo 278 Código Civil" por la adopción plena el adoptivo cesa de pertenecer a su familia de sangre, bajo reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9o. del artículo 140"...

- c. Entre afines: existe la prohibición de contraer matrimonio entre los que se hallen en el primer grado de línea recta de afinidad legítima.

El Código de Derecho Canónico establece en el canon 1077 "La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado, en línea colateral hasta el 2o. grado inclusive".

Si se acepta que en caso de una inseminación entre el dador y los consanguíneos de su esposa o concubina no existe parentesco de afinidad; o a la inversa, no existe parentesco de afinidad entre los consanguíneos del dador y su cónyuge o concubina debido a la falta de conocimiento carnal, se concluirá que tampoco existiría entre ellos impedimento matrimonial, pudiendo llegar a casarse validamente entre sí:

3.2.1.3. Prohibición de tener acceso carnal entre personas que tengan parentesco de consanguinidad en primer grado por línea directa; entre consanguíneos en segundo grado lineal colateral y entre parientes afines en línea recta.

El acceso carnal entre las personas mencionadas es considerado penalmente como delito de incesto; según el artículo 357 del Código Penal, anterior, y artículo 259 del Código actual. Reza el artículo 259: "El que realice acceso carnal u otro acto erótico sexual con un descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años".



112

Al igual que con el caso anterior, tampoco caería en ésta prohibición el dador y los consanguíneos de su esposa o concubina, por la inexistencia de parentesco de afinidad, cuando ha existido un procedimiento de inseminación artificial.

En la inseminación heteróloga por su lado, al mantener el anonimato del donante o dador por razones que responden a una concepción profunda del sentimiento familiar, podría darse la posibilidad aunque remota de relaciones carnales entre personas con vínculos de sangre que se ignoran. Y sin embargo, la identidad biológica que crea un parentesco de consanguinidad entre donante o dador e hijo permanecerá siempre, por ser una realidad biológica.

Esto nos lleva a considerar como, aún cuando casi todas las sociedades humanas definen el incesto y lo prohíben, ni su definición ni las prohibiciones son iguales en todas las culturas.

Por otra parte, al no ser el hecho conocido realmente, la legislación y el rechazo o apoyo social no tendría ningún peso. El conocimiento de los hechos es el que motiva a legislar y a impugnar conductas.

En consecuencia, no tendría ninguna relevancia el que sucediese la cópula padre-hija, cuando desde el punto de vista cultural nunca ha sido así calificada.

113

La represión del incesto presupone factores conocidos; cuando el anonimato prevalece no presenta el obstáculo, salvo que genéticamente hubiera un rechazo o aversión innata a la cópula.

Lo anterior una vez más demuestra que el Derecho como regulación cultural que es, es sujeto de ser cambiado y modificado por las nuevas conductas que el hombre sanciona, cuando éstas son conocidas, no obstante que el uso continuado trae la aquiescencia o rechazo, por tener finalmente un fundamento biológico-genético.

### 3.3. LA FILIACION

3.3.1. La aparición del sistema de inseminación artificial implica una evolución en los problemas de paternidad.

3.3.1.1. En cuanto a la presunción de paternidad.

El concepto de padre ha evolucionado históricamente ; los pueblos primitivos no relacionaron dicho concepto con su aspecto biológico; por una parte porque ignoraban el papel del hombre en la fecundación y por otra parte pues las formas mismas de familia eran pocas propicias para establecer en forma rigurosa dicho concepto.

Así, la paternidad dependía más del acto de voluntad que

114

del hecho biológico.

Son los juristas romanos los primeros en vincular la paternidad al hecho biológico, independizándolo de la potestad que se tuviera sobre la mujer; o de la declaración de aceptarlo como hijo.

Por lo tanto, la paternidad no depende ya de una potestad del marido sobre la mujer o de una declaración de voluntad aceptándolo como hijo, sino que es un hecho biológico que se presume de la cohabitación del marido con la mujer.

De acuerdo con el Artículo 213 del Código Civil, "El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es legítimo" y el inciso lo. del Artículo 214 Código Civil "El hijo que nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido". De esta forma, la determinación de la paternidad legítima tiene como fundamento una presunción, a diferencia de la maternidad, la cual es susceptible de prueba directa.

Presunción pues se parte de un hecho no comprobable por los sentidos.

"En efecto sostiene la Corte -el parto dice que la mujer es la madre, pero no dice jamás con la misma evidencia quien es el padre. Débese ello a que la paternidad no la determi-

na el nacimiento, sino un hecho anterior, o sea la concepción.

"Esto implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de tal cohabitación".

"En esto consiste la paternidad. Cuando se dice que un hombre es el padre de tal hijo, lo que se está imputando es una cohabitación con la madre que produjo la concepción".

Dos son las presunciones que los legisladores y juristas han ideado para determinar la paternidad legítima:

Primera presunción: se dirige a establecer la época o tiempo en que se verificó la concepción (Artículo 92 Código Civil). Partiendo del hecho cierto del parto, se presume el tiempo durante el cual pudo concebirse al ser humano: una fecha que debe distar del nacimiento no menos de 180 días ni más de 300. Por lo tanto, el tiempo durante el cual pudo ser concebido es de 120 días.

Segunda presunción: Durante el tiempo de 120 días la madre necesariamente tuvo que cohabitar con un hombre. Para saber quién es, nos valemos de otra presunción, diciendo que dicho hombre fué el marido. Presunción ésta basada en el deber de fidelidad que la ley impone a las mujeres casa-

das por virtud de la cual sólo pueden cohabitar con sus maridos. De esta forma se presume la fidelidad de la mujer al marido, al igual que la cohabitación del marido con la mujer.

La inseminación artificial implica un procedimiento de laboratorio. Por consiguiente:

1. Puede determinarse de una forma más o menos exacta el momento de la concepción. Determinación que obedece al hecho según el cual los espermatozoides al ser viables unas 48 horas y el óvulo solo 12 horas hace necesario que la inseminación se realice poco antes de la ovulación para que tenga éxito; es decir que se realice la concepción.
2. En esa concepción así realizada puede determinarse la relación entre los agentes que en ella intervienen: la esposa y el marido o donante.

De esta manera, y sin perjuicio de los métodos tradicionales de procreación y de la necesidad de basarse la paternidad en una presunción, se comienzan a dar los primeros pasos en cuanto a las posibilidades de lograr determinar por medio de pruebas biológicas la paternidad. Así es posible que todo este sistema de presunciones y suposiciones desaparezca, tornándose la determinación de la paternidad en ele-

mento de fácil demostración.

Sin embargo, por el momento solo podemos afirmar que en el caso de inseminación, la paternidad se convierte, al igual que la maternidad, en un hecho susceptible de prueba directa, sin necesidad de recurrir a una presunción.

Sistema que se colocaría al lado de los métodos tradicionales, de procreación para los cuales, y por lo menos hasta hoy, subsiste el sistema de presunción para determinar la paternidad.

### 3.3.2. Filiación resultante según la inseminación efectuada.

"La filiación es la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra. O dicho en otros términos: es la relación que existe entre el padre y el hijo".

"La filiación es un estado jurídico que la ley asigna a una determinada persona, deducida de la relación natural de la procreación que la liga con la otra".

De esta relación existente entre padres e hijos, la posición jurídica que surge constituye un estado que fija las relaciones de parentesco de dicho hijo con sus padres y con

los parientes de éstos.

Ese estado será más complejo en la filiación legítima que en la natural, puesto que en la primera, aquellos vínculos son más estrechos que en la segunda.

La filiación, según la naturaleza de la relación que le dá origen, es legítima o natural.

3.3.2.1. Inseminación Homóloga:

Es aquella que se realiza con semen del marido.

3.3.2.1.1. Durante el matrimonio:

Hijo legítimo propiamente dicho, es el concebido dentro del matrimonio de sus padres. Artículos 213 y 214 Código Civil.

"El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo".

"El hijo que nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido. El marido con todo podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante el tiempo en que según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

Igualmente, son legítimos los hijos póstumos, pues fueron concebidos durante el matrimonio de sus padres. Artículos 232 y 233 Código Civil.

"Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto.

"La denuncia deberá hacerse dentro de los 30 días subsiguientes a su conocimiento de la muerte del marido, pero podrá justificarse o disculparse el retardo, como en el caso del artículo 224 inciso 3o."

"La madre tendrá derecho para que los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto; y aunque el hijo no nazca vivo, o resulte no haber habido preñez, no será obligada a restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fe pretendiéndose embarazada o que el hijo es ilegítimo".

No se consideran legítimos:

- 1- Los hijos de la mujer casada, cuando han sido concebidos durante el divorcio o la separación legal de cuerpos, a menos que comprobase que durante ellos hubo reconcilia-

ción privada entre los cónyuges o que el marido, por actos positivos, lo reconoció como suyo. (Artículo 3o. Ord. lo. de la ley 75/68).

2. Judicialmente, cuando el marido desconoce al hijo oportunamente, la mujer acepta este desconocimiento y el juez lo aprueba con conocimiento de causa e intervención personal del hijo si fuere capaz, o de su representante legal, en caso de incapacidad y, además del defensor de menores, si fuere menor. (Artículo 3o. ord.2o. Ley 75/68).

3. Cuando por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no lo es del marido (Artículo 3o. ord. Ley 75/68).

Hijo Natural es hoy el concebido de padres que al momento de su concepción no estaban casados entre sí, cualquiera que fuese su estado civil o la relación entre ellos o con otras personas o su calidad religiosa; respecto a la madre, directamente, con la sola prueba del parto, demostrable con el acta, folio o partida de nacimiento, cuya pureza y autenticidad se presumen (Artículo 103 Decreto 1260 de 1970) o por otros medios, e indirectamente por reconocimiento espontáneo o provocado (Artículo 1o. de la Ley 75 de 1968) o por vía de declaración judicial (Artículo 1o. y 8o. de la ley 45/36 y 7o. de la Ley 75/68).

En cuanto se refiere al padre, siempre y cuando que éste lo

121

haya reconocido como hijo suyo o haya sido declarado tal por sentencia en firme (Artículo 1o. de la Ley 45/36 y lo. y 6o. de la Ley 75/68).

En este primer caso: Inseminación homóloga en mujer casada no presenta problemas, por cuanto el niño fruto de esa inseminación se considera legítimo.

Dada la definición de hijo legítimo como "el hijo concebido durante el matrimonio de sus padres". Art. 213 C. Civil; y el Artículo 214 inciso lo.: "el hijo que nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido".

Así pues, la concepción del hijo dentro del matrimonio determina su legitimidad.

La inseminación homóloga queda incluida dentro de una consecuencia jurídica semejante a la procreación natural. Por lo tanto, es hijo legítimo el dado a luz por una mujer casada, si bien, inseminada con semen extraído de los órganos del marido.

3.3.2.1.2 Disuelto el Matrimonio:

- En vida (nulidad, dispensa, divorcio)
- Por muerte del padre

Disolución del vínculo por muerte del padre:

Es indiscutible que muchos problemas podrían presentarse por falta de un pronunciamiento legal respecto de los bancos de Semen.

Dentro de ellos merece especial atención el caso Casalli, ocurrido en Gran Bretaña en 1977, Kim Casali dió a luz en 1977; lo que hizo excepcional el hecho fué que el niño nació a los 16 meses de haber muerto su padre. Su marido, Roberto Casalli fue sentenciado a morir, víctima de un cáncer incurable. Hizo entonces un depósito de esperma en un Banco dedicado a dicho fin, y su mujer fue fecundada siete meses después de su muerte.

La posibilidad de prolongación del tejido germinal del hombre a través de su congelación en Bancos especializados, hace factible hechos como el anteriormente citado, presentando grandes dificultades jurídicas, especialmente en cuanto a la determinación de la filiación entre el niño así nacido y su padre premuerto.

Cuál sería la filiación en este caso?

3.3.2.1.2.1. Filiación natural:

En el caso Casalli no se dá uno de los requisitos para que

se configure la legitimidad del hijo, cual es la concepción dentro del matrimonio.

El Artículo 92 del Código Civil consagra una presunción de derecho, criticada hoy por inexacta e inactual: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: se presume de derecho que la concepción ha procedido al nacimiento no menos de 180 días cabales y no más de 300, contados hacia atrás, y desde la media noche en que comienza el día del nacimiento."

No estamos dentro del caso de hijos nacidos después de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio ni tampoco de los nacidos antes de expirar los 300 días después de la disolución del vínculo por muerte o declaración judicial. Tampoco estamos en presencia de un hijo póstumo, el cual se considera legítimo legalmente.

Se concluye necesariamente, que formalmente no puede decirse que encaje en la categoría de hijo legítimo, pues la situación no concuerda con las condiciones que la ley exige para determinar la filiación legítima. De esta forma, su situación será la de hijo natural.

Respecto de la filiación natural, y según el Artículo 10. de la Ley 45/36:

- La calidad de hijo natural se tendrá respecto de la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento.
- Respecto del padre, el hijo natural sólo puede probar la paternidad, mediante un reconocimiento expreso del padre, o mediante sentencia judicial. De esta forma, y a diferencia de la filiación legítima, que resulta inequívocamente indivisible con respecto al padre y a la madre, en la filiación natural por ser individual, existe separadamente en relación con el padre y con la madre.

En el caso Casalli, podría el padre reconocer a ese hijo como natural? La Ley 75/68 en su artículo 2o. dice: "El reconocimiento de la paternidad podrá hacerse antes del nacimiento, por los medios que contemplan los ordinales 2o., 3o., y 4o., del artículo 1o. de esta ley".

Este reconocimiento puede hacerse y la Ley así lo declara. Pero tiene como base obvia la existencia de una concepción, encontrándose en gestación la criatura. En el caso Casalli, ni siquiera había concepción al morir el padre; podría entonces hablarse de un reconocimiento antes de la concepción?. Tal vez nó, pues al dador no puede constarle que la inseminación se va a efectuar.

Por declaración judicial: el artículo 6o. de la Ley 75/68

nos dá las causales de presunción de paternidad natural.

La norma citada dice:

"Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente:

1. En el caso de raptó o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción"
2. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad o promesa de matrimonio".
3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad".
4. En caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el Artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción".
5. Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad. Siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del Artículo anterior".

6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo".

De las anteriores causales vemos que el caso Casalli no encaja en ellas: es imposible hablar de raptó, violencia u estupro. Tampoco de relaciones sexuales, pues la inseminación no es una relación sexual, aún cuando sí es un hecho sexual biológicamente.

Aún forzando la norma, en el sentido de acudir a la analogía, haciendo referencia a que las relaciones sexuales no sean idóneas en sí mismas sino en razón de la inseminación, no se da el supuesto necesario que exige la norma, y es que las relaciones sexuales se efectúan dentro de la época en que según el Artículo 92 del Código Civil haya tenido lugar la concepción. Tampoco puede hablarse de trato ni posesión notoria. En cuanto a la causal 3a. "Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad", aunque en el fondo equivale a un reconocimiento voluntario, se trata de una confesión extrajudicial que debe someterse al trámite del juicio pertinente, para que el juez verifique su autenticidad. En el caso Casalli no puede hablarse de confesión, puesto que ésta exige la constancia de la ocurrencia de hecho. Art. 195.

Como aceptación: no depende del padre. Equivaldría a acep-

127

tar la paternidad en forma indefinida. Así lo confesado sería aleatorio, no pidiéndose confesar un hecho futuro.

Si por el contrario, la calidad de hijo natural se tiene respecto de la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento, la solución que más se amolda a lo estatuido legalmente sería que el niño fruto de inseminación homóloga después de la muerte de su padre sería hijo natural de la madre.

El niño mantendrá su situación de hijo natural de la madre, no pudiendo definirse la paternidad natural.

#### 3.3.2.1.2.2. Filiación legítima:

El no poderse definir ni siquiera la paternidad natural de ese niño, fruto de inseminación homóloga de su padre pre - muerto, dá origen a una serie de injusticias, porque se merman y aún cercenan los derechos del niño, especialmente en el campo sucesorio. Derechos que el padre biológico posiblemente no pretendió desconocer.

Aunque la ley dice que es necesario existir para tener capacidad hereditaria, a los concebidos y no nacidos se les presume con existencia y si nacen vivos entran a heredar. Sus derechos están bajo condición suspensiva.

Esta regla viene desde el derecho romano y está erigida en provecho de los no nacidos pero sí concebidos. Se aplica igualmente al hijo póstumo. Sin embargo, estas normas no cobijarían al niño en referencia, puesto que a la muerte del causante no ha sido concebido y lógicamente no es póstumo tampoco.

Es interesante anotar que aún cuando el Código Civil habla de la necesidad de existir en el momento de abrir la sucesión, es válida la asignación para personas futuras: personas inciertas que no existen en el momento de abrirse la sucesión pero que pueden llegar a existir (Artículo 1.019 Código Civil). Este caso solo operaría en las sucesiones testadas, o sea aquellas que se abren con base en un testamento que ha otorgado el causante y que refleja su voluntad! Se exige una condición, cual es que llegue a tener existencia dentro de los 30<sup>2</sup> años subsiguientes a la apertura de la sucesión. Mientras la persona futura llega a existir, la asignación corresponde a los demás <sup>herederos</sup> rederos del testador, con carácter de fideicomiso, porque deben restituir al heredero, de llegarse a cumplir la condición (que nazca vivo). Si la persona futura no llega a existir los fiduciarios consolidarán en sus cabezas la propiedad de esos bienes.

3.3.2.2. Inseminación Heteróloga:

Es aquella que se realiza con semen de un donante.

3.3.2.2.1. Con consentimiento del Marido:

En la inseminación heteróloga, el padre no es padre biológico, pero, el individuo nacido en estas condiciones queda amparado por la presunción de paternidad; Artículo 214 Código Civil: establece la presunción de paternidad "el hijo que nace después de expirados 180 días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él y tiene por padre al marido. El marido con todo podrá no reconocer al hijo como suyo si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Artículo 92 pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer".

El marido con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que según el Artículo 92, del Código Civil, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer. Este artículo que está en relación con el artículo 6o. de la ley 95 de 1980, dá derecho al padre para impugnar al hijo que nacido durante la vigencia del matrimonio, está en esas circunstancias. Ahora bien, si vamos a adoptar el caso de la inseminación artificial a este evento, no correspondería demostrar al marido impugnante "que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer" sino simplemente que él no autorizó tal inseminación para que se lograra la concepción en los términos del Inc. 2o. del Art. 214. Si prospera la acción de

130

impugnación el hijo debe ser declarado NATURAL DE LA MADRE Y AFIN EN PRIMER GRADO DEL MARIDO DE LA MADRE, por cuanto los consanguíneos de la madre son afines de su marido. Esta pretensión de impugnación le compete al marido, pero se podría pensar que lo hiciera el hijo, en cualquier tiempo, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el padre expresó su desacuerdo con la inseminación artificial (art. 3o. Ley 75/68) y para probarlo le bastaría sólo demostrar la no aceptación del padre y la inseminación a través de la certificación del banco correspondiente.

Debe tener aquí también aplicación el Art. 217 del Código Civil en concordancia con el Art. 5o. de la Ley 95 de 1980 y el Art. 218, en cuanto que la acción de impugnación debe intentarla el marido, so pena de CADUCIDAD, dentro de los sesenta días siguientes a su conocimiento del parto, que se presume inmediato si reside en el lugar donde ocurrió éste, a menos de probarse que hubo ocultamiento del mismo, o a partir de su retorno a la residencia de la mujer, con igual salvedad en el caso de ocultación. Muerto el marido sin haber reconocido como "suyo" en el sentido de haber dado su consentimiento a la inseminación, y antes de vencido el término que le conceden las leyes para el desconocimiento o la impugnación, sus herederos y en general toda persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual, tendrán esta acción (Art. 219 CC.)

También para lograr la acción de impugnación por personas diferentes del marido, a las cuales se les causará perjuicio alguno, en términos señalados en ellos, podrían aplicarse los Arts. 220 a 224, pero ellos deberían encuadrarse al hecho de la inseminación artificial, por cuanto allí se plantean circunstancias que no tendrían aplicación en este evento.

Pascual Sernes, en el anuario de derecho civil ante la codificación civil francesa, la comisión de reforma del Código Civil Francés, tuvo en cuenta la inseminación artificial de esta suerte: "El esposo puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio, si prueba que durante el tiempo de la concepción estaba, ya por causa de alejamiento, sea por motivo medicamente establecido de manera cierta, en la imposibilidad de procrear".

"Pero no es admisible este desconocimiento si se estableciese, por cualquier medio de prueba, que el hijo ha sido concebido por inseminación artificial, bien por maniobra del marido, bien de la de un tercero con consentimiento escrito del esposo".

El equivalente en nuestro Código Civil es el Artículo 214; sin embargo no se contempla la última posibilidad.

En efecto, la legislación actual presenta una serie de la-

gunas.

En la Gran Bretaña, y aconsejado por la "Unión de Defensa Médica", existe una forma de consentimiento escrito, en presencia de un testigo, el cual contiene los siguientes puntos:

1. Que la pareja autoriza la inseminación artificial de la esposa por vías del semen de un donante.
2. Que el nacimiento de ese niño, no va a originar reclamos de ninguna persona, por títulos, estados, intereses o fondos. Ellos deben asentir y tener conocimiento de que se puede correr el riesgo de transmitir alguna enfermedad o anomalía no prevista.

Observando el punto dos de la cita, podríamos establecer que el marido debe renunciar a la posibilidad de desconocer a ese hijo, en aras de defender a una criatura inocente que nació por una voluntad consciente de sus padres. Este es el fondo moral del problema. Sin embargo, debe existir una fuerza vinculante que provenga de la autoridad estatal, para que como norma imperativa, oblique a responder por esa paternidad. Es decir, que en dichos eventos no quepa la utilización del artículo 214 del Código Civil, mediante la obligatoriedad que presuponga la firma del con-

sentimiento de ambos cónyuges, en un documento pre-establecido, que contenga dicha manifestación, clara, expresa e irrevocable.

Pese a la anterior propuesta, el pensar de muchos juristas puede ser, el de que se debe huir cuanto sea posible de las reformas parciales del Código Civil, por estar llenas de inconvenientes o por no haber todavía suficiente elaboración doctrinal.

Sin embargo el hecho es uno: En el presente existen en Colombia niños concebidos de esa forma, a punto de nacer, y con una responsabilidad en sus efectos no atribuible únicamente al médico. Es importante que los padres sean conscientes de su deseo y debe entonces el Estado como organismo activo y vinculante, obligar a que sus miembros tengan responsabilidad frente a sus actos de voluntad.

La inseminación artificial desvirtúa las acciones de impugnación de la paternidad fundadas en la imposibilidad de tener acceso a la mujer.

La presunción de la paternidad no es absoluta, sino relativa, es decir puede destruirse.

Ello debido a que, a pesar de la Ley presumir la obligación

de fidelidad, la experiencia demuestra que existen mujeres infieles.

Hoy, puede incluirse la técnica de inseminación artificial, como causal de orden fisiológico para impugnar la paternidad legítima.

Para destruir la presunción de paternidad legítima se debe probar:

- 1. Que durante el tiempo en que se presume la concepción, el marido no tuvo relaciones sexuales con la mujer.
- 2. Que durante el mismo tiempo la mujer tuvo relaciones sexuales con otro hombre.

Estas pruebas son diferentes: La primera es de orden negativo y en sí envuelve a la segunda. Si se prueba que no hubo cohabitación con el marido, se deduce que tuvo que haberla con otros hombres, pues toda concepción implica cohabitación.

La segunda prueba es de orden positivo y de inferior valor: las relaciones sexuales con otros hombres destruyen la presunción de fidelidad; pero no la de paternidad legítima.

Naturaleza de la primera prueba.

Enunciada por el inciso 2o. del Artículo 214 Código Civil:  
"El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo que, según el artículo 92 pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad de tener acceso con su mujer.

Debe entenderse por absoluta imposibilidad la prueba de tal naturaleza que produzca certeza plena de la no cohabitación.

3.3.2.2.2. Sin consentimiento del marido.

Aceptando como causal del divorcio la inseminación artificial heteróloga sin consentimiento del marido, en el evento en que la mujer estuviere embarazada por esta razón, y prosperando el juicio pertinente declarando el divorcio, el niño nacido quedaría sin protección legal, ya que nacería de madre divorciada y de padre desconocido.

Cabría aquí plantearse la posibilidad de que el dador del semen semen fu-se conocido para que asumiera en su totalidad los deberes y obligaciones de la paternidad durante el juicio de divorcio entablado por esta causal, se debería conocer al padre biológico, a través del archivo que debe llevar el médico y algún tipo de sistematización para tal efecto. Como el padre biológico debe saber para qué fines es utilizado su semen (inseminación heteróloga sin consentimiento del marido) se conocería su paternidad.

Los institutos que en adelante operen en el país para inseminación artificial deben llevar un archivo, donde se guarde la relación de los dadores, para este caso; y que pudiese poder ser dado a conocer el nombre de los participantes y su relación.

3.3.2.3. Derechos y obligaciones entre padres e hijos.

Para la inseminación homóloga está dada la relación Padre, Madre-hijo. Esta filiación, como relación jurídica que es, da origen a la autoridad, institución de la cual se derivan los derechos y obligaciones de carácter personal entre padres e hijos. Dichas obligaciones tienen su fuente, a diferencia de los contratos, en la ley. En este tipo de obligaciones nacidas entre padres e hijos, no media una voluntad libre; la ley en estos casos viene a suplir esa voluntad para volverse impositiva. El Estado viene a ocuparse en establecer los efectos.

La Ley preveía regulaciones entre padres e hijos más bien fundamentándose en la posibilidad de que los respectivos cónyuges pudieran ser progenitores; cuando no podían serlo, la ley previó la figura de la adopción. Hasta hoy, la ley no ha visto sobre la posibilidad del nacimiento de un ser humano por inseminación artificial.

Con la inseminación homóloga, el hijo es producto del se-

men de su padre. En la inseminación heteróloga, el padre legal no es el padre biológico, pero el individuo nacido en estas condiciones queda amparado por la presunción de paternidad. Su filiación será legítima, con todos sus derechos y obligaciones, salvo que sea impugnada por su padre legal, o él mismo intente una acción de reclamación de Estado.

El Decreto 2820 de 1974 derogó todas las disposiciones que impedían el pleno ejercicio de todos los derechos de la madre en la familia, estableciendo un sistema por el cual, los dos, padres y madre, ejercen conjunta e íntegramente los derechos y obligaciones con respecto a la persona y bienes de los hijos.

En cuanto a los derechos de carácter patrimonial y su representación, el Decreto 2820 de 1974, sustituyó el concepto de patria potestad por el de autoridad compartida y conjunta de los padres. Este último es más acorde con el espíritu del decreto 2820, cuya expedición tuvo como objeto esencial eliminar en la legislación todo concepto de poder de un solo de los padres. Sin embargo, como este concepto se halla aún tanto en el Código como en las leyes vigentes y hasta en el Decreto 2820, la reforma debería complementarse, eliminando dicho término en todas las disposiciones que lo contienen, a fin de sustituirlo por el de autoridad

compartida de los padres, con el objeto de que haya coherencia lógica entre la ley y su espíritu. La autoridad conjunta de los padres comprende los derechos de representación, usufructo y manejo de los bienes de sus hijos, y tiene como fin primordial suplir su incapacidad. Aquellos están facultados para ejercer los derechos de ésta autoridad, ya se trate de hijos legítimos o naturales.

Como consecuencia, la inseminación homóloga y la heteróloga en la que no ha mediado impugnación de la paternidad, dá como resultado que la progenie es legítima, dando origen a estos derechos y obligaciones enunciados.

Para el caso de impugnación en la inseminación heteróloga, el niño quedaría como hijo natural con los derechos y obligaciones que tal estado le confiere a la madre. Respecto a su padre biológico, aún cuando se pudiera definir su paternidad natural, entablándose juicio de divorcio por su padre legal y alegando como causal la inseminación artificial sin su consentimiento por el hecho de no vivir con su madre (pues es un simple dador) el ejercicio de la patria potestad corresponde a la madre.

El Decreto 2820 de 1974 en su artículo 50, modificó el art. 449 Código Civil, así: "Los padres de los hijos extramatrimoniales podrán ejercer los derechos convenidos por los ar-

tículos precedentes a los padres legítimos, si viven juntos. En caso contrario ejercerá tales derechos aquel de los padres que tenga a su cuidado el hijo".

3.3.2.4. Inseminación en mujer soltera.

Obviamente la filiación del hijo es ser natural de la madre y aquí entrarían a aplicarse las normas legales correspondientes sobre adopción de hijos naturales y más concretamente a lo establecido en la ley 5a. de 1975, que introdujo la figura de la adopción plena y llega a aceptar la adopción del hijo natural unilateralmente, en forma simple o plena, por su padre o por su madre (Artículo 273 Código Civil) y darle al adoptivo plenos iguales derechos a los del hijo legítimo en la sucesión testada o intestada del adoptante.

La inseminación en mujeres solteras trae una serie de interrogantes, surgiendo una serie de contradicciones en el momento de tratar de reconocer la paternidad natural del hijo, fruto de la inseminación artificial de su madre soltera.

Mientras por un lado tenemos el principio de la Ley Orgánica de la defensa del niño o la Ley 83 de 1946 que en su artículo 85 dice: "Todo niño tiene derecho a saber quienes son sus padres"; y el hecho de que tanto la madre como

140

el hijo pudieran demandar el reconocimiento del padre mediante el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, se presentan otra serie de hechos que podrían traer como consecuencia, que el hijo, nacido bajo esas circunstancias, no pudiera reclamar derecho alguno inherente a la calidad de hijo, pues aunque desde el punto de vista biológico tiene padre, desde el punto de vista jurídico no.

Dentro del proyecto de recomendación sobre la inseminación artificial en los seres humanos elaborada por el Centro Colombiano de Fertilidad encontramos que para el funcionamiento de los Bancos de Semen es principio básico el que la identidad de los donantes jamás debe ser dada a conocer. Así, en sus artículos 5o. y 7o., se dice: "Artículo Quinto, el médico o el establecimiento médico que reciban donación de Semen, al igual que las personas que administren el acto propio de inseminación, deben guardar secreta la identidad del donante en igual forma la de la mujer receptora y si es casada la de su marido, al igual el hecho de la inseminación. El médico no deberá administrar inseminación artificial si las condiciones hacen dudoso el poder mantener este secreto".

"Artículo Séptimo Inciso 2o. No debe establecerse ninguna relación familiar entre el donante y el niño concebido como resultante de la IAD. No deben permitirse procedimientos de manutención futura contra el donante o por el donan-

141

te contra el niño". El secreto constituye pues un aspecto importantísimo al administrar la inseminación artificial en interés del donante, la pareja y el niño. El artículo requiere que, todas las máximas precauciones sean tomadas para guardar secreta la identidad de las personas participantes. Por esto, un médico o el centro que recibe donaciones de Semen o que administre la inseminación artificial, se le obligue a guardar en secreto los nombres y cualquier otra información que pueda conducir a la identificación del donante, mujer receptora y su marido y aún más ellos deben guardar igualmente secreto el hecho de cualquier nacimiento producido por inseminación artificial. El artículo sin embargo, admite excepciones a la regla en el caso de que haya procedimientos judiciales, como cuando una acción es instaurada para establecer la legitimidad del niño. En este caso se autoriza al médico para revelar la existencia de inseminación, la identidad de su mujer y su marido y la existencia de su consentimiento. Pero, la identidad del donante nunca debe ser dada a conocer; una regla contraria a esto, podría desanimar a la donación de semen. El secreto de la identidad del donante es por consiguiente, una regla absoluta a la cual no hay excepción.

Esto es lógico pues el donante no intenta tener un hijo propio, sino solamente hacer la inseminación artificial posible. Si el niño, la madre, o cualquier otra persona interesada tuviera el derecho a iniciar procesos tendientes a es-

tablecer la paternidad del donante, a pesar de la promesa del secreto, muy pocos hombres se sentirían inclinados a donar el semen. Como el establecimiento de cualquier lazo de filiación entre el niño y el donante es prohibido las reglas también prohíben procesos de mantenimiento entre ellos dos.

El poder atribuir a los donantes la paternidad parece no ser acertado, desde el punto de vista de los Bancos de Semen. Sin embargo prima la protección y seguridad jurídica que deben tener los hijos.

De acuerdo con los dos presupuestos planteados a saber:

1. Todo hijo tiene derecho a saber quienes son sus padres y
2. Los bancos de semen deben consagrar la reserva obligatoria sobre la procedencia del semen.

¿Cómo ejercería este derecho el niño que ha nacido producto de inseminación artificial?

La cuestión realmente se plantea para la inseminación artificial realizada en mujer casada, sin consentimiento del marido y con semen que no pertenece a éste o la llevada a cabo en mujer soltera.

El principio sentado en la Ley 83 de 1946 ciertamente tie-

ne aplicación, en los eventos anteriores, aunque exista reserva obligatoria porque el hijo o la madre pueden iniciar la correspondiente investigación de paternidad.

El banco de semen debe llevar obligatoriamente una historia clínica del donante y al requerirle para que señale su nombre no se podrá negar alegando que ésta pertenece a la clínica, porque sabido es que las historias clínicas son de propiedad del paciente.

Investigado el nombre se podría reafirmar el hecho con los exámenes que actualmente practica el ICBF y que se sintetizan en la prueba antropo heredo biológica, consistente en 18 exámenes de diferente tipo aproximadamente que dan un 99 por ciento de certeza.

Ahora bien, que el donante debe renunciar a cualquier derecho personal o patrimonio derivado de la donación, no tiene por que truncar la investigación porque el donante debe ser consciente de que con el semen donado se persigue la fecundación o mejor la vida de un nuevo ser con un derecho especialmente protegido por la ley.

Pero aún en el supuesto caso de que el donante fuera conocido y de que pudiese hablarse de una paternidad consentida, en el caso de iniciarse una acción de investigación de la paternidad natural, la inseminación no encuadraría den-

144

tro de las causales establecidas en el artículo 6o. de la ley 75/68, puesto que no mediando trato en el embarazo, parto o posesión notoria, ni carta o confesión inequívoca, tampoco puede hablarse de la existencia de relaciones sexuales, puesto que la inseminación artificial no constituye relación sexual. (Como se afirmó anteriormente).

Jamás pensaron los legisladores en el pasado, que podría llegar el día en que hubiera hijos sin padre conocido. Esto desde el punto de vista biológico. Desde el punto de vista social y familiar, la inseminación en mujeres solteras nos deja un vacío puesto que en verdad, no pueden existir hijos sin padres para efectos de responsabilidades morales, sociales y económicas respecto a esos hijos sin padre conocido, por ser frutos de donantes desconocidos.

El fondo del problema se circunscribe al hecho de la permisión o no, de las inseminaciones artificiales en mujeres solteras.

Personalmente considero que la función de los Bancos de Semen deben circunscribirse a fertilizaciones matrimoniales, ya que en mi opinión ese debe ser el alcance que debiera tener la inseminación artificial. Es decir, debe mirarse como una solución terapéutica a problemas de infertilidad matrimonial.

La permisión de inseminaciones en mujeres solteras atenta, contra los derechos de las criaturas que nacerían en estas condiciones, puesto que la filiación con respecto de su supuesto padre sería casi imposible de determinar dentro de nuestro ordenamiento legal; además de que sienta las bases de otra situación importante y que constituye el hecho de que la mujer soltera que quiere inseminarse, está desechando desde ya la idea de querer tener un padre para su hijo, desequilibrándose así la institución familiar. De esta forma podrían darse nuevas formas de relación interpersonal, diferentes a la familia; se hablaría de una relación madre-hijo(s) en la que la figura paterna perdería su papel y su valor.

Frente a un ordenamiento social y legal como el nuestro, en el que la familia es la célula básica de la sociedad, y como tal la ley la protege, puede decirse que el "derecho" de las mujeres solteras tiene un limitante enorme cual es la seguridad jurídica de los hijos... que se refleja en el hecho de poder formar parte de una familia compuesta por todos sus miembros: es decir un padre, una madre y unos hijos.

3.4. IMPLANTACION DE EMBRIONES HUMANOS EN UTEROS DE ANIMALES

Los doctores Edards y Stepsoe, quienes obtuvieron en 1978

146

el primer nacimiento de un bebé probeta, pidieron la autorización de implantar embriones en úteros de conejas u ovejitas.

Para mejorar el porcentaje de éxito de la fecundación "in-vitro" los médicos británicos Edwards y Steptoe reclaman la autorización para colocar huevos humanos fecundados en úteros de animales.

El interés de esta manipulación, según los dos especialistas ingleses, sería estudiar los primeros estados del desarrollo embrionario con el fin de mejorar los porcentajes de éxito de la fecundación "in-vitro".

Esos embriones serían dejados dentro del animal entre seis y doce horas antes de ser implantados en una mujer.

Las formas de implantación del embrión en la mucosa uterina son muy diferentes de una especie a la otra. La placenta tiene particularidades propias de cada especie. (Revista Renovación. Enero de 1985).

No debemos descartar la posibilidad real de que por ser un medio diferente y extraño al embrión, se produzca en este un cambio que altere su codificación genética y tengamos que lamentarnos de nefastos resultados.

fortunadamente nuestra Legislación Civil nos proporciona en su artículo 91 la forma de evitar estos experimentos aleatorios y temerarios, al brindarle protección a la vida del que está por nacer.

Artículo 91. La Ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio las providencias que le parezcan convenientes para proteger la exigencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá.

No obstante que el artículo 91 protege la vida del que está por nacer, ó sea que existe para la Ley, el artículo 90 dice que la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto, es, al separarse completamente de su madre.

Consideró que, de acuerdo con nuestro código civil su artículo 91 la existencia legal de las personas se inicia con la concepción ya que la Ley, aunque parcialmente, lo considera persona pues lo hace sujeto de derecho (Derecho a la vida).

El profesor Antonio Chaves, eminente jurista y catedrático de la Universidad de San Pablo, Brasil, sostiene que el comienzo de la vida legal está dado por la penetración del espermatozoide en el óvulo, aún fuera del cuerpo de la mujer, pues el Código Civil del Brasil pone a salvo los derechos

del nascituro desde la concepción (Artículo 4, segunda parte).

El artículo 70 del Código Civil Argentino prescribe que: Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas.

El derecho considera que los términos hombre y persona no son sinónimos ya que el primero existe en la naturaleza y el segundo en el derecho (comentario al Artículo 74 del Código Civil, comentado).

El artículo 74 del Código Civil Colombiano considera que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. El embrión o el feto producto de la concepción llevada a cabo entre el esperma de un hombre y del óvulo de una mujer, es de la especie humana; y al salir a la vida extrauterina tiene una edad que se debe contar desde la concepción, ya que desde que ésta se inicia, casi simultáneo comienza el proceso de división celular (mitosis) que es el comienzo de los rasgos individuales del ser concebido, y los cuales le señalarán mucho más del 50% del camino a recorrer en la vida extrauterina.

3.4.1. Alquiler de Utero

149

El 15 de Abril de 1975 el "San Francisco Chronicle" publicó un aviso que decía: "Hombre sin hijos con esposa estéril desea un niño "artificial". Antecedentes ingleses o europeos, noroccidentales. Indicar honorarios y edad. Se asegura reserva". Obtuvo de una mujer la aceptación y el médico que se encargó del caso, la inseminación con semen del anunciante, naciendo el 16 de Septiembre el bebé que tanto ansiaba la pareja, la cual lo recibió y no conoció a la madre biológica de la criatura.

Indudablemente que esta situación plantea algunos interrogantes de tipo moral, sobre todo en nuestra época. Es posible que con el correr de los años las costumbres cambien y se acepte plenamente esta posibilidad. En este evento particular, el hijo a nuestro juicio y demostrado el hecho de que no es de la esposa, resultaría natural, por cuanto no estaría amparado por la presunción de legitimidad que tiene, cuando es la esposa la que concibe y da a luz.

El mismo ZANNONI, trae en su citada obra, otro evento ya ocurrido en Inglaterra, y que consiste en la posibilidad de fecundar extrauterinamente un óvulo de la esposa y posteriormente implantarlo en el útero de otra mujer, por razones de orden médico, o de salud de la madre.

"El supuesto exige distinguir la lejanísima posibilidad, en los hechos, de que se trata de la donación del embrión ya

formado, del caso en que la receptora del embrión aceptase la implantación al sólo efecto de posibilidad su desarrollo culminante en el nacimiento. Una y otra hipótesis provocan los más agudos reparos de tipo moral y ético -como lo suscitan la inseminación y la fecundación heteróloga en general- y exigen ineludiblemente su adecuado encuadramiento jurídico.

A nuestro juicio, la fecundación extrauterina con semen del marido de un óvulo de su esposa y su posterior implantación en el útero de otra mujer implica un acuerdo o pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres. En efecto, no se concibe semejante procedimiento sin el acuerdo previo de la "receptora" del embrión, y éste acuerdo de rondón, nos previene contra los "vientres mercenarios" o el "alquiler de úteros" a que alude Vance Packard".

Lógico es pensar el rechazo inmediato que en la actualidad pueda suscitar este tipo de acuerdos. Pero no debemos olvidar que estamos analizando hechos novedosos con un criterio o formación de otra época. Por ello, no podemos rechazar de plano estas posibilidades que presenta un mundo moderno. El derecho no puede dar la espalda a los avances científicos y menos a las técnicas que utilicen las diferentes ciencias que debe reglamentar el derecho.

Sobre los llamados "contratos eutelegénsticos", o sea la

151

posibilidad de contratar "uteros", se manifiesta en contra, hasta ahora, toda la doctrina, y es así como DE VECIANA en su obra dice que "si la eutelegenesia en sí, extramatrimonial, debe ser considerada como una práctica inmoral y antisocial, es lógico, pues, que la posición del derecho en este punto no pueda ser otra que la de no reconocer valor, ni eficacia alguna, a los actos y contratos que en relación con estas prácticas se lleven a cabo. O sea bajo nulidad de pleno derecho o nulidad propiamente dicha".

MANUEL BATLE, CASTAN y PEREZ SERRANO, sostienen la inmoralidad del acto, y manifiestan que no puede tener amparo legal alguno ni quienes lo solicitan, ni el médico que practica tal procedimiento.

4. LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA  
LEGISLACION PENAL EN COLOMBIA

4.1. LA INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA CONSTITUYE UN DELITO CONTRA LA AUTONOMIA PERSONAL. ARTICULO 280 DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO.

En cuanto al fenómeno de la inseminación artificial no consentida, como tipo penal que atenta contra la libertad y autonomía de la mujer para ser madres (Artículo 280), no se puede pasar por alto las incidencias que la inseminación tiene circunstancias de atenuación punitiva en el homicidio (infanticidio, Artículo 328 del Código Penal), como en el aborto (Artículo 345 del Código Penal) y en el capítulo del abando de menores y personas desvalidas (Artículo 347 del Código Penal).

En lo que respecta el Artículo 280: Inseminación Artificial no consentida. "El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años.

La Pena se aumentará hasta en la mitad si se tratare de mu-

er casada y la inseminación fuere heteróloga de soltera menor de 16 años".

El delito se ubica en el Título X, Capítulo III, dentro de los delitos, contra la autonomía personal. Hay quienes sostienen que debiera haber quedado en el Título IX que trata de los delitos contra la familia. El sujeto activo del delito es cualquier persona imputable, bien sea médico, enfermera, biólogo o particular.

El sujeto pasivo para algunos tratadistas cualquier mujer, para otros no cualquier mujer, personalmente consideramos que no debe hacerse esta distinción, ya que puede ser cualquier mujer como lo aclararemos al estudiar lo relacionado con la conducta.

El elemento fundamental del tipo en que la conducta se realice sin el consentimiento de la mujer, en otras palabras contra su voluntad, para que se tipifique no se requiere un resultado determinado (embarazo ni nacimiento), simplemente se condena inseminar sin el consentimiento de la mujer.

En cuanto al tipo de inseminación la conducta no hace distinción si se trata de homóloga o heteróloga, salvo cuando se trata de una circunstancia de agravación punitiva en mujer casada o en menor de diez y seis años.

134

Es de anotar, que la conducta no está plenamente definida en cuanto si contempla los dos tipos de inseminación conocidos hasta el momento: La intra o la extracorpórea o in-vitro, porque no es lo mismo introducir un gameto masculino en la vagina o útero de la mujer que trasplantar un embrión al útero de la mujer, aunque finalmente se persiga lo mismo o sea un embarazo y un parto.

Punibilidad: Quien realice el hecho descrito en la norma se le aplicará la pena de prisión de 6 meses a 4 años.

La norma como ya dijimos contempla como circunstancia de agravación punitiva que la conducta se realice sobre mujer casada inseminada heterológamente o de soltera menor de 16 años, situaciones éstas fácilmente comprobables y determinables frente a la legislación penal, caso en el cual se aumentará hasta la mitad, circunstancia prevista en el numeral primero de la norma en comentario.

#### 4.2. EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL COMO CIRCUNSTANCIA DE ATENUACION PUNITIVA TENEMOS EL INFANTICIDIO.

Artículo 328 "Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida".

La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matarea su hijo fruto de acceso carnal violento o abusivo, o de inseminación artificial no consenti-

da incurrirá en arresto de uno a tres años".

Esta norma contempla un tipo especial privilegiado respecto del básico homicidio simple pues tiene el mismo verbo rector matar. Los elementos que lo especifican, son la cualificación de los sujetos activo y pasivo y los ingredientes normativos y es privilegiado por cuanto la pena prevista es considerablemente menor (uno a tres años de arresto) si se le compara con la de homicidio simple (de diez a quince años de prisión).

Sujeto Activo: Es cualificado en razón del sexo, en virtud de que el comportamiento en principio puede ser realizado solo por la madre.

Sujeto Pasivo: También es determinado, pues debe tratarse del hijo, de otra parte, es preciso que el menor no tenga una edad superior a ocho días. Se ha eliminado el requisito del registro exigido para el infanticidio por honor, ya que la nueva disposición no requiere que la situación de embarazo haya sido aumentada por la madre. El hecho también puede realizarse durante el nacimiento. Es preciso, sin embargo, que el menor nazca vivo pues de lo contrario, habiendo desaparecido de la legislación penal, la tentativa inidonea, el delito sería atípico.

Se trata de un tipo de objeto material personal y de un bien

jurídico protegido como el homicidio simple, el derecho a la vida.

La conducta es igual que la del homicidio simple, matar, salvo que se requiera las circunstancias ya especificadas pena el tipo en concreto. La única diferenciación a hacer es que en este lado específico de infanticidio puede presentarse el delito por omisión como en el caso de no suministrarle los alimentos al hijo con el fin de causarle la muerte.

Parte integral del tipo es una circunstancia de tiempo ya que el hecho debe cometerse durante el nacimiento o dentro de los ocho días subsiguientes. Tal vez el elemento primordial que especifica el tipo privilegiado es el elemento normativo del tipo. La razón de ser del tipo privilegiado es la concepción del hijo que se elimina. Es el resultado de un delito cuya víctima es la madre. No se trata de que la madre sufra una mengua en su honra por el hecho de concebir un hijo objeto del delito cometido contra ella sino que el juicio de reproche social y jurídico es de menor entidad. El ingrediente normativo se refiere al motivo por el cual la madre causa la muerte del hijo.

Culpabilidad: Se requiere dolo específico como en el homicidio simple, matar.

Punibilidad: La pena prevista para el hecho es de uno a tres años de arresto, la cual es inferior a la que contempla el artículo 369 del derogado Código de 1936 para el infanticidio por causa de honor. (de 2 a 6 años de prisión).

Si falta cualquiera de los requisitos (por ejemplo si el hijo tiene nueve días de nacido y no ocho, o si no se demuestra la inseminación artificial no consentida, la violación o el abuso, se pasa de la pena en el plano de las sanciones mínimas de un año de arresto a 16 años de prisión).

De no existir los elementos especiales estudiados, el hecho vendría a tener las circunstancias del homicidio agravado, entre ellas el parentesco, el abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, estas consideraciones demuestran la inconveniencia de esta figura total y como está plasmada, pues no es justo que el tratamiento de un bien jurídico tan importante como es el de la vida esté sometido a que se pruebe o no la prejudicialidad penal del ataque de que fué víctima la madre (inseminación artificial no consentida) y a que se den ciertas circunstancias espacio-temporales de difícil determinación por la medicina legal. No entendemos cuales son los criterios para establecer que un factor de tiempo como son 24 horas de difícil determinación sean determinantes para definir la penalización a imponer, pues se pasa de un delito de menor entidad a uno de mayor entidad dadas las circunstancias de agravación que

158

lo rodean sin especificar criterios de orden médico, moral o jurídico que lo justifiquen.

Qué diferencia puede existir entre un niño de 8 días y uno de nueve?

Brevemente trataremos lo relacionado con el aborto de mujer embarazada, como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, sin olvidarnos del tipo principal.

#### 4.3. LA INSEMINACION ARTIFICIAL COMO CIRCUNSTANCIA DE ATENUACION PUNITIVA EN EL ABORTO

Artículo 343 del Código Penal. ABORTO. "La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años.

A la misma sanción está sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso interior.

Según Tardieu, el aborto criminal se define así: "La expulsión prematura del producto de la concepción, violentamente provocada e independientemente de todas las circunstancias de edad, de viabilidad y de formación regular de este producto" (Uribe Cualla Guillermo, Medicina Legal y psiquiatría forense, Librería Voluntad, Bogotá, 1950, Pági-

na 255). Dentro de la modernización del derecho penal, el llamado aborto terapéutico indirecto no es punible, este se da, por la necesidad de intervención curativa en el cuerpo de la madre, juzgado inaplazable y eficaz para salvar su vida aunque como consecuencia venga de cierto la interrupción del embarazo. Son ejemplos de este tipo de abortos, entre ellos, los producidos por histerectomía por cáncer o tumor maligno de la matriz, la sifisiotomía para provocar un parto prematuro que espontáneamente no tendrá lugar y la laparotomía del feto ectópico.

Es un hecho sabido, que pese a que las diferentes legislaciones, entre éstas la nuestra, prohíbe el aborto, este se realiza cotidianamente en forma clandestina.

En nuestro caso específico tratado por el artículo 345 del actual Código Penal que a su tenor dice: "CIRCUNSTANCIAS ESPECIFICAS". La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se le cause incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias".

4.4. EL ARTICULO 347 DEL CODIGO PENAL, TIPIFICA EL "ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO O DE

INSEMINACION ARTIFICIAL NO CONSENTIDA.

La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida incurrirá en arresto de seis meses a tres años".

Sujeto Activo: La madre.

Sujeto Pasivo: El hijo fruto de acceso carnal violento, o de inseminación artificial no consentida.

Conducta: Abandonar a un ser que se encuentra en incapacidad de valerse por sí mismo, teniendo el deber jurídico y moral de velar por él.

Se trata de un tipo punitivo atenuado por las circunstancias que originaron el fruto.

Encontramos que vuelven a juzgar las circunstancias espacio-temporales mencionadas al tratar el infanticidio que obligan a que se reglamente en forma más objetiva y serie esta materia dada la naturaleza del bien jurídico tutelado y los problemas en la efectividad que podrían producirse en el menor por causa del abandono.

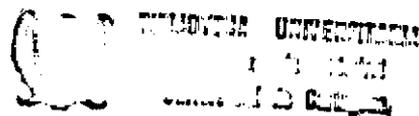
RECOMENDACIONES SOBRE INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA PROYECTO

NOTA DE INSTRUCCION

Este proyecto, sus recomendaciones y reporte explicatorio fueron elaborados por los miembros del CENTRO COLOMBIANO DE FERTILIDAD Y ESTERILIDAD- CEOLFES y será presentado al gobierno nacional a partir de la próxima legislatura del Congreso para su consideración y estudio. De tal modo que los textos son todavía provisionales mientras sufren los trámites legales a que deben estar sometidos.

PROYECTO DE RECOMENDACION SOBRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS:

Los miembros del Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad conscientes del avance que habrá de tomar en el país la técnica de la inseminación artificial han considerado indispensable que el gobierno nacional entre a legislar sobre tan importante materia y en base a que inseminación plantea múltiples problemas morales, legales, éticos y médicos y no existir en el país ningún tipo de reglamentación sobre el asunto. Se considera de otra parte que estas reglas sean uniformes y aceptadas por parte de las instituciones o profesionales privados que ejercen o vayan a ejercer en un momento dado este tipo de terapéuticas.



REGLAS

ARTICULO PRIMERO:

Estas reglas se aplican solamente para inseminación artificial de una mujer con el semen de un donante anónimo.

ARTICULO SEGUNDO:

1. La inseminación artificial sólo puede ser administrada cuando existen condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño.

2. La inseminación artificial será administrada unicamente bajo la responsabilidad del médico.

ARTICULO TERCERO:

1. Ningún semen será utilizado para inseminación artificial sin el consentimiento de la persona donante.

2. El consentimiento de la mujer y, si es casada, de su marido, es necesario para administrar la inseminación artificial.

3. Es responsabilidad del médico que efectúe el procedimiento que este consentimiento sea dado en forma explícita y

clara.

ARTICULO CUARTO:

El médico o establecimiento médico que reciba semen para inseminación artificial debe hacer todas las averiguaciones médicas propias sobre el origen del espécimen, a fin de prevenir transmisiones hereditarias, o alguna enfermedad contagiosa, o cualquier otro factor que se pueda presentar por parte del donante, y que puedan hacer peligrar la salud de la mujer o la futura criatura.

ARTICULO QUINTO:

El médico o el establecimiento médico que reciban donación de semen, al igual que las personas que administren el acto propio de inseminación, deben guardar secreta la identidad del donante en igual forma de la mujer receptora y si es casada la de su marido, al igual el hecho de la inseminación. El médico no deberá administrar inseminación artificial si las condiciones hacen dudoso el poder mantener este secreto.

ARTICULO SEXTO:

El donante percibirá honorarios por las muestras suministradas, los cuales se establecerán de común acuerdo entre las partes. Sin embargo los miembros de Cecolfes consideran que

en un futuro la donación de semen y cuando haya mas con -  
ciencización sobre el problema de la esterilidad masculina  
no deben recibir ningún tipo de honorario.

ARTICULO SEPTIMO:

1. Cuando IAD ha sido administrada con el consentimiento del marido, la criatura debe ser considerada como hijo legítimo de la mujer y el marido, ni nadie puede objetar la legitimidad en base solamente a la inseminación artificial.
2. No debe establecerse ninguna relación familiar entre el donante y el niño concebido como resultante de la IAD. No debe permitirse procedimientos de mantenimiento o manutención futura contra el donante o por el donante contra el niño.

PROYECTO EXPLICATORIO DE LAS REGLAS

INTRODUCCION : La inseminación artificial de seres humanos, es practicada en varios paises del mundo como tratamiento terapéutico para la falta de hijos debido a la infertilidad y esterilidad masculina, o a alguna condición hereditaria, e -  
xistente en la pareja, la cual haría para ellos indeseable el procrear debido a la posibilidad de que estas condiciones pudieran ser trasmitidas a sus hijos, a sus descendientes.

Es una realidad que el número de parejas sin hijos cada día es más creciente lo que ha determinado que el procedimiento de IAD se haga más frecuente, como resultado de las dificultades que encuentran las parejas para tomar en adopción. Sin embargo, IAD resuelve un problema de familia, pero eleva también un número de interrogantes morales, legales y médicos; los cuales van desde el carácter gratuito de la donación del semen, hasta el nivel de la legalidad de un niño concebido como resultado del procedimiento.

Muy pocos países del mundo tienen legislación al respecto. Es evidente que en el futuro próximo la mayoría de los países y especialmente aquellos donde IAD es practicada frecuentemente introducirán una legislación específica en este campo, con el objeto de rectificar injusticias que puedan resultar de la aplicación de legislaciones tradicionalistas y absoletas. De otra parte es importante la legislación para restringir cualquier abuso de esta práctica.

Como uno de los objetos del Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad es el de alcanzar la unidad y el intercambio entre instituciones y médicos que practiquen o vayan a practicar IAD se recomienda por ello, con estas reglas introducir la legislación y que todos se sometan a ellas, lográndose de esta forma un trabajo armonioso y ético.

Esta reglamentación contiene reglas que constituyen una so-

lución mínima al problema de IAD. Está pues en manos del go-  
bierno adoptar las sanciones penales por violaciones a es-  
tas reglas.

ARTICULO PRIMERO: Este artículo define el campo de aplica-  
ción de las reglas. Ellas se aplican solamente a la inseminación artificial de un ser humano con el semen de un donante anónimo. Se excluyen de este campo la aplicación de reglas, a la inseminación artificial con semen de marido vivo o muerto.

Se aclara que inseminación artificial con semen de esposo o compañero cuando ciertas condiciones médicas tornan imposible la inseminación natural, o difícil, no eleva los mismos problemas que inseminación artificial con el semen de una tercera persona: por ello no fué considerado necesario tratarlo en esta resolución.

ARTICULO SEGUNDO: Bajo condiciones normales, cualquiera que sea la salud, situación económica y social de la futura madre y padre, ellos podrán tener un hijo si así lo desean y nadie aparte de la pareja debe interferir con su decisión. Una pareja casada o una mujer soltera pueden ser aconsejadas por un médico o un consejero familiar contra el deseo de tener un hijo por IAD, pero este consejo no es bajo ningún aspecto obligatorio. Naturalmente, la pareja o la mujer soltera son los únicos responsables por las consecuen-

cias de tener un hijo.

La situación es de alguna manera diferente.

En el caso de IAD el médico administrador de la inseminación artificial es hasta cierto punto responsable por la concepción del niño.

Como resultado lógico se puede ver la situación en que el médico debe negarse a llevar a cabo el procedimiento, cuando él considera que las condiciones apropiadas no existan para asegurar el bienestar del niño futuro. Estas condiciones apropiadas son en particular que, la pareja o la mujer soltera, deberán estar en buena salud, balanceados emocional y psicológicamente para levantar un hijo.

Es importante que la legislación nacional, dé la tarea al médico de juzgar caso por caso y si las condiciones apropiadas existen cuando la inseminación es demandada por una mujer soltera. Esta legislación puede también proveer reglas adicionales con el objeto de especificar las condiciones de inseminación artificial en tales casos.

Se requiere por el bien de las partes que la inseminación artificial sea administrada por un médico o bajo su control en tales casos.

Se requiere por el bien de las partes que la inseminación artificial sea administrada por un médico o bajo su control y responsabilidad.

ARTICULO TERCERO: Este artículo es concerniente al consentimiento que es necesario para llevar a cabo la inseminación artificial.

Se requieren tres consentimientos: El del donante, el de la mujer y el de su marido si ella es casada. Esta previsión nace de la necesidad de que todas las personas que estan involucradas en tan delicado procedimiento para la sociedad, como lo es la concepción de un ser humano, estén completamente en conocimiento de las consecuencias y las acepten.

Se prohíbe la utilización del semen de un hombre sin su consentimiento. Como semen pueda ser recibido por establecimientos médicos por razones diferentes a la donación para inseminación, por ejemplo análisis médicos, éste semen no deberá ser utilizado para inseminación artificial sin el consentimiento de ese hombre.

Se requiere el consentimiento de la mujer al igual que el de su marido si es casada.

Es evidente que el primer requerimiento para IAD. es el

consentimiento de la mujer a la cual se le va a practicar. Se considera que esta práctica sin el consentimiento de ella constituirá una ofensa criminal.

En adición al consentimiento de la mujer, el artículo requiere también el consentimiento del marido, si es casada, así pues, si el marido rehusa, el médico o el centro médico no deben administrar IAD. aún si la mujer insiste, esto sería causal de divorcio y para repudio de la legislación del niño. Para evitar tal situación que sacudiría o hasta destruiría la unidad familiar, y arriesgaría con dañar el futuro del niño, este artículo prohíbe la práctica de inseminación artificial sin el consentimiento del marido.

Este consentimiento debe ser claro y explícito y no debe prestarse a dudas o varias interpretaciones.

El propósito de colocar al médico en la obligación de ver que este consentimiento se cumpla es el de llamar la atención de quienes practiquen inseminación sobre la importancia del consentimiento.

ARTICULO CUARTO: Este artículo obliga a todo médico o establecimiento que reciba semen para inseminación artificial, el hacer averiguaciones médicas apropiadas y exámenes, con el fin de evitar por parte de la muestra donada transmisiones hereditarias o enfermedades contagiosas, u otro factor

que pudiera representar peligro para la salud de la receptora o el futuro niño.

Por condiciones hereditarias, el artículo se refiere primeramente a condiciones dominantes hereditarias, pero también incluye otros factores genéticos que pueden ser de igual relevancia. Por enfermedades contagiosas se refiere a las que pueden ser transmitidas por el semen, por ejemplo, gonorrea; y por otros factores se refiere a factores como por ejemplo, el Rhesus, y sus factores de sangre. Pero, por supuesto, estos ejemplos no son absolutos si el médico o Centro Médico descubre cualquier traza de otra condición hereditaria o enfermedad contagiosa u otro factor que pueda crear peligro para el binomio. Inseminación artificial con el semen de ese donante no debe ser administrada. Aunque en la práctica es difícil que el problema se presenta hay que evitar cualquier grado de consanguinidad entre el donante y el recipiente, para ello el médico deberá en lo posible evitar el usar el semen de un donante en especial para un gran número de inseminaciones artificiales en una misma institución.

Las reglas no previenen la obligación de que el médico deba satisfacer cualquier otro deseo de la pareja o mujer soltera en cuanto al fenotipo del donante, se deja al médico, en conciencia el ver que las condiciones apropiadas se cumplan para administrar la inseminación artificial.

171

Se contempla además que si el médico determina que la IAD pondría en peligro la salud psíquica y mental de la mujer no deberá administrarse.

#### ARTICULO QUINTO:

El secreto es un asunto de la más grande importancia al administrar la inseminación artificial en el interés del donante, la pareja y el niño. El artículo requiere que, todas las máximas precauciones sean tomadas para guardar secreta la identidad del donante, de la mujer receptora y el marido, si es casada, al igual el hecho de que la inseminación artificial fue empleada. Por esto, un médico, o el centro que recibe donaciones de semen o que administre la inseminación artificial, se les obliga a guardar en secreto los nombres y cualquier otra información que pueda conducir a la identificación del donante, mujer receptora y su marido, y, aún más ellos deben guardar igualmente secreto el hecho de cualquier nacimiento producido por inseminación artificial.

El artículo sin embargo, admite excepciones a la regla del secreto en el caso de que haya procedimientos judiciales por ejemplo cuando una acción es instaurada para establecer la legitimidad del niño.

En este caso se autoriza al médico para revelar la existencia de IAD, la identidad de su mujer y su marido y la existencia de su consentimiento pero, la identidad del donante nunca debe ser dada a conocer; una regla contraria a esto, podría desanimar a la donación de semen. El secreto de la identidad del donante es por consiguiente, una regla absoluta a la cual no hay excepción. Igualmente el artículo prevee que el médico puede rehusarse a llevar a cabo el procedimiento cuando las circunstancias no sean claras en cuanto al secreto, por ejemplo en casos de donación por parte de un amigo o familiar cercano.

ARTICULO SEXTO:

El artículo prevee que el semen, siendo una sustancia humana debe evitarse el comercio del mismo; igualmente por parte de quienes reciben, conservan y lo tratan.

ARTICULO SEPTIMO:

Donde las leyes del estado permiten la inseminación artificial, sería pues ilógico discutir la legitimidad de un niño concebido por inseminación artificial, con el consentimiento del marido solamente en ésta cuenta. De otra parte la legitimidad solo podría ser discutida con base a situaciones diferentes a la de inseminación artificial.

El artículo prohíbe el establecimiento de una ligadura entre el donante y el niño con base en la IAD. Esto es lógico pues el donante no intenta tener un hijo propio, sino solamente, hacer la inseminación artificial posible. Si el niño, la madre, o cualquier otra persona interesada tuviera el derecho a traer procesos para establecer la paternidad contra el donante, a pesar de la promesa del secreto, muy pocos hombres se sentirían inclinados a donar el semen. Como el establecimiento de cualquier lazo de filiación entre el niño y el donante es prohibido, las reglas también prohíben procesos de mantenimiento entre ellos dos.

NOTA: Considero que el hijo habido mediante inseminación artificial heterologa consentida, debe ser adoptado en forma plena por el esposo de la madre.

## 5. MANIPULACION GENETICA

Extraer del útero de un ratón un huevo fecundado, introducirle genes extraños, volver a colocar el embrión manipulado en la cavidad uterina y obtener algunas semanas más tarde, un ratón "quimera" ya es más que una realidad experimental.

Las manipulaciones en embriones, que constituyen una de las claves para comprender el desarrollo embrionario, encuentra grandes dificultades teóricas y técnicas, la mayor parte de las cuales es el bajo rendimiento de la operación.

El 8 de septiembre de 1981, un despacho de la AFP procedente de Washington anuncia el éxito de implante de un gene de conejo en un embrión de ratón, en estos términos: "Un equipo de investigadores norteamericanos ha realizado la primera transferencia de genes con resultados positivos entre dos especies animales. Según el doctor Thomas Wagner de la Universidad de Ohio, su equipo, en colaboración con el laboratorio Jackson de Bar Harbor, Maine, ha transferido con éxito, a ratones el gene que, en el conejo, produce la B-globina, una de las moléculas que constituyen la hemoglobi-

na de este roedor. La inserción de fragmentos de ADN (Acido Desoxirribonucleico) conteniendo el gen de la B-globina, se ha realizado en el pronúcleo (que precede a la formación del huevo) del ratón. En este estadio, algunas horas después de la copulación, el espermatozoide ha atravesado la pared del óvulo, pero aún no ha habido intercambio de material genético. El pronúcleo, explica el doctor Wagner, es el único estado de la vida animal en el que un mensaje genético extraño puede ser aceptado.

Doscientos once huevos, así manipulados, se hicieron madurar en hembras "adoptivas" que dieron lugar al nacimiento de 46 ratoncitos, 5 de los cuales eran portadores de B-globina en la sangre. Dos de estos ratones portadores fueron cruzados entre sí, y sobre una camada de 8 ratones, 5 presentaban el mismo carácter. El éxito de este experimento, si se confirma, abre la vía por una parte a la creación de nuevas especies, especialmente de ganado, con un rendimiento mejor o con una crianza menos costosa y por otro reforzamiento en una especie (incluso la especie humana) de caracteres como la resistencia a las enfermedades.

6. VACIOS DE NUESTRA LEGISLACION PENAL  
SOBRE NUEVOS METODOS DE FERTILIZACION

Sólo nuestro propio desconocimiento de la verdad puede forzarnos a abandonar la justicia.

Se hace necesario que nuestros juristas y legisladores, mediante divulgación científica detallada, conozcan pormenorizadamente estos nuevos métodos de fertilización, y así, enfrentandolos a la idiosincracia y realidades del pueblo colombiano, puedan llenar los vacíos que se hallen en nuestra legislación penal y otras áreas del derecho.

Soy partidario de la opinión de un sector de la doctrina Argentina en el sentido de que se estima conveniente dictar en la actualidad un régimen especial que regule las consecuencias legales de los nuevos métodos de procreación.

O se debe penalizar la denominada "Locación de Vientres".

Con un aparte de las conferencias del doctor Luis O. Andarno, ilustramos el caso anterior:

177

"Existe la posibilidad de una fecundación in-vitro homóloga y la posterior implantación del embrión en el útero de una mujer distinta de la esposa. Producido el nacimiento, el vástago es entregado al marido, que es el padre natural y a su esposa. Este método es conocido en los Estados Unidos como maternidad sustitutiva ("surrogate motherhood"). Esta maternidad sustituta hace aún más complicado el complejo panorama legal de la fecundación extrauterina, por las profundas relaciones que se crean entre dicha madre y el niño, ya que la misma ha llevado en su seno a la criatura durante nueve meses, dando finalmente a luz.

Por estas y otras razones esta verdadera "locación de vientres" merece mi más categórico rechazo. Como bien lo puntualiza el jurista Argentino Llambías, tales prácticas pueden conducir a una sociedad indeseable, a poco que el egoísmo latente en todo ser humano aflore en las mujeres que por la potencia de sus medios económicos decidan eximirse de las cargas de la maternidad desplazándolas sobre las nuevas esclavas portadoras en su seno de los hijos ajenos, a cambio de la superación de la indigencia".

Estas razones son en Colombia valideras pues, tiene una situación económica desesperante, acompañada de una creciente y alarmante pérdida de valores la cual es muy visible en la mayoría de nuestros dirigentes.

También creo deben ser sancionados los sujetos activos y pasivos de la inseminación voluntaria practicada en mujer soltera, pues debemos proteger la célula básica de la sociedad que es la familia, la cual, conformada por los esposos, es la que da una mejor estabilidad progresiva al niño, la familia y a la sociedad.

Acercas de la posibilidad de inseminación artificial fuera del matrimonio sostiene Zannoni que "el uso de la técnica de la inseminación artificial no puede transformarse en instrumento caprichoso para la fecundación en circunstancias en que la mujer que recibe el semen no se encuentra en las mejores posibilidades éticas de ser madre. La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico" (Eduardo A. Zannoni).

Es sumamente indispensable reglamentar los bancos de semen. Se hace necesario tener unas medidas selectivas y estrictas cuanto a los posibles donadores de semen y sus aptitudes como tal, y a la vez decidir si este mantiene en el anonimato.

Se deben establecer términos precisos de duración al tiempo de congelamiento del esperma, sancionando drásticamente su incumplimiento, bien sabemos que se están previendo las condiciones físicas de un nuevo ser.

Por razones éticas, científicas y morales no participo de la idea de congelación de embriones, ya que se estaría paralizándolo el desarrollo normal de un ser con características casi definidas, se debe prohibir y penalizar drásticamente su práctica.

No debe permitirse la utilización temporal de úteros de animales para implantar embriones humanos con la excusa de estudiar los primeros estados de desarrollo embrionario y así mejorar el éxito en la fertilización in-vitro. También se debe penalizar.

Bajo ningún punto de vista, salvo cuando se haya comprobado su necesidad eugenésica, y previa orden judicial, se debe permitir la manipulación genética en embriones humanos, so pena de drástica sanción.

CONCLUSIONES

"El horizonte de la ciencia se encuentra limitado por la frontera de la naturaleza, el horizonte ideológico por los límites de la vida social humana, pero los límites del alma humana no pueden quedar circunscritos dentro de estos confines. El hombre es un animal social que se alimenta de pan, pero es también algo más. Es una persona dotada de una conciencia y una voluntad, así como de un intelecto autoconsciente. Esta dotación espiritual le condena a una lucha constante por reconciliarse con el universo que ha nacido". (Theodosius Dobzhansky).

En el campo genético, los avances científicos, en mi concepto, revolucionaron al mundo en el campo de la salud y del comportamiento dadas las hondas implicaciones que en esta materia tiene la posibilidad de eliminar las taras que han venido afligiendo a la humanidad desde épocas inmemoriables.

El punto eugenésico positivo, nos hallamos frente a la posibilidad de que se haga realidad la teoría del superhombre, mediante la selección eugenésica en el laboratorio, campo que necesita de control especial para evitar cualquier ti-

po de excesos.

En cuanto a la inseminación artificial, no hay duda de que hay mujeres que recurrirían a ella por prescripción médica en razón de su defectuosa conformación de sus órganos o la de sus esposos o por problemas de tipo psicológico, ya por el hecho de evitar todo contacto sexual con el hombre.

En uno y otro caso serán una minoría que revelan una anomalía de tipo orgánico o de orden síquico. Concluimos que la familia propiamente seguirá constituyéndose con hombres y mujeres normales.

Nadie podrá poner en tela de juicio o de discusión, teniendo en cuenta la actual naturaleza humana, que el mejor detonante o excitante del tipo sexual y afectivo para la mujer es el hombre. Para el hombre medio es igualmente para la mujer el principal ser capaz de permitir el desarrollo de su personalidad afectiva y sexual. Sólo basta agregarse que la aproximación de órganos sexuales, representa ante todo el perfeccionamiento y complementación de la personalidad humana, y estas facetas del amor no pueden ser suplidas por la inseminación artificial, debe ser reglamentada adecuadamente en todos sus campos, dadas las hondas repercusiones que tiene en todas las ramas del Derecho.

La concepción realizada mediante fertilización in-vitro y su posterior desarrollo en un "vientre alquilado" nos plantea muchas incógnitas como sería la de establecer la maternidad.

Este avance científico irreversible constituye un gran reto para la humanidad y el derecho como parte ineludible de ésta deberá asumirlo y domeñarlo. Para evitar que el hombre se convierta en un tornillo más de la maquinaria que paulatinamente podría destruir la célula básica de la sociedad.

Como ya lo dijera en 1783 el naturalista suizo Charles Bonnet, "no se aún, si ésto que acabais de descubrir no tendrá algún día en la especie humana aplicaciones con las cuales no soñamos y cuyas consecuencias no serán ligeras".

BIBLIOGRAFIA

- ✓ ANDORNO, Luis O. El Derecho Frente a los Modernos Métodos de Procreación. Experiencia Argentina y Latinoamericana. Francia, s.e., 1985.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO BASICO. Individual, Individualismo, Moral, Moralidad. Bogotá. Plaza & Janes, 1981, 1382p.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Madrid, 1970, 19 Edición.
- DICCIONARIO RAZONADO DE LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, París 1976.
- ✓ DICCIONARIO TERMINOLOGICO DE CIENCIAS MEDICAS. Salvat, 1960 7a. Edición.
- DOBZHANSKY, Theodosius. Diversidad Genética e Igualdad Humana. USA. Barcelona, 1978, 111p.
- ENGELS FEDERICO, "ORIGEN DE LA FAMILIA, LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO". Editorial Latina, 1977.
- GARCES LLOREDA MARIA TERESA. "AUTORIDAD FAMILIAR COMPARTIDA", Bogotá, Derecho Colombiano 1971.
- GARCIA RODRIGUEZ, Mariano. La Vida y el Universo. Revista Conocer (México), (26): 13-15, Marzo. 1985.
- GALLON GIRALDO CARLOS. "Divorcio, Familia y Matrimonio" Bogotá 1974.
- GOMEZ VELASQUEZ GUSTAVO. Delitos contra la Asistencia Familiar Medellin, Saleciana, 1976. 125p.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Compilación de Derecho de Familia y de Menores. Bogotá, ICBF, 1980.
- ✓ KELLY, Francois. Manipulación Genética de los Embriones. Revista Mundo Científico. (México), (18): 936-943-945, Feb. 1985.
- KINGSLEY Davis, "La Sociedad Humana", Editorial Universitaria de Buenos Aires, Tomo I, 3a. Edición 1965.

LA BAC. Código de Derecho Canónico. Madrid, Católica, 1985  
Título VI-VII.

MONROY CABRA, Marcos, Derecho de Menores, Derecho de Familia, Bogotá, Jurídica Wilches, 1982, 442p.

RAMBUR RAYMOND. "Le clrame Huma de L'insemination artificielle, Editorial Flammarion 1950.

RUIZ, Servio Tulio. Código Penal y de Procedimiento Penal. Delitos Contra la Familia, Bogotá, Dintel, 1984, Título IX-XIII.

STESIN, Graciela. De los derechos del que va a Nacer. Bogotá, Tesis de Grado Universidad de "la Gran Colombia" 1982.

SUAREZ, Franco Roberto. "Derecho de Familia". Editorial Temis, Bogotá 1979.

TORRES ORTEGA, Jorge. Código Civil y Penal Colombiano. Bogotá, Temis, 1983, Título I-II.

VALENCIA ZEA ARTURO. "Derecho Civil, Editorial Temis, Tomo V, Bogotá, 1978.

