

Rafael H. de Lavall

1

Asuntos Civiles, Comerciales,  
Laborales y de Derecho  
de Familia

Abogado

Edificio Comodoro, No. 305  
Tel. 46-181 - Ap. Aéreo 20058  
El Laguito - Cartagena - Col.

Sr. Dr.-  
GUILLERMO BAENA PLANETA.-  
Director del Centro de Investigaciones  
Jurídicas de la Facultad de Derecho.-  
L. C.-

Estimado doctor:

Atiende su comunicación distinguida con el # 051-88 en la que me informa que he sido nombrado segundo examinador del proyecto de tesis presentado por los egresados señores AURORA CAMPO SAUMET y ALBA BOSSA DE DIAZ, titulado, ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN HUMANOS ANTE LA LEGISLACION COLOMBIANA.-

Se puede observar, que el trabajo ha sido desarrollado tomando en cuenta los diferentes aspectos que pueden y deben influenciar la Inseminación Artificial, así como también, las encontradas apreciaciones de orden ético, moral y biológico que se pueden tomar en cuenta, para los efectos de la aceptación o no, de este avance en la ciencia de la genética.-

Para el análisis, se ha dividido el trabajo teniendo como pilares fundamentales lo siguiente:

- a) Los antecedentes y la historia de la Inseminación Artificial.-
- b) Los aspectos prácticos.-
- c) Razones que se invocan en su favor.-
- d) La posición de la Iglesia Católica.-
- e) Instituciones básicas del Derecho de Familia que interesan sobre el particular.-
- f) La antifiguridad del proceso.-
- g) Incidencias en la Legislación Civil Colombiana.-
- h) La inseminación Homóloga y la Heteróloga.-
- i) La inseminación en el matrimonio y fuera de él.-
- j) El consentimiento de la pareja que desea se practique la inseminación.-
- k) Por último, los presupuestos para que se lleve a cabo la regulación legislativa del fenómeno social de la inseminación artificial.-

Los temas expuestos, son apreciados por las autoras con verdaderos razonamientos de diferente orden, lo que señala el estudio serio que llevaron a cabo, a fin de hacer una exposición verdaderamente enconiable sobre cada elemento investigado, estudiado y explicado en forma tal, que lleva a la convicción del lector, que verdaderamente vale la pena que se atiendan las sugerencias expuestas, para la reglamentación de un asunto tan delicado en el medio, que puede afectar las concepciones éticas y morales de las sociedades.-

Los aspectos de la apreciación personal sobre los temas expuestos y comentados con los conceptos de autores debidamente autorizados sobre la materia, son a mi juicio, lo realmente importante del trabajo presentado, de ahí, que después de la narración de las diferentes consideraciones hechas sobre los casos de la Inseminación Artificial tanto homóloga como heteróloga de quienes son partidarios de las mismas, las autoras exponen sus conceptos de orden personal basándolos en principios de orden Moral, Biológico, Jurídico y Social y aceptando, -con el respeto a otro concepto diferente- la inseminación artificial homóloga.-

Teniendo en cuenta que en Colombia existe una gran mayoría de personas que profesan la Religión Universal, se permiten hacer transcripciones de sus dirigentes y orientadores, y así hacen referencia a lo manifestado por el Cardenal Griffin, Arzobispo de Westminster, en 1.945 dirigiéndose a los médicos católicos de Inglaterra, a lo dicho en 1.949 por el Papa Pio XII, dirigiéndose al IV Congreso Internacional de médicos Católicos, celebrado en Roma, y a lo Resientemente expuesto por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fé, y que podemos sintetizar en la siguiente forma:

"Tal práctica de la inseminación artificial ofende la dignidad del hombre que además atenta la ley de la naturaleza y es injusta con la descendencia producto".-

"El donador del semen es reducido al status de un Caballo-padre; además el método usado para obtener el semen (polución) es gravemente inmoral hasta en el caso de que sea obtenido del marido".-

La Iglesia Universal ha manifestado a través de su alta jerarquía, su no aceptación de la Inseminación Artificial, en ninguno de los aspectos que se plantean para justificarla, pues la consideran como un acto contra natura y por consiguiente inmoral.-

Se sostiene en el trabajo presentado, que en Colombia no existen normas específicas que reglamenten la Inseminación Artificial y que se le pretende aplicar disposiciones relativas a los trasplantes de componentes anatómicos en seres humanos, que se han reglado en el D. # 2363 de 1.986 reglamentario del título IX de la Ley 09 de 1.979, lo que constituye una clara violación de la ley, por cuanto la Inseminación Artificial no reúne los requisitos establecidos en el mentado Decreto.-

Sin embargo, se permiten las graduandas, hacer un análisis de lo tratado de la Inseminación Artificial, con la aplicación a la misma, de las normas consagradas en nuestra ley en relación con los efectos jurídicos aplicables a los hijos legítimos y Extramatrimoniales, a la impugnación de la paternidad y a las causales de divorcio, que realmente es muy plausible y sobre todo, cuando exponen los diferentes conceptos emitidos por los doctrinantes, -tomando partido por los que consideren como más racionales.-

Se concluye el trabajo, haciendo consideraciones en pos de una Regulación Legislativa del fenómeno social de la Inseminación Artificial.-

Estimo que el estudio presentado como uno de los requisitos para otorgar el título de doctor en Derecho y Ciencias Políticas o el de Abogado, según la reglamentación, tiene requisitos de Investigación y de orden científico, que considero -salvo mejor concepto- adecuados para los fines perseguidos.-

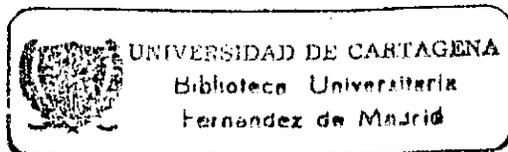
De Ud., atentamente,

  
RAFAEL H. DE LAVALLE GOMEZ.-

Cartagena, Septiembre 20/88

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN  
HUMANOS ANTE LA LEGISLACION COLOMBIANA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA .  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
CARTAGENA - 1988



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Biblioteca Universitaria

Fernandez de Madrid

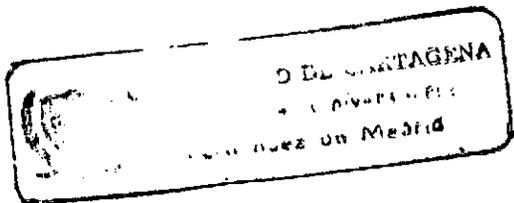
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN  
HUMANOS ANTE LA LEGISLACION COLOMBIANA

SCIB  
00014074

AURORA CAMPO SAUMET

ALBA BOSSA DE DIAZ

SCIB



51535

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
CARTAGENA - 1988

LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LAS OPINIONES EMITIDAS EN ESTA TESIS, TALES OPINIONES SÓN CONSIDERADAS PROPIAS DE SUS AUTORES.

Artículo 83 del Reglamento.

DEDICATORIAS

A mis padres por su apoyo y ejemplo  
de constante superación  
A mis hermanas Claudia y Cecilia  
Al Doctor Alvaro Romero G. por su  
gran calidad humana y profesional.

AURORA

A mi esposo José Luis  
A mis hijos Claudia Patricia,  
Ricardo Javier, Iliana Alexandra  
por su amor, comprensión y apoyo  
sacrificados tenazmente en mi  
empeño, solidarios en los  
momentos más difíciles.

A mis padres y hermanos  
nunca es tarde para alcanzar  
un ideal.

A mis profesores y compañeros.

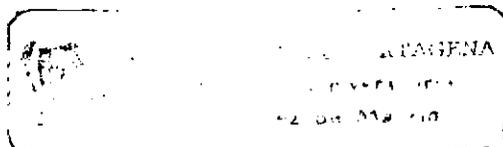
ALBA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

- RECTOR (E) : Doctor OSCAR RODGERS ANDRADE
- SECRETARIO GENERAL : Doctor MANUEL SIERRA NAVARRO
- DECANO : Doctor ALCIDES ANGULO PASSOS
- PRESIDENTE CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS : Doctor GUILLERMO BAENA PIANETA
- SECRETARIO ACADEMICO : Doctor PEDRO MACIA HERNANDEZ
- PRESIDENTE DE TESIS : Doctor ANTONIO DE LA VEGA VELEZ
- PRIMER EXAMINADOR : Doctor ALVARO ROMERO GOENAGA
- SEGUNDO EXAMINADOR : Doctor RAFAEL H. DE LA VALLE G.
- TERCER EXAMINADOR : Doctor

Cartagena, septiembre de 1988.



### AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos :

A JAIME AREVALO REYES, especialista en Ginecología y Obstetricia.

A ALVARO RODRIGUEZ ROA, Ginecólogo , Jefe de la Unidad de Fertilidad Humana, con sede en Bogotá.

A ANTONIO DE LA HOZ, Genetista, Director de la Sección de Genética - del ICBF en Bogotá.

A JORGE CAMARGO, Jefe de la Sección de Planeación del ICBF, Seccional Cartagena.

A todas aquellas personas que efizcamente impulsaron y contribuyeron a la elaboración de este trabajo.

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. REALIDADES SOCIALES	5
2. ANTECEDENTES	6
2.1. CONCEPTO . DEFINICION	6
2.2. HISTORIA Y ASPECTOS BIOLOGICOS EN GENERAL DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL ANIMAL Y HUMANA	7
3. ASPECTOS PRACTICOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL	12
3.1. TIPOS DE INSEMINACION ARTIFICIAL	12
3.2. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO INSEMINATORIO	13
3.3. TECNICAS DE INSEMINACION ARTIFICIAL	14
3.4. LOS BANCOS DE SEMEN	17
3.4.1 Evolución	17
3.4.2 Dinámica de Funcionamiento	19
3.5. CAUSAS DE INFERTILIDAD EN LA PAREJA QUE LLEVAN A LA INSEMINACION ARTIFICIAL	21
3.6. RAZONES QUE SE INVOCAN EN FAVOR DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL	24
3.7. NUESTRA POSICION	26
3.7.1. Aspecto Moral.	27
3.7.2. Aspecto Biológico	34

M

	Pág.
3.7.3. \Aspecto Jurídico	45
3.7.4. \Aspecto Social	54
3.8. \POSICION DE LA IGLESIA CATOLICA	60
4. . INSTITUCIONES BASICAS DEL DERECHO DE FAMILIA QUE INTERESAN	66
4.1. LA FAMILIA	66
4.1.1. Evolución Histórica	66
4.1.2. Características de la Familia Actual	69
4.1.3. Definición. concepto	71
4.2. EL PARENTESCO	76
4.2.1. Definición. Clases	76
4.2.2. Proximidad del Parentesco	79
4.2.3. Efectos Jurídicos	81
4.3. . EL CONCEPTO DE PATERNIDAD EN LA HISTORIA	82
5. \ANTI JURIDICIDAD EN EL PROCESO INSEMINATORIO ARTIFICIAL	90
6. \ALGUNAS INCIDENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA	96
6.1. \INSEMINACION ARTIFICIAL DENTRO DEL MATRIMONIO	98
6.1.1. \Inseminación Homóloga	98
6.1.1.1. \Inseminación Artificial Homóloga durante el matrimonio	98
6.1.1.2. \Inseminación Artificial Homóloga disuelto el matrimonio	101
6.1.1.2.1. El Fruto de Inseminación Artificial Homóloga verificada una vez muerto el marido tiene la calidad de - hijo natural de su madre.	102
6.1.1.2.2. En el campo sucesoral los niños gestados en las con	

	Pág.
diciones mencionadas no pueden ser considerados póstumos	109
6.1.1.2.3. Posible solución parcial al anterior conflicto - jurídico pero solo en sucesiones Testadas	110
6.1.1.2.4. En las Sucesiones Intestadas los niños del supuesto que tratamos carecen de vocación hereditaria	111
6.1.2. \INSEMINACION HETEROLOGA	112
6.1.2.1. \Inseminación Heteróloga con el consentimiento del marido	112
6.1.2.2. Eventualidad de que la Paternidad fuera reclamada por el Dador del Semen	121
6.1.2.3. Caso de desconocimiento de la Paternidad ejercida por los herederos del marido que consintió la Inseminación Heteróloga de su esposa	123
6.1.2.4. \Inseminación Artificial Heteróloga sin el consentimiento del marido	124
6.1.2.4.1. Puede ejercitarse la acción de investigación de la Paternidad contra el Donante	125
6.1.2.4.2. La Heteroinseminación Artificial no consentida por el marido puede hacer culpable a la mujer de la causal 2a. del artículo 154 del C.C.	126
6.2. \INSEMINACION ARTIFICIAL FUERA DEL MATRIMONIO	129
6.2.1. \Inseminación Artificial en el Concubinato	129
6.2.1.1. Cuando el Dador es el Concubino	129
6.2.1.2. Cuando el Dador es un tercero	130
6.2.2. \Inseminación Artificial en mujer Soltera	133
7. EN POS DE UNA REGULACION LEGISLATIVA DEL FENOMENO SOCIAL DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL	135

## BIBLIOGRAFIA

ACTA APOSTOLICA, Sedis, 41, 1.949, p. 557 - 561

ALONSO Martínez Manuel, " La Familia " . En la defensa de la Sociedad.  
Tomo I. Madrid, 1.972. p. 337 s.s.

BATTLE, " Eutelegenesia y el Derecho ". Tomo VII No. 6. Barcelona,  
1.959. p. 657 s.s.

CARDENAL Graffin, Extracto del discurso pronunciado a los médicos Ca-  
tólicos de Londres el 8 de Abril de 1.945. Bogotá. Ediciones Pau-  
linas. Mayo de 1.968.

CENTRO COLOMBIANO DE FERTILIDAD Y ESTERILIDAD,  
Recomendaciones sobre Inseminación Artificial Humana. Bogotá,  
1.979.

CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción sobre el respeto  
de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Ciu-  
dad del Vaticano, Tipografía Poliglota Vaticana, 22 de Febrero -  
de 1.987.

DECRETO 2642 de 6 de 1.980.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 19a. Edición. Madrid, 1.970.

DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, Paris, 1.979.  
Edición 5a.

DICCIONARIO TERMINOLOGICO DE CIENCIAS MEDICAS, 11a. Edición. Barcelona.  
Edición Salvat, 1.979. p. 402 y 530

DUARTE Frech Alberto, Diccionario Jurídico. 1a. Edición. Bogotá. Editorial Colombo Ltda. Noviembre, 1.980.

ENGELS Federico, " Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado ". Moscú. Editorial Progreso, 1.978.

FUEYO Lanery Fernando, " Derecho de Familia" Tomo VI. Volumen I. Valparaíso. Chile, Editorial Imprenta y Litografía Universo A.A., 1.959 p. 31.

GOMEZ Piedrahita Hernán, Derecho de Familia. Bogotá. Editorial Revista " Derecho Colombiano ". 1.978. p. 114.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - REGIONAL CARTAGENA, Informe sobre los procesos de Adopción. I. Semestre 1.978.

LEGISLACION ECONOMICA, Nuevo Código Penal. 1a. Edición. Bogotá. Legis Editores, 1982.

MARCEL Gabriel, Incidencias Psicológicas y Penales. Publicado en la " Fecundación Artificial en seres humanos " .Buenos Aires. Ediciones Studium de Cultura, 1.950. p. 34.

MAZEAUD Henry, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil. 1a. Parte.  
Colección III. Editorial Ediciones Jurídicas Europa - América.  
Buenos Aires, 1.959. p. 31.

" OGGI " , Victoria Kowalsky : " La primera superniña ". Cromos. Bo-  
gotá. Agosto 31 de 1.982. p. 91 - 93

ORTALAN M., " " Comprendido del Derecho romano " . Buenos Aires. Edi-  
torial Heliasta SRL, 1.978. p. 49

ORTEGA Torres Jorge, Código Civil Colombiano. 14a. Edición. Bogotá.  
Editorial Temis, 1.980.

PAPA PIO XII, " Alocución al IV Congreso de Médicos Católicos ". Sep-  
tiembre 29 de 1.949.

PERIODICO EL ESPECTADOR, Revista del Jueves No. 541. Bogotá. Septiem-  
bre 3 de 1.987. p. 5 - 6

PERIODICO EL TIEMPO, Bogotá, Lunes 25 de Mayo de 1.987.

PERIODICO EL UNIVERSAL, Cartagena, Octubre 5 de 1.987. p. 11.

PERIODICO LA RAZON, Buenos Aires. 14 de diciembre de 1.978. p. 8

P. H. LAREDE, " La Inseminación Artificial en Inglaterra ". En  
la obra de " La fecundación Artificial en seres humanos ". Méxi-  
co, 1970.

RADBRUCH Gustav, Introducción a la Filosofía del Derecho. México.  
Fondo de Cultura económica, 1978.

- RAMBAUR Raymond, El drama humano de la Inseminación Artificial - traducido del Francés por el Dr. Baldomero Cordón Bonet. México D.F. Impresiones Modernas S.A. 1.953 . p. 13
- REVISTA COLOMBIANA DE FERTILIDAD Y ESTERILIDAD, The American Fertility Society. p. 255.
- REVISTA SEMANA, Bogotá No. 174. Septiembre 1.985 p. 28 - 30.
- ROBAYO Elisa Cristina, " El Sida ". Revista del Jueves del Espectador. Bogotá No. 536. Julio 30 de 1.987. p. 6 - 7.
- ROBERT Forbes, " En the Legal Aspects of Artificial Insemination ". En el médico legal y la criminología. Buenos Aires. Julio - Septiembre de 1.974. p. 138 y s.s.
- RUGGIERO Roberto de, Instituciones de Derecho civil. Traducción Española. México. Editorial Reus 1.959. p. 712.
- SELECCIONE DE READERS DIGEST, Custodio de la Ortodoxia Católica. Por Michael Fry. Octubre de 1.987. Tomo XCV. No. 563.
- SPLINGER Oswaldo, El Hombre y la técnica y otros Ensayos. Buenos Aires. colección Austral. Espasa Calpe, 1.947. p. 37.
- SUAREZ Franco Roberto " La Filiación ". Imprenta Departamental, Bogotá, 1.956.
- VALENCIA Zea Arturo, " Derecho Civil ". Tomo V.5a. Edición. Bogotá. Editorial Temis, 1.985.

## INTRODUCCION

Nos invaden diariamente todo tipo de informes sobre investigaciones y adelantos científicos en las diversas áreas del saber; así encontramos, por ejemplo, que en el campo de las ciencias biológicas y médicas surgen cada vez procedimientos terapéuticos más eficaces pero que pueden ser portadores de nuevas fuerzas preñadas de resultados imprevisibles para la concepción, gestación y evolución de las futuras generaciones humanas.

Son diversas, en la actualidad, las técnicas aplicables al hecho natural de la procreación. Unas para facilitarlo, otras para investigarlo y manipularlo. Entre otras podemos mencionar : La fecundación "In Vitro", la congelación de embriones humanos, la inseminación artificial ( homóloga y heteróloga ), la recolección y conservación de donantes anónimos, etc.

Todos estos procedimientos le dan posibilidad al hombre de dominar y disponer de destinos; así por ejemplo, brinda la oportunidad de escoger el sexo, raza, color y demás rasgos careotípicos del futuro ser que se desea gestar. Pero a su vez, le brinda la posibilidad de sucumbir a la tentación de violar los límites sagrados que misteriosa y sabiamente ha impuesto la naturaleza en todos sus sistemas.

Las consideraciones que en este estudio se desarrolla se concretan en

la técnica de la inseminación artificial en seres humanos, procedimiento ampliamente desarrollado en veterinaria, pero que tropieza con serias objeciones psicológicas, sociológicas, filosóficas, biológicas y religiosas, cuando es aplicada a seres humanos.

Es sabido que la legislación en todo sistema jurídico, está llamada a regular los hechos sociales que sugieren una ordenación en aras de la armonía y el bien común. Por consiguiente, son esas objeciones en las diversas áreas mencionadas, las que nos servirán de base para trazar derroteros adecuados a una regulación jurídica para el tema que trataremos. Porque todas ellas contienen argumentos que deben ser considerados por el legislador para elaborar una ley suficientemente justa y previsiva para todos los ciudadanos.

Son precisamente estos hechos sociales que generalizados o no aún, empiezan a transformar conceptos y demás disposiciones jurídicas, sociales y personales.

En diversos países del mundo ya se encuentran en vigencia reglamentaciones tendientes a organizar y a controlar esas prácticas. Pero indudablemente es aplicable aquí, el decir popular : " Cada cabeza es un mundo ", y con mayor razón decimos nosotros : " Cada país es un mundo ". Por lo tanto no es honesto ni conveniente, ponernos a imitar ciegamente a estos sistemas jurídicos de " avanzada ", desconociendo nuestra propia identidad nacional, nuestra realidad, nuestra idiosincracia que, a pesar de su heterogeneidad, ha subsistido por mucho tiempo bajo el nombre de Colombia.

Así pues, sin ignorar esta revolución biogenética que nos invade, consideramos, y así lo hacemos notar en las páginas que siguen, necesario un exámen crítico por parte de los hombres de leyes para adaptar y afrontar razonable y saludablemente este fenómeno científico a nuestra

actual y futura sociedad.

Anticipamos para la comprensión del tema que existen dos tipos de Inseminación Artificial, a saber : Homóloga o matrimonial, llevada a cabo con el semen del marido; el otro tipo de Inseminación Artificial es la que origina los mayores interrogantes es la Heteróloga, y se le practica cuando el marido es definitivamente estéril, mediante el uso de esperma de un donante quien, por supuesto, debe permanecer desconocido - por la pareja.

Cuando en apartes del trabajo nos referimos a un tipo de inseminación con las letras IAH, debe entenderse a la primera que acabamos de mencionar, y cuando utilizamos IAD, nos estamos refiriendo a la segunda - modalidad también mencionada.

A pesar de ser un tema de reciente actualidad, su importancia apasionante, ha motivado a muchos de la sociedad humana ( Iglesia, Filósofos, Médicos, Sociólogos, Juristas, etc. ) , que nos han permitido documentarnos para valorar pasiones en pro y en contra de tales prácticas. Algunas de las cuales compartimos y así lo hacemos constar al citarlas; otras las rechazamos enteramente, pero sin embargo, también las exponemos con respeto con el fin de que nuestra posición esté lo menos posible impregnada de apasionamientos perjudiciales para cualquier estudio jurídico.

En el ámbito práctico varias instituciones y profesionales de la Medicina contribuyeron a la formación de nuestros conceptos, entre otros, - los especialistas en Ginecología y Obstetricia Dr. Jaime Arévalo Reyes, el Dr. Alvaro Rodriguez R., el Dr. Antonio de la Hoz; personal administrativo del Centro Colombiano de Fertilidad Humana que dirige el Dr. Elkin Lucena Quevedo en Bogotá. Y muchas otras personas que pedimos disculpas por no alcanzar a mencionar, pero cuya ayuda y asesora

miento fué de notable importancia para enriquecer la información requerida.

Concientes de nuestras limitaciones y posibles errores, anticipamos excusas . Hechas las anteriores anotaciones nos aproximamos al análisis del asunto expuesto.

## 1. REALIDADES SOCIALES

Parece ser que desde la data de Julio Verne, la raza humana experimenta una tendencia incontenible de fugarse al mundo del futuro.

Individuos con características físicas y genéticas seleccionadas por sus futuros padres, parece ser, al mirarse desprevenidamente, un hecho traído de la ciencia ficción o de una novela futurista.

Sin engañarnos y sin soñar, esta es una posibilidad real en nuestro país ; hoy día los llamados " BANCOS DE SEMEN " a donde pueden concurrir los padres de una criatura deseada y solicitar que la madre sea fecundada por medios artificiales, con el semen de un " DONANTE " escogido por ellos pero cuya identidad física es conocida. Sin embargo, sus rasgos careotípicos son suministrados por un técnico. Se intenta la inseminación hasta que en la oportunidad precisa esta pegue y pueda conseguirse el fin deseado.

Luego del proceso de gestación se podrá observar el fruto de la labor, es un niño con características físicas heredadas de su madre y de su padre biológico.

2. ANTECEDENTES

2. 1. CONCEPTO. DEFINICION

Dentro del entender popular las palabras Inseminación, Fecundación y Fertilización, aparecen como sinónimas entendiéndose por tales, concepción o engendro de una criatura. Igual acepción se tiene cuando ese engendro o concepción se hace con medios diferentes al natural y son llamados inseminación, fecundación o fertilización artificiales. Sin embargo, tales hechos ya sean por medios naturales o artificiales, tienen técnicamente significados diferentes.

Conforme al Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas <sup>1</sup>, tenemos que genéricamente la Inseminación es la "siembra del semen, introducción del semen en la vagina"; al buscar la voz fertilización la obra nos remite a la palabra fecundación, en la que se lee "impregnación del óvulo maduro por el espermatozoide y fusión de los pronúcleos masculinos y femeninos".

Es clara la diferencia de conceptos, pues en tanto que la inseminación

-----

<sup>1</sup> Diccionario Terminológico de ciencias Médicas. 11a. Edición. Salvat Editores S.A. Barcelona, 1979. p. 390, 402 y 530.

es llevar a la vagina el semen, la fecundación es la unión de las dos células que formarán al nuevo ser. Igualmente, se hace la diferencia entre la inseminación artificial, que es definida en la misma obra como " La introducción por medio de instrumentos, del semen en vagina o la matriz, de la fecundación artificial, en la cual el óvulo se fertiliza fuera del cuerpo de la mujer, de manera que " extracorpórea ", en la matraz o la platina de un microscopio este sistema es conocido como fecundación in vitro, sistema empleado en el sonado caso de la primera " bebe probeta " en Inglaterra en Junio de 1979.

Tenemos, pues, que inseminación artificial y fecundación artificial, son dos situaciones biológicas completamente diferentes, conllevando - la primera no una fecundación artificial, sino una fecundación natural, pues el espermatozoide que es introducido por medios mecánicos en la - vagina de la mujer, por sí solo y sin ninguna otra intervención humana, penetra en el óvulo y lo fertiliza, mientras que en la segunda, es intervención del hombre la que permite que se produzca la fertilización.

Hecha la diferencia entre ambos conceptos, según cada situación biológica, es preciso decir que a lo largo del presente estudio solo nos referiremos a la inseminación artificial, pues su práctica es de común - ocurrencia en Colombia, mientras que la Fertilización Artificial no ha tenido aún mucha incidencia en nuestro país.

## 2. 2. HISTORIA Y ASPECTOS BIOLOGICOS EN GENERAL DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL ANIMAL Y HUMANA.

La Inseminación Artificial en los animales ha sido practicada desde la antigüedad. Diversos autores aseguran que ya en el año 1.322, un árabe hizo uso de métodos artificiales para fecundar una yegua; con tal - intención utilizó el semen recolectado, clandestinamente de un magnífico ejemplar perteneciente a un jefe enemigo, sin embargo, no hay prue-

bas que indiquen que las viejas tribus árabes hayan practicado en grado apreciable la inseminación artificial.

Algunos tratadistas consideran descubridor de la Inseminación Artificial, al célebre biólogo Italiano , el sacerdote Lázaro Spallanzani, quien al combatir y destruir la teoría del aura seminalis, demostró que no se podía producir ninguna gestación sin el contacto directo entre los gérmenes femenino y masculino. Tras algunas experiencias logró, en el año 1780, la fecundación de una perra con líquido seminal obtenido de un sabueso.

A partir de las investigaciones y descubrimientos de Spallanzani los veterinarios del mundo tuvieron este nuevo y amplio capítulo de la ciencia para su desarrollo y estudio.

F.I. Ivanoff, en Rusia, puso en práctica esta técnica de inseminación en gran escala, aplicándola a todas las especies de animales domésticos. Los Rusos sostienen que sus granjeros la utilizan desde 1889.

De las postrimerías del siglo XX, hasta nuestros días se manifestó el incremento que ha tenido esta técnica inseminatoria en el reino animal, con no pocos éxitos notables. Se explica lo anterior, por los muchos beneficios zootécnicos y económicos que se obtienen con esta práctica, así el semen de un solo ejemplar es suficiente para fecundar un número mucho mayor de hembras que si se intentara mediante la inseminación por el procedimiento normal.

En los Estados Unidos el progreso es incesante en esta materia, en el año 1940 solo las estaciones agrícolas experimentales se dedicaban a la cría artificial, mientras que en 1945 se anotaban ya 225.000 vacas inseminadas artificialmente; en 1949 más de 3.000.000 de ellas lo que representa el 10.% de la existencia de ese país, fueron fecundadas con -

gérmenes de unos 2.000 toros de alta calidad, a cada uno de los cuales correspondieron unas 1.300 vacas.

En Rusia solo durante el año 1936, se inseminaron artificialmente, - 6.450.000 y 230.000 vacas en 8.000 centros de inseminación para ovinos y 1.350 para ganado vacuno; en 1939 se fecundaron ya 1.200.000 vacas y 120.000 yeguas. Estas cifras dan una línea clara de la rapidez con que se difunde y el rápido incremento que tiene la inseminación artificial. Ello se debe entre otras muchas razones : 1) A que es un efectivo medio de lucha contra la esterilidad; 2) Presenta la posibilidad de difundir el semen de alta calidad; 3) Da lugar a la obtención de híbridos que en condiciones naturales no se consiguen; etc.

Se puede dividir el desarrollo histórico de la inseminación artificial en cuatro etapas de la manera siguiente :

Primera : Desde que se tienen noticias de esta técnica, hasta las investigaciones de Lázaro Spallanzani.

Segunda : De las investigaciones de este Italiano, hechas en Favía a finales del siglo XVIII, hasta el siglo XIX en que Ivanoff descubre la forma aplicativa de la técnica de la inseminación artificial.

Tercera : A esta hace parte la serie de perfeccionamientos técnicos para la obtención del semen, hasta la invención de la vagina artificial en 1914 por el italiano Guissepe Amantea.

Cuarta : A esta pertenece el uso de la nueva técnica perfeccionada de conserva del semen fuera del organismo, el transporte del mismo a grandes distancias por los modernos medios de locomoción, nuevos sistemas de fecundación de la hembra, hasta encontrar la técnica tan avanzada de nuestros días.

Hasta el momento solo nos hemos referido a la técnica de la inseminación artificial en los animales, pues este procedimiento, es también conocido en la especie humana desde la antigüedad. Se cuenta que Mun

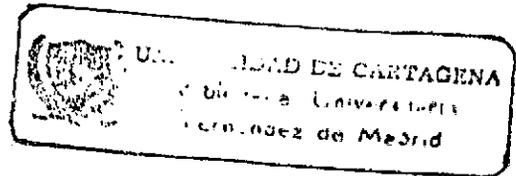
ter, describiendo un viaje que hizo a Portugal y España a fines del si glo XV, narra con todo detalle el Modus Operandi como unos médicos españoles efectuaron la inseminación artificial con una cánula de oro, - en la persona de la Reina Doña Juana de Portugal, segunda esposa de En rique IV, " El impotente ", (1.424-1.474 ) con esperma del monarca.

En el año 1799, el famoso cirujano Inglés John Hunter consigue la primera inseminación artificial en una mujer; para tal efecto, virtió con mucho cuidado el esperma de un tercero en el órgano externo de una se ñora cuyo esposo afecto de hipospádias, no se resignaba a quedar sin - descendencia.

En los Estados Unidos , el doctor J. Marian Sims, realiza una interven ción de este tipo en el año 1866, pero abandonó el procedimiento con - posterioridad, pués estimó que era una práctica médica inmoral. En Fran cia los primeros ensayos de inseminación artificial en la mujer se de ben a Girauld en la primera mitad del siglo XIX. Según éste, de 27 ca - sos inyectados solo resultaron con éxito dos de ellos. En Francia tam bien realizó estudios sobre este tema el doctor A.A. Schorohowa.

Según las agencias de noticias americanas, solamente en los Estados - Unidos vienen al mundo por procedimientos de inseminación artificial, de 15.000 a 20.000 niños por año, de donde se deduce que en los últi - mos años un mínimo de 80.000 niños se deben a este procedimiento.

Es notorio el creciente número de mujeres que son fecundadas artifi - cialmente en los países angloamericanos y tanto ha sido el incremento, que las autoridades religiosas y civiles han adoptado una decidida ac titud frente al alarmante problema y los círculos que se han especia - lizado en esta técnica se han avocado a examinar el caso desde distin tos puntos de vista.



En Norteamérica la inseminación artificial en la mujer se practica en gran escala, y ello se debe, entre otras causas, a la esterilidad masculina, muy extendida en ese país a consecuencia de la tensión psíquica y física a que normalmente se encuentra sometido el hombre de Norteamérica. Con solo leer los periódicos de ese país puede comprobarse que ahí existen clínicas especializadas en lo que se llama "Eutelegenesia", esto, es fecundación de una mujer con el esperma de un hombre, sin el contacto sexual entre los dos.

Durante la segunda guerra mundial, la separación forzosa por término indefinido a que se vieron sometidos los soldados norteamericanos combatientes en ultramar, de sus esposas, residentes en su patria, los indujo a realizar fecundaciones a distancia, lo que se hizo con bastante éxito transportando el esperma recolectado al marido en forma adecuada, por avión hasta los Estados Unidos, donde previa cita, comparecía la esposa a una clínica determinada, para someterse al procedimiento de la inseminación artificial, con el esperma del esposo.

Seymour y Koerner, habiendo interrogado a 30.000 médicos norteamericanos, señalaban 9.487 casos de inseminación artificial seguidos de embarazo; como detalle adicional apuntan que en 5.800 casos se empleó el esperma del marido pero en 3.649 el semen era de un extraño, sin que claramente aparezca la situación matrimonial de la mujer. Cosa que por otra parte, se vió que no interesaba demasiado, dado el concepto tan amplio que del matrimonio se tiene en ese país.

En Inglaterra el problema es aún más agudo, pues solamente en Londres nacen cada año 6.000 niños como resultado de la inseminación artificial humana, debiéndose atender a este dato : solo en un 10.% a 15.% de los casos de semen fecundante procede del marido.

En Francia a la técnica de la inseminación artificial se deben anualmente unos 1000 embarazos.

### 3. ASPECTOS PRACTICOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

#### 3. 1. TIPOS DE INSEMINACION ARTIFICIAL

Existen dos formas de inseminación artificial, cuya distinción está basada como se verá, en el estado civil de la mujer y no en consideraciones de otra índole; es la aceptada por la generalidad de los autores doctos en el tema, y sobre todo es fundamental para el desarrollo de nuestro estudio, por ello lo consignamos.

La Inseminación Homóloga, llamada también Autoinseminación y en los Estados Unidos " A. I. H." ( Artificial Insemination Homologous ). Es la que se realiza con el esperma del marido para aplicarlo a su esposa; se practica dentro del matrimonio.

La Inseminación Heteróloga, denominada también Heteroinseminación y en Norteamérica e Inglaterra " A. I. D." ( Artificial Insemination Donator ), es la que se realiza en la mujer con semen de un extraño, con esperma de un donador que no sea el marido. Si la mujer es soltera es evidente que el donador no es su esposo.

La anterior clasificación genera un sinnúmero de consecuencias en los órdenes moral, religioso, ético, jurídico que en su oportunidad trataremos de abordar.

### 3. 2. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO INSEMINATORIO

En la relación triangular que se genera en el proceso inseminatorio - practicado artificialmente, intervienen tres sujetos : El Médico Especialista, la Madre receptora y el Donante del Semen.

Retomando lo dicho al hacer la distinción entre inseminación y fecundación ( VER SUPRA 2. 1.) encontramos que para que pueda tener éxito - en el sentido de que su práctica cuidadosa y científica genere el embarazo deseado, se requiere la presencia de un Médico que es un técnico ya que tiene la calidad de MEDICO ESPECIALISTA.

Encontramos otro sujeto en esta relación la MADRE RECEPTORA del semen, en cuyo organismo se inicia el proceso inseminatorio y se desarrolla - hasta su máxima expresión a partir del fruto de la concepción.

Por último encontramos también imprescindible la presencia del VARON que aporta el semen, una de las materias primas para la inseminación artificial.

A este sujeto se le identifica como DONANTE. Debemos advertir que és te último sujeto puede tener respecto a la madre diversa situación, es decir, si se trata del esposo de ésta, estaremos frente a la inseminación artificial HOMOLOGA ( VER SUPRA 3.1.), o por el contrario, no te ner esa calidad de esposo y ser simplemente un sujeto anónimo o conocido con relación a la madre, caso en el cual estaremos frente a la - inseminación artificial HETEROLOGA.

Con fines puramente prácticos y con el solo propósito de diferenciar los dos tipos de inseminación artificial y las posibles relaciones en tre la madre y el padre de la criatura, tendremos, pués, dos esquemas

diferentes en el proceso de inseminación artificial, a saber: MEDICO-MADRE - ESPOSO en la inseminación HOMOLOGA, y MEDICO - MADRE - DONANTE, en la inseminación artificial HETEROLOGA; sobrando advertir que el esposo es también donante de la esposa.

Esta precisión de los sujetos intervinientes en la Inseminación Artificial, es de gran importancia pues a lo largo del presente estudio, se tiene presente como esquema básico de la relación social generada por la inseminación Artificial.

### 3. 3. TECNICAS DE INSEMINACION ARTIFICIAL

Es preciso tener en cuenta que la Inseminación Artificial, no es solo el depósito del semen potencialmente fértil en la vagina de la madre, sino que es necesario lograr una sincronización entre la época de la ovulación de la mujer, a fin de que ésta sea exitosa.

El margen de error se ha reducido últimamente en la posibilidad de determinar el momento preovulatorio, e incluso el momento mismo de la ovulación. La ciencia posee mecanismos para determinar tales instantes, así como los necesarios para provocarlos mediante el uso de sustancias químicas inyectadas en la mujer. Cada especialista utiliza la técnica que considere más conveniente para lograr su objetivo.

No siendo nuestra finalidad abarcar el análisis de los procedimientos médicos empleados para tales situaciones partiremos del supuesto de - que el momento preovulatorio ha sido determinado. Generalmente, por - cada ciclo, se realizan entre dos o tres inseminaciones, siendo la primera , dos días antes de la ovulación y la segunda, el día de la ovulación; pasada ésta, mediante análisis de la temperatura basal de la mujer y el moco cervical <sup>2</sup>, se determinará si es necesario o no realizar la tercera inseminación.

Debidamente preparada la receptora con todas las prescripciones del -  
médico especialista, éste último podrá utilizar uno cualquiera de los  
siguientes métodos inseminatorios:

INTRAVAGINAL : En su aspecto más sencillo, la inseminación artificial  
se puede efectuar introduciendo cualquiera jeringa o cánula en la par  
te superior de la vagina y depositando semen en algún sitio de la ve  
cindad del cuello uterino. Esto no tiene ventajas sobre el coito y la  
eyaculación naturales y se puede aplicar solo a situaciones en las que  
son imposibles el coito ( como sucede en caso de impotencia ) o la e  
yaculación intravaginal ( algunos problemas sexuales y eyaculación re  
trógada ), o cuando el semen del marido se ha almacenado antes de al  
gún procedimiento de infertilidad ( por ejemplo, tratamiento de tumo  
res testiculares ).

INTRACERVICAL : Se trata de un refinamiento menor de la Inseminación  
Intravaginal, que consiste en ver el cuello uterino e inyectar el se  
men en la abertura cervical.

Esto no tiene tampoco ninguna ventaja real sobre el coito natural, pe  
ro quizá sería preferible a la inseminación intravaginal ciega en si  
tuaciones en las que se dispone de una cantidad limitada de semen al  
macenado de pacientes sometidos a radioterapia . Esta técnica no pare  
ce tener efectos colaterales importantes.

PERICERVICAL EMPLEANDO UN CAPUCHON CERVICAL : Se han ideado capucho -  
nes para ajustarse sobre el cuello uterino y conservar el semen en con  
tacto estrecho con la abertura cervical, a la vez que queda separado  
del ambiente vaginal adverso. Si estos capuchones no se ajustan estre

-----  
<sup>2</sup>El moco cervical es una sustancia líquida viscosa, producida por la  
glándulas mucosas que se encuentran en el cuello del utero. Dicciona  
rio Terminológico de Ciencias Médicas.

chamente, serán en realidad un problema y no un dispositivo conveniente, e incluso con el ajuste estrecho es dudoso su valor salvo en situaciones en las que el volumen eyaculado es muy reducido.

**INTRAUTERINA :** La inyección directa de espermatozoides en la cavidad uterina eliminará en teoría cualquier forma de hostilidad cervical y evitaría también la pérdida de muchísimos espermatozoides entre el sitio de la evacuación y la cavidad uterina.

**SISTEMA DE LA COPA CERVICAL :** Es el más utilizado y según el cual el semen es depositado mediante una jeringuilla, si es fresco, o si es congelado, mediante un inyector de pajita, en una copa cervical del tamaño, que es introducida por la vagina y depositada en la parte superior del cuello del útero, la cual puede retirarse por la misma receptora o por el médico entre doce y veinticuatro horas después de la inseminación. Este sistema, tiene grandes ventajas, es limpio, eficiente y, además, tolerado por la receptora, rápido por cuanto la colocación de la copa demora solo 10 minutos. Contrariamente, los otros métodos antes dichos, por las dificultades que traen riesgos de enfermedades, incomodidad para la mujer, son muy poco empleados, y se utilizan solo en determinadas circunstancias. En Colombia, como es lógico el sistema de la copa cervical es también el mayormente utilizado.<sup>3</sup>

Sin ser un método para efectuar la inseminación artificial, se ha generalizado la práctica de la llamada técnica o método de la MEZCLA, haciéndose referencia, no a la forma de Inseminar Artificialmente, sino a las muestras de semen empleadas por la misma. La Técnica de la MEZCLA consiste en unir en una sola, muestras de semen de un donante con muestras de semen del esposo de la mujer a la que se va a practicar la inseminación artificial, y de esta manera mezcladas las dos muestras procede a la inseminación con alguno de los métodos anteriormente dichos. De esta forma se ampliaría la posibilidad de que el semen

del esposo, un espermatozoide de éste, fuera el que fertilizara el óvulo de la mujer.\*

Sin embargo, se ha comprobado científicamente que cuando la causa de infertilidad es predicada del esposo de la receptora, no será jamás - un espermatozoide es éste el que fecundará el óvulo, sino que necesariamente ha de ser uno del Donante. De otro lado, cuando la causa de la infertilidad de la pareja no es predicada del esposo de la receptora, es suficiente para lograr el embarazo deseado. Esta técnica trae de suyo grandes complicaciones ya que no puede determinarse si la inseminación artificial es Homóloga o Heteróloga, siendo, además, un engaño quienes solicitan el servicio, pués se les hace pensar en que posiblemente el espermatozoide del esposo fué el fecundante.

### 3. 4. LOS BANCOS DE SEMEN

#### 3. 4. 1. Evolución

El científico Italiano Spallanzani descubrió durante sus observaciones que los espermatozoides que llevaban varios meses congelados recuperaban sus movimientos luego de proceder a su descongelación.

Hacia el año 1886, su compatriota el profesor Montegazzi, basado en - los estudios de Spallanzani y en estudios de diversos científicos propuso la creación del Banco de esperma con el fin de iniciar las primeras inseminaciones en seres humanos.

Solo hasta el año 1949 algunos científicos empezaron a tener en cuenta el pedido de Montegazzi. Tres ingleses descubrieron que el gas carbónico sólido con un agregado de glicerola permitía la supervivencia de las células germinales a una temperatura de 79 grados bajo cero.

\* Inseminación Artificial Homóloga. Panel de Inseminación Artificial Humana. Ponencia del Dr. Elkin Lucena Q., Lima Perú 1978

El doctor Jerme Sherman, profesor de anatomía de la Universidad de Arkansas, fué el primer científico que congeló con éxito semen humano - en 1953. Natural de Broklyn N.Y., el doctor Sherman diseñó la técnica de congelación del semen motivado por " el reto de perseguir el análisis de los factores asociados a la vida y muerte del espermatozoide humano en bajas temperaturas ". El primero de estos Bancos fué fundado - por el Dr. Sherman con el propósito de poder conservar el semen de un esposo cuando está amenazada la continuidad genética natural. Los tratamientos de Radioterapia y Hemoterapia para curar el cáncer, puede - causar aberraciones genéticas, las cuales se transmitirían en el espermatozoide al cigoto ( óvulo fertilizado ); de esta manera, si anteriormente se preserva el semen del esposo, la señora puede someterse a la Inseminación Artificial para fertilizar el óvulo.

Los científicos Franceses y Americanos dieron inicio a los primeros - bancos de semen a través del Hospital Netter de Francia y la cadena de los Ingant en los Estados Unidos.

Tal vez los progresos más impresionantes de la Inseminación Artificial por todo el mundo se encuentra en la organización de servicios IAD (Inseminación Artificial por Donante ) a escala nacional en Dinamarca y - en Francia. En Dinamarca existe un Banco Central de Esperma en Copenhague que envía semen almacenado a 22 departamentos del Sur de Noruega - y de Islandia.

En Francia la Organización CECOS, estableció desde 1973 una red nacional de 14 centros de reclutamiento de donadores y almacenamiento de semen, todos funcionan bajo un mismo protocolo, y genera datos a nivel - nacional igual que en Dinamarca, cada Banco envía semen a los ginecólogos de su área. Tanto en Francia como en Dinamarca, la prestación - de un servicio de I.A.D. nacional con semen congelado está haciendo - que cierran los servicios privados pequeños de semen fresco.

En estos Bancos el producto de cada donante es clasificado, fichado y codificado, teniendo en cuenta los siguientes factores : Raza, grupo sanguíneo, factor RH, altura, peso, color de ojos y cabello. La identificación del donante se mantiene en secreto tanto para el médico como para la pareja.

### 3. 4. 2. Dinámica de Funcionamiento

Primero que todo nos referiremos a la selección de los posibles donantes, enseguida el proceso de almacenamiento según las técnicas de congelación del semen y por último su clasificación y almacenamiento final.

Antes de proceder a la recepción de la muestra de semen, en los Bancos se realiza una selección del Donante, haciendo una historia sobre enfermedades hereditarias, constitucionales, infecciosas corrientes o crónicas y cualquier enfermedad venérea; escogido el Donante, se procede a extraer semen mediante eyaculación provocada ( masajes vesiculoprostáticos, electroeyaculación, masturbación y otros), es analizado para determinar su potencial de fertilización y almacenado en recipientes especiales.

En el procedimiento de selección se tienen en cuenta diversas reglas; a este respecto el Código Sanitario de New York <sup>4</sup> nos clarifica :

1. Una persona cuyo semen sea recolectado con el propósito de una inseminación artificial debe hacerse un completo exámen médico especialmente en el aspecto genital al tiempo de la recolección.

---

<sup>4</sup> Código Sanitario de la ciudad de New York, E.E.U.U.

2. Esa persona debe hacerse un exámen serológico, como test para sífilis y una toma para gono - rrea en un tiempo no menor de una semana antes de la recolección.
3. Ninguna persona que sufra cualquier enfermedad o defecto conocido, que pueda transmitirse genéticamente, puede ser donante.
4. Ninguna persona con enfermedad venérea, tuberculosis o cualquier otra infección puede ser donante.
5. Antes de hacerse la inseminación artificial tanto donante como receptora, deben hacerse un exámen de sangre referente al factor RH, en un laboratorio aprobado por la Secretaría de Salud.
6. Cuando se haga una inseminación artificial, el médico debe llenar un registro que contenga :
  - Nombre del Médico
  - Nombre y dirección del donante
  - Nombre y dirección de la receptora
  - Resultados de los exámenes físicos y el test para el factor RH.
  - El día de la Inseminación.

Estos registros deben considerarse confidenciales y no deben abrirse sino por un funcionario delegado, representante autorizado del Departamento de Salud. Dichas personas no están autorizadas para divulgar ninguna parte del registro, ni la identidad de las personas, excepto cuando la Ley lo exija.

La muestra de semen es clasificada según las características genéticas del donante que inicialmente mencionamos, y posteriormente es congelado a temperaturas que oscilan entre 5 grados centígrados y 15 grados - centígrados; no puede permitirse la cristalización del semen, por cuanto aumentan los riesgos a perderse, dañarse, o alterarse; la cristalización ocurre a temperaturas menores de los 5 grados centígrados.

La baja temperatura, superior en todo a cada 5 centígrados, es obteni

da en recipientes metálicos que contienen nitrógeno líquido, el cual tiene la propiedad de reducir la temperatura y evitar la cristalización del líquido.

La muestra de semen, es tratada de diversas maneras a fin de mantener vivos y pulcros los espermatozoides y permitir que una vez descongelados tengan la movilidad necesaria para fecundar el óvulo.

Al momento de hacerse la inseminación, la muestra congelada es introducida por cualquiera de los métodos antes mencionados, y con el calor del cuerpo de la mujer receptora, se descongela.

El semen puede permanecer en congelación, sin alterar su estructura y utilidad para la inseminación, durante mucho tiempo; teóricamente, se ha calculado una existencia probable de 50 años, más sin embargo hasta el momento el tiempo máximo de congelación ha sido de 10 años por científicos chinos.

### 3. 5. CAUSAS DE INFERTILIDAD EN LA PAREJA QUE LLEVAN A LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

Entre las causas de infertilidad en la pareja las encontramos de naturaleza fisiológica y psicológica, tanto en la mujer como en el hombre.

Habitualmente se cree, o se creía, que la mujer era culpable de la esterilidad en los matrimonios, y ella soportaba el oprobio que se liga a la infecundidad humana. Era despreciada, ridiculizada, repudiada, tanto entre los Semitas ( Judíos y Musulmanes ), como en las tribus Africanas y entre los indios de América.

En Lucas ( prólogo versículo 36) en la anunciación del nacimiento de Jesús encontramos que el Arcángel Gabriel le dice a María : " Y ahí es

tá tu pariente Isabel : también ella en su vejez, ha concebido un hijo y ya está en el sexto mes la que llamaban estéril ". Y en el Génesis lo., 1-3 leemos : " Saray, mujer de Abraham, no le había dado hijos; pero tenía una esclava Egipcia, de nombre Agar; dijo Saray a Abraham : "Ya vez que Yahbeh me ha hecho estéril; llégate, pués a mi esclava; quizás yo tenga hijos por ella ".

En Francia, la comadrería no la perdona, todo por simples presunciones.

La moderna medicina y la ciencia de la biología han destruído esta afirmación, a todas luces errónea. En las uniones estériles, el porcentaje medio de ausencia del poder creador del marido oscila alrededor del 42.%; la mujer no es pués responsable, más que del 58.% aproximadamente de las esterilidades encontradas. Es por ello que se impone el exámen mixto de la mujer y el marido, para la correcta determinación de la causal de esterilidad.

Entre las causas fisiológicas en el hombre que dificultan la fecundación encontramos las referentes a vicios constitucionales del semen y las relativas a malformaciones genitales.

Entre las primeras(vicios constitucionales del semen ) tenemos : NECROSPERMIA, que es la ausencia de todo elemento vivo en el esperma; AZOOSPERMIA, ausencia de todo elemento macho en el esperma; OLIGOSPERMIA, una cifra de espermatozoides inferior a lánormal ( 60 millones por C.C.); HIPERESPERMIA, una cantidad de espermatozoides superior a los 120 millones por C.C.; ASTENOSPERMIA, insuficiente movilidad de un porcentaje elevado de espermatozoides; TERATOZOOSPERMIA, consistente en la existencia en el semen de espermatozoides mal formados.

Entre las malformaciones genitales en el varón, encontramos ; HIPOS-

PADIAS, la PIMOSIS.

Las causas psicológicas que podemos mencionar son las siguientes : EYA  
CULACION PRECOZ, IMPOTENCIA COENDI.

En la mujer al igual que en varón encontramos causas fisiológicas y si  
cológicas.

ANOMALIAS FISIOLÓGICAS : ESTENOSIS ( estechez vaginal ); TABIQUES EN  
LA VAGINA; INHOSPITALIDAD CERVICAL.

ANOMALIAS PSÍQUICAS : FRIGIDEZ; HIPEREXCITACION; NINFOMANIA; ESTERONO  
MIA.

También debemos mencionar la ASTENOSPERMIA que es la imposibilidad de  
ascensión del esperma. El llamado MOCO HOSTIL; es un líquido viscoso  
emanada de las glándulas mucosas de la vagina que por ciertas circuns  
tancias - PH bajo, por ejemplo - matan el espermatozoide.

Un tanto al margen de estas causas de naturaleza estructural y funcio  
nal del individuo en sí mismo, encontramos otras de naturaleza pareja,  
en el sentido de su interacción como tal, destacándose la INFRECUENCIA  
COITAL CONYUGAL, falta de relaciones sexuales frecuentes en la pareja;  
RELACIONES SEXUALES DEFICIENTES, especialmente por ignorancia y falta  
de una elemental educación sexual entre los cónyuges.

Hoy día con menos frecuencia la guerra es un factor generante de infe  
cundidad entre las parejas distanciadas y por ende de que se recurra  
a la Inseminación Artificial. Durante la guerra de Corea, los solda -  
dos Americanos que luchaban en ella, se vieron avocados a enviar mues  
tras de semen por avión a los Estados Unidos por la imposibilidad de  
cohabitar con su mujer.

### 3. 6. RAZONES QUE SE INVOCAN EN FAVOR DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

A estas alturas solo nos hemos referido a análisis genéricos sobre el tema en cuestión, que hemos considerado fundamentales para ubicarnos dentro de un concepto, un hecho y sus causas.

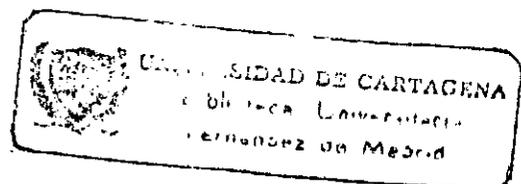
Solo ahora empezamos a revelar posiciones propias sin pretender sentar cátedra, tan solo con el firme deseo de emitir opiniones que puedan tenerse en cuenta en un futuro inmediato antes de adoptar medidas jurídicas y humanas respecto a este nuevo hecho social.

Primero analizaremos las razones que esgrimen los partidarios de la Inseminación Artificial, indistintamente sea homóloga o heteróloga.

Los partidarios de la Inseminación artificial de la mujer, invocan para su justificación la tendencia natural de la mujer por la maternidad. Señalaremos algunos testimonios.

Una serie de psicosis diversas se producen en la mujer cuando encuentran reprimido su instinto natural. Rambaur, nos ofrece una descripción de la influencia que la Inseminación Artificial puede tener en la mujer, y se expresa al respecto en la siguiente forma : " Desde los tiempos Bíblicos en que se encontraba sometida, ante todo, al capricho dominador de los varones, la mujer ha visto mejorarse su condición, gracias a su fecundidad. Constituye el milagro del frágil niño ( esta prueba emocionante de un instituto realizado ) de haber atado con sus pequeñas manos los lazos que, más allá del amor estacional, han retenido al hombre cerca de su compañera ".

" No solamente en potencia está hecha la mujer física y moralmente para la maternidad. Su fin activo es crear vida, recuerda Gina Lombroso. " Y el papagayo de la solterona, su gatito o perrito, son imágenes i-



rónicas pero que testimonian que el ser femenino no puede permanecer - en soledad absoluta ", señala Lévi Valencia. Esta espera ardiente de - maternidad, que atormenta todo el ciclo femenino ( de la joven, incluso de la niña a la esposa), constituye una de las características esenciales de la psicofisiología del " bello sexo ". La madre solo cumple su destino y acaba su perfecto desarrollo " mediante alteraciones ligeras en el sistema simpático y probablemente, en la médula espinal, y sin duda también por modificaciones de estructura mucho más numerosas de las que se cree ", ha afirmado el doctor Donalison también, como hemos señalado precedentemente, " Que maldición ha pasado, en todo tiempo, sobre la mujer estéril, o más exactamente, que pasaba por tal".

Las observaciones médicas atestiguan las diversas psicosis ( ansiedad, ilusiones sensoriales, delirio, etc...) que se producen en la mujer por la represión del instinto natural.

Un abanderado de la inseminación artificial , el Dr. Donalison se expresa duramente así : " A las que han logrado reprimir el traumatismo de la esterilidad", se podría aplicar esta paráfrasis de un gran poeta Polaco : " Los corazones femeninos son colmenas; cuando la miel del amor maternal no las llena se convierten en nidos de víboras ".

Es innegable la atracción que se ejerce desde ahora el nuevo método de procreación sobre innumerables mujeres que, demasiado honestas para recurrir al adulterio, no han podido obtener, mediante la realización natural del acto carnal con su esposo, el hijo que desean con todo el alma. Sobre todo acreedoras de una " cura " de inseminación artificial, aquellas a quienes la desesperación arrastraba antes de entregarse (a menudo a escondidas del marido ) a charlatanes y curanderas y a peregrinaciones grotescas.

Concretamente hablando de la inseminación artificial heteróloga, los

partidarios de ella consideran que el futuro de la inseminación artificial dependerá de los Bancos de Semen congelado, por las siguientes razones :

- El semen congelado es por lo general más económico, pues con una so la eyaculación se pueden dos o más inseminaciones.
- Se puede inseminar a la paciente durante dos o más días consecutivos mediante semen congelado de un mismo donador.
- La organización de donadores es mucho más fácil ( y más barata ) con semen congelado. Los donadores pueden producir muestras uno o dos días a la semana, con ahorro de tiempo a los técnicos y sin necesidad al do nador " bajo llamada ".
- El semen congelado se puede conservar hasta el momento en que los cul tivos bacteriológicos hayan descartado la existencia de infección gono cócica.
- Las muestras de semen congelado se pueden transportar o intercambiar a escala nacional o incluso internacional.
- La compatibilidad de los donadores con las parejas receptoras es mucho más sencilla si se cuenta con un Banco de Semen.
- Se evita con más facilidad de probabilidad de reunión o identifica ción de la receptora con el donador en el caso del semen congelado que en el caso del semen fresco.

### 3. 7. NUESTRA POSICION

Hemos expuesto en forma detallada los argumentos de quienes son parti

darios de la inseminación artificial tanto homóloga como heteróloga.

Nosotros, particularmente, y respetando todo concepto diferente, nos identificamos solo con la inseminación artificial homóloga.

Reconocemos que el equilibrio físico y fisiológico y hasta síquico en la mujer puede restablecerse en muchos casos gracias a la inseminación artificial. Las razones de carácter síquico explican la inclinación en todas, para aceptarla como procedimientos que estén de acuerdo con la moral y con nuestro derecho positivo.

Nuestra posición la fundamentamos en varios aspectos, a saber : aspecto moral, aspecto biológico, aspecto jurídico, aspecto social.

### 3. 7. 1. Aspecto Moral

La mayoría de los médicos que practican , así como los autores que aconsejan la inseminación artificial en seres humanos, estiman que ésta debe ser considerada solo como una técnica más dentro del desarrollo de la humanidad.

Ante este argumento, Raymond Rambaur en su obra " El drama humano de la inseminación artificial "<sup>5</sup> dice : " Se ha querido comparar la inseminación a la transfusión sanguínea, o a una de esas inoculaciones hoy día tan corriente en la práctica médica. Esto es confundir intervenciones cualitativamente bien distintas debido al carácter específico del esperma.

-----  
<sup>5</sup>Raymond Rambaur -El drama humano de la Inseminación Artificial- traducido del Francés por el Dr. Baldomero Cordón Lonet - impresiones - modernas S.A. México D.F. 1953 . p.13

La mujer no puede evitar considerar lo que es ese semen que le ha sido inyectado : de ninguna manera como una sangre inerte ( o lo que parezca ) o como un producto extraído de la farmacopea, sino como una sustancia viva que contiene en germen y en potencia una parte importante de lo físico y de lo moral de otro ser palpitante..."

Sobre el mismo tema , Gabriel Marcel afirmó que cuando se pretende asimilar la inseminación a una transfusión o a una inoculación cualquiera en la práctica médica, se pierde vista el carácter fundamentalmente específico del espermatozoide como tal : " éste sirve de vehículo a una historia , es realmente el portador de ella ".<sup>6</sup>

La práctica de la inseminación artificial humana trae como consecuencia inmediata la separación radical de las dos funciones que concurren indisolubles al acto sexual : una función de procreación y otra de intimidad.

Para aquellos que rigen su conducta por las más estrictas normas de la moral, en especial de la moral cristiana, la que ya se ha ocupado de este asunto, sean los médicos o cualquiera de los actores de este drama, el hombre no tiene derecho a ejercer una de esas dos funciones separadas de la otra por cualquier artificio humano, ya que iría este acto en contra de las exigencias de la misma naturaleza humana. Para la moral cristiana, la providencia quiere que la raza humana se reproduzca en un abrazo de amor, ya que la humanidad al estar dividida en dos grupos , masculino y femenino, se completan ellos, el uno con el otro en el matrimonio, cuyo objeto es la intimidad conyugal, la " Cópula - Carnalis ", esto es, la unión sexual.

---

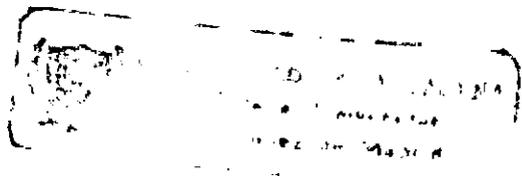
<sup>6</sup>Marcel Gabriel - Incidencias psicológicas y penales publicado en " La fecundación artificial en seres humanos " - Ediciones Studium de Cultura Buenos Aires. 1950.p.34

Pero no podemos enfrascarnos en posiciones tan rígidas y deshechar por completo la inseminación homóloga ( la que se realiza con este hecho - no se atenta contra los más sublimes principios a que debe obedecer el matrimonio : La fé, ayuda y respeto mutuo. Los esposos que por cual - quier deficiencia fisiológica y psíquica no puedan culminar el proce - so fecundativo en forma natural y pudiendo obtener por una vía cintífi ca seria la colaboración para unir los dos elementos vivos, auténticos y básicos : óvulo y espermatozoide; consideramos que no deben ser obje - tados por ninguna tendencia moralista.

Para teólogos y moralistas ninguno de los métodos que proponen los mé dicos para la recogida del semen ( masturbación, coito interrumpido, uso de preservativos, etc.) es moral. Son condenados por ello tales - procedimientos que algunos médicos pretenden legitimar por el fin que se intenta mediante esos actos. El único procedimiento aceptado por - ellos unánimemente es el que consiste en un simple complemento del pro - ceso natural de la procreación.

Después de la cópula realizada normalmente, se recoge el semen en la vagina de la mujer con un instrumento y se le proyecta más adentro en el interior de la cavidad uterina. Consideramos que indiferente el mé todo utilizado en este caso para la obtención de tal fin, pues como - habíamos dicho anteriormente el procedimiento científico basado en téc nicas precisas armoniza el deseo de los cónyuges sin alterar la natura - leza de la relación de éstos con el nuevo ser.

El problema radica en tratándose de inseminación heteróloga. el con - censo general tiende a aceptarla y abundan las tesis de grado e infor - mes médicos en que se promociona su práctica. Hacemos énfasis en el - carácter PROMOCIONAL porque quienes se ocupan en la actualidad de los BANCOS DE SEMEN y de la aplicación especializada han perdido toda no - ción de recato y dignidad de la especie humana dedicándose a comercia



lizar ( OFERTA - DEMANDA ) el semen humano en nuestro país, que, por ejemplo, se paga al donante, la suma que oscila en Quinientos (\$500.00) pesos y un mil ( \$ 1.000.00) pesos, y en los Estados Unidos en donde los donantes reciben , un 90.% entre US\$ 25.00 y US\$ 30.00 por eyacular y 10.% US\$ 100.00 lo que hace que más que donante de semen sean " Vendedores de Semen ".

La técnica nos está envolviendo hasta el punto de querer automatizar las funciones más íntimas de la naturaleza y puede resultar un juego peligroso y maquiavélico.

No desconocemos los favores que la ciencia nos ha proporcionado hasta el momento, ni tampoco dudamos de las buenas intenciones que motivan a los científicos a proporcionar alivio a los males de la humanidad a través de sus experimentaciones; pero no podemos guardar silencio ante los abusos y las prepotencias que suscitan con tal pretexto. Y es que tenemos que analizar conceptos tales como : Qué es un espermatozoide, qué es un óvulo, qué es un embrión, qué es un feto, qué es un ser humano, qué es la familia. Un análisis simplemente científico nos llevaría a admitir cualquier tipo de manipulación o experimentación sobre tejidos, órganos, etc., pero si le damos el matiz humano, social y - porque no metafísico, nos encontramos ante un ser potencia que no debe ser objeto de comercialización a partir de sus elementos esenciales ( óvulo - espermatozoide ). La dignidad del ser en un sentido filosófico debe ser analizada por los juristas del mundo civilizado antes de adoptar cualquier reglamentación sobre un hecho social que ha generalizado su incidencia en la sociedad contemporánea. El Derecho está llamado a organizar y a atemperar la realidad cambiante y este tópico de explosión científica no puede escapar del imperio jurídico.

Conscientes y alarmados por el advenimiento incontrolado de las prácticas que hemos mencionado, además de otros más desconcertantes como

como el alquiler de úteros, los bancos de embriones, etc., se ha organizado en Francia desde 1983, el COMITE DE ETICA PARA CIENCIA DE LA VIDA Y LA SALUD integrado por seis representantes de las principales corrientes religiosas y filosóficas ( cristianas y no cristianas); por especialistas, sicólogos y médicos; por antropólogos y científicos, que dicta ante el gobierno Francés la pauta de la legislación en la materia. La Dra. Catherine Labruse, Abogada de la Universidad de Paris, miembro del Comité mencionado, estuvo recientemente a principios del año 1987 en nuestro país, invitada por la Universidad Javeriana, para dictar conferencias sobre el tema, al respecto manifestó : " De nuestras conclusiones, resulta un renacer de la ética y nuevos conceptos sobre el sentido de la vida que la biología solo podría dar. Muchos consideran que el embrión debe ser considerado persona desde el momento de la concepción. Algunos le dan vida a los siete días, a los catorce días, otros en el momento de su nacimiento. Son asuntos que se prestan a divergencias o especulación.

Sin embargo agrega, hay elemento importante y es la concepción en sí. A partir de la fusión de los gametos masculinos del hombre y de la mujer existe efectivamente la posibilidad del desarrollo de un ser absolutamente único" <sup>7</sup>

Y en este sentido aún las mismas células germinativas sexuales (óvulo y espermatozoide) exigen responsabilidad en un manejo, porque son el producto de seres humanos, o sea que no es un hecho material sino que se sitúa en un contexto moral, social, familiar. Y aceptamos que el hombre debe ser considerado siempre como un fin, nunca como un medio.

Por eso, los franceses dieron una voz de aliento a innumerables investigaciones ya adelantadas, y pidieron interponer a las prácticas genéticas

<sup>7</sup>LABRUSSE, Catherine. Etica y Ciencia: El embrión objeto de manipulación ? El Tiempo. (Bogotá), Marzo 30.1987 C.ID.

y biológicas, la prudencia: " No tomar riesgos mucho más allá de la prudencia ", dijeron.

Y establecieron una serie de normas drásticas : " Es inaceptable - dijeron - atentar contra la dignidad humana y el sentido de la vida antes y desde su concepción ".

En Francia, por ejemplo, se ha rechazado a la fecundación hecha con la finalidad de investigar ( la finalidad de la procreación debe ser procrear ).

Existe una gran mistificación sobre lo que se puede lograr en un laboratorio. Y frente a los científicos se trata de saber si se les puede permitir aún más.

Se ha dicho NO a los Bancos de Semen y a los Bancos de Embriones en Francia, porque ambos comercializan la vida en potencia de un ser humano.

Como habíamos notado anteriormente, no falta los intereses especulativos y lucrativos por parte de científicos inescrupulosos que no encuentran barreras legales ( por ser muy escasas ) ni orales ( porque la sociedad actual ha cedido su jerarquía de valores casi inconscientemente a un precio muy alto ) para manipular la vida humana.

Entre los casos más promocionados lo encontramos en California E.E.U.U. en el " Banco de Semen " con que el magnate Robert Graham, piensa formar una super - raza engendrada artificialmente con el semen de ganadores del premio nobel.

A este respecto el periodista Dereck Auchileck, "Oggi" en un artículo titulado " La super - raza : sus peligros ", plantea lo siguiente :

La inseminación artificial es ha vuelto casi rutinaria y es la única solución para la mayor parte de las parejas que no pueden tener hijos.

Pero muchos se oponen por razones éticas temen llegar un mundo, en manos de ingenieros genéticos, como el de Huxley en " El mundo feliz " - o, porque consideran que el hijo puede dividir a la pareja, al acomplejar al padre o a la madre que no han podido engendrar.

La inseminación, y mucho más cuando se hace en forma planificada, como sucede con el " Banco de Graham " plantea una difícil escogencia : Desecharemos los nacimientos normales, fruto del encuentro fortuito de un hombre y una mujer, en aras de una selección que tenga en cuenta solo la belleza , la inteligencia o la fuerza ?

El ansia de la gente hace que los Bancos ya existentes, pueden ofrecer semen de características físicas similares al padre, los futuros padres escojan uno de ojos azules por motivos puramente estéticos.

Toda pareja, es obvio, quiere un niño lo más bello e inteligente posible, pero ha de comprender que la inteligencia es una mezcla de factores hereditarios y ambientales de muy difícil medición.

El patrimonio genético está contenido en el huevo y el espermatozoide . El genio es un producto de esta unión y, en grado menor de su educación y su experiencia. Se han identificado ciertas características del superdotado que son transmisibles de padre a hijo, pero esto no garantiza que el hijo de un genio sea un genio, porque también hay que contar la contribución de la madre.

En general, los hijos de padres altos nacen altos, y lo mismo sucede con la belleza y, aunque menos, con la inteligencia.

Pero no es absurdo pensar con Graham que en un alto porcentaje los hijos de inteligentes también lo sean.

Es el mismo principio que opera en el semen de pura sangre, un toro de lidia o un perro de raza.

El problema radica en que nosotros no somos animales y en quién lleva a cabo estas operaciones. Qué pasaría si fuera un Hitler ?.

Graham no es exactamente un ántel lleno de buenas intenciones; considera inferiores a los negros y en el fondo su idea parecer ser oprimirlos aún más. Por eso, tal vez, sería mejor que Victoria <sup>8</sup> Kowalski fuera una niña como todas las otras.

Se empiezan a advertir en todo el mundo los posibles perjuicios de orden moral, social y biológicos que podrían generar estas experimentaciones.

Lo que es aún más deprimente es el bajo concepto del hombre en sí mismo al ser asimilado a los animales inferiores, olvidando los miles de años de evolución a través de los cuales superó toda clase de prácticas bárbaras, superando las costumbres para convertirse en un ser social fundamentado en una familia monogámica ( que es la expresión , consideramos, más utilizada y humana de la unión del varón y la mujer ).

Son estas, entre otras, las razones de orden moral por las cuales aceptamos la inseminación artificial homóloga y rechazamos la heteróloga.

### 3. 7. 2. Aspecto Biológico

La inseminación artificial humana por donador, aunque muy extendida en ciertos países ( Estados Unidos e Inglaterra, principalmente), se encuentra limitada todavía a cifras modestas si se considera la proporción de la población total. Pero no hay duda de que está llena las posibilidades de expansión exorbitante. Estas posibilidades significan un grave peligro para la futura salud de la humanidad. Lo que ha comenzado bajo una bandera de eugenesis puede llegar a convertirse en una triste realidad de degeneración física humana en masa.

-----

<sup>8</sup> KOWALSKU, Victoria. " La super - raza : sus peligros ". Primer fruto de inseminación artificial engendrada con semen de ganadores de Premio Nobel del Banco de Semen de Robert Graham. Revista Cromos, Bogotá.

Cuando se trata de cuestiones sociales, y no hay duda de que lo relacionado con el origen humano mismo de la vida humana es una cuestión radicalmente social, no hay que soslayar las posibles últimas consecuencias. Y las consecuencias de una inseminación heteróloga muy difundida son, en un término fatal de dos a tres generaciones, un extraordinario número de matrimonios reales o de fecundaciones artificiales en que se cruzarán las mismas sangres con los consiguientes procesos degenerativos y psiquiátricos reproducidos incesantemente por herencia.

Este punto ha sido tenido en cuenta por grandes genetistas como el Dr. P.CH. Larede, capellán director de la conferencia LAENEC<sup>9</sup> y por el Dr. Robert Forbes<sup>10</sup>, entre otros.

51535

Se observa que basta con 0.01 C.C. de semen para la fecundación, pudiendo estar diluído en un vehículo adecuado. Como la cantidad de esperma normal en cada "aportación" de un donador es de 5 a 6 C.C. (término medio : 5 C.C.), y sobre el supuesto, perfectamente normal, de dos aportaciones por semana, resultan 10 C.C. y, por tanto, unos intentos de fecundación semanales por cada donador.

Al año cada donador podría, pues, ser base de unas 26.500 fecundaciones; 6 descontando un 30.% de frustraciones ( 7.800) se concluye que un solo donador puede ser padre por vía de inseminación artificial de unos 18.000 hijos anualmente. Hagamos ahora elucubraciones sobre cifras

-----  
 9P.Ch. LAREDE : "La inseminación artificial en Inglaterra ". En la obra de la Fecundación Artificial en seres humanos.

10Robert Forbes : " En the legal aspects of artificial insemination ". En el Médico legal y la criminología. Julio - Septiembre de 1974. P138 t ss.

exactas. Según las estadísticas oficiales, en el año de 1.969, en España nacieron 594 niños comparando esta cifra con las anteriores se llega a la asombrosa conclusión de que, teóricamente podrían haber sido engendrados por solo 35 padres, cuya capacidad de procreación durante varios años es evidente, manteniendo, además, las mismas proporciones de incremento demográfico.

Resultaría así, que al llegar estos recién nacidos a la edad adulta y contraer matrimonio entre sí o multiplicar alguno de ellos en concepto de DONADORES su procreación, habría una formidable cantidad de matrimonios o fecundaciones " entre hijos del mismo padre " y esto en la más completa ignorancia de los vínculos reales de parentesco.

Evidentemente, hemos llevado el argumento estadístico hasta el límite. Pero nadie podrá negar que, en ámbito numérico mucho más restringido, la inseminación artificial humana por donador puede concluir a estos resultados, inconciente pero realmente incestuosos, con todas sus secuelas de degeneración orgánica en grandes masas.

Los médicos que practican la inseminación artificial heteróloga creen haber llegado a una fórmula que resolvería estos gravísimos inconvenientes. Es la fórmula de la limitación de las fecundaciones llegadas a término que cada donador pueda proporcionar un número que se ha fijado por algún autor ( Guttamacher ) en 100 embarazos.

Pero es claro que se trata de una posición teórica impracticable . Se encuentra en flagrante contradicción con otro de los postulados de la inseminación artificial, el secreto en que, según sus adeptos debe mantenerse el nombre del donador. Si los donadores no deben ser conocidos y su personalidad ha de quedar en el más hermético anónimo, no se advierte cómo será posible limitar las actividades de un donador. Pero aún cuando existieran registros facultativos de donadores, por lo me

nos sería difícil lograr una coordinación general en grandes ámbitos nacionales; y tratándose de acciones tan radicalmente íntimas, sería en todo caso imposible en la práctica, como a poner vallas a la clan destinidad del tráfico del semen fecundante, convertido en negocio por los hombres transformados en " CABALLOS PADRES ".

Ya hemos analizado los honorarios con que se les retribuye a los do - nantes tanto en nuestro país como en el extranjero ( VER SUPRA 3. 7. 1 ).

De cuanto llevamos dicho sobre este punto de vista, se puede concluir que la inseminación artificial heteróloga lleva en potencia la degeneración de las razas a través de fecundaciones entre consanguíneos que ignoran en absoluto su parentesco. Inseminación que, además, está dentro de lo posible sean en gran número.

Finalmente, sin salir todavía de este punto del aspecto biológico, en contramos que en la necesidad de repetidas operaciones, la medicina a firma la posibilidad de procesos infecciosos e inflamatorios que pueden dar lugar a lesiones, por lo menos temporales, de cierta importancia, complicación, esta cuya relevancia jurídica no debe desestimarse.

Nos asalta otra inquietud relacionada con los criterios de selección de donantes. Por fuente directa <sup>11</sup> nos enteramos que, por ejemplo, aquí en Colombia, en los Bancos de Semen, se somete al donante a un cuestionario genético, haciendo una historia sobre enfermedades hereditarias, constitucionales, infecciones corrientes o crónicas, y cualquier enfermedad venérea. Seguidamente, se procede a la extracción del

-----  
<sup>11</sup>Datos suministrados en el Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad; dirigido por el Dr. Elkin Lucena Quevedo. Bogotá.

semen por cualquiera de los métodos ya explicados ( VER SUPRA 3. 4. 2. ). Después es clasificado el semen según las características genéticas del donante y se prosigue a su congelación.

Hasta aquí hemos podido observar que los Bancos de Semen deben estar en gran medida a la confiabilidad del Donante. el cual, como es obvio, tiene un interés meramente lucrativo, en la generalidad de los casos, y por tanto importante para eludir la verdad respecto a sus antecedentes genéticos conocidos por él.

Es indudable, que el Banco está en la obligación de realizar todos los exámenes necesarios para determinar hasta las más remotas posibilidades lucrativas del espécimen , pero concretamente en nuestro país dudamos de su realización, entre otras razones, porque no existe ninguna reglamentación legal sanitaria para estas instituciones que en forma directa les exija tal reconocimiento ( como lo veremos más adelante ).

Y la idea lucrativa es en muchos casos más predominante que la altruista. A más que los costos elevados de las pruebas clínicas , no harían rentable el negocio.

En esta época de grandes experimentaciones los científicos andan muy ocupados con el llamado flagelo del siglo, nos referimos el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida ( SIDA ); como nos hemos podido enterar por informes televisados y publicados en periódicos de nuestro país consiste esta enfermedad en la destrucción progresiva e irreversible del sistema inmunológico del ser humano producido por el virus V.H.I.

Según los médicos , la enfermedad puede estar en período de incubación de uno a diez años y solo hasta entonces manifestarse plenamente.

" Las vías más importantes de transmisión del virus son el contacto se

xual que resulta igual para heterosexuales y homosexuales, la transfu  
 sión de sangre. y el uso de jeringas ( en los drogadictos intravenosos).  
 En la leche materna también se trasmite el virus y, desde luego una mu  
 jer embarazada que tenga SIDA, sin lugar a dudas infecta a su hijo. Fue  
 ra de los casos de embarazo, la mujer enferma o portadora del virus no  
 es muy común que contagie a un hombre ( la transmisión de mujer a hom  
 bre no es usual ), la enfermedad es practicamente desconocida entre las  
 lesbianas"12 . esto quiere decir, que en tratándose de contacto sexual,  
 es el líquido seminal el vehículo de transmisión de la enfermedad, tén  
 gase muy en cuenta esta característica.

Se especula mucho acerca de pruebas, vacunas, drogas, para prevenir o  
 curar el SIDA. Refiriéndonos a la prueba para detectarlo ( que es lo -  
 que nos interesa en relación con nuestro asunto ) las que se vienen -  
 practicando ( medición de los linfocitos T, cuya función es atacar vi  
 rus, hongos y parásitos y cuya presencia casi nula es característica -  
 de los enfermos de SIDA no son para detectar el SIDA, pero no existe -  
 ningún test para ello; lo que continuamente se califica erróneamente -  
 como prueba para saber si se ha contraído o no la enfermedad, es única  
 mente un test por el que puede ser establecida la presencia del virus  
 V. H. I. si no son encontrados anticuerpos de este tipo ( y si el resul  
 tado es confirmado por un test de control como una RECOMBINANTE ), en  
 tonces, se puede afirmar que la persona que se ha sometido al análisis  
 es un portador de anticuerpos.

Obtiene el resultado serotipo, lo cual quiere decir que alguna vez ha  
 entrado en contacto con el virus V. H. I.; el que alguna vez enferme -  
 de SIDA no puede ser determinado, hasta ahora, por ningún test o equi  
 po científico, del mundo hasta este momento.

-----  
 12ROBAYO, Elisa Cristina. El SIDA. Revista del Jueves del Espectador.  
 Bogotá No. 536,p.6-7.Julio 30 de 1987.

Pero incluso cuando no se halla ningún anticuerpo ( seronegativo ), - puede ser que el analizado se halle contagiado pués los anticuerpos a parecen semanas después del momento infectante - inclusive 26 semanas después - lo que implicaría que para obtener resultado seguro se deberá dejar de tener relaciones sexuales durante casi 30 semanas o realizar actividades sexuales que no resulten infectantes .<sup>13</sup>

" Sin embargo, hasta el momento este exámen solo se realiza en Colombia en algunos laboratorios sofisticados, como el de la Fundación Santa Fé de Bogotá y el Instituto Nacional de Salud y aún en los Estados Unidos, donde es mayor el pánico por la mayor incidencia de la enfermedad, su costo es elevado, cerca de US\$ 60 dólares "<sup>14</sup>

Hemos tratado este aspecto ya que tiene relación con nuestro estudio-  
por lo siguiente :

La creciente expansión de esta enfermedad debido a las relaciones se-  
xuales indiscriminadas ( hombre con hombre, hombre con mujer ); ha creado altos grupos de riesgos, especialmente con el sexo masculino, y por tanto advertimos el peligro de que muchos de los posibles donantes estén siendo portadores de ésta terrible enfermedad.

-----  
<sup>13</sup>VELANDIA MORA, Manuel Antonio. " Sobre la prueba del SIDA". Revista del Jueves del Espectador. Bogotá # 541 p. 5-6 Sept.3 de 1.987.

<sup>14</sup> SIDA " Escándalo. Revista Semana. Bogotá, # 174, p.28-30 Septiem-bre 1985.

También pudimos advertir que incluso habiéndose practicado el mencionado test " ELISA\*" con resultado negativo, puede ser que el analizado se halle contagiado ya que los anticuerpos aparecen semanas después ( hasta 26 semanas después ). Debido a la compleja estructura de la enfermedad serían necesarias varias pruebas. Tenemos entonces, que aún en el caso de que en nuestro país se reglamentara lo relativo a los exámenes previos de rigurosa práctica en los donantes de semen, no sería absolutamente confiable el resultado del que tratara de detectar la presencia del SIDA en un donante, por las razones ya anotadas. Esto nos traería como consecuencia un número incalculable de portadores no declarados del virus y por tanto transmisores de códigos genéticos alterados para futuras generaciones.

Ya hemos visto como en el programa de televisión llamado " INFORME ESPECIAL " transmitido en nuestro país a fines del año pasado, sobre el SIDA, se informó del nacimiento de niños afectados genéticamente con el síndrome. Y el reciente caso de una mujer en Francia que estando afectada del SIDA dió a luz un bebé también afectado de la misma enfermedad.

Además, la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>15</sup>, da una voz de alerta según datos suministrados por la Compañía Aseguradora ESPERIODICA - SUIZA de REASEGUROS. Se calcula que existe en el mundo más de 10.000.000 de personas afectadas en casi un centenar de países, dándole a esta enfermedad un carácter de epidemia mundial.

---

\*Ensayo sobre la enzima librada a los sustratos inmunológicos; se realiza en la sangre.

15 PAVOR AL SIDA. El Universal. Cartagena. Octubre 5 de 1987. p.11.

El problema se multiplica en Africa, Estados Unidos y Europa en donde los índices crecen geométricamente.

En Africa existe aproximadamente 2.000.000 de portadores del virus y más de 50.000 enfermos declarados.

Otro dato obtenido es el que ha aumentado considerablemente el número de recién nacidos que tienen el agente patógeno en la sangre. Se advierte, además, que después de practicar un exámen en un hospital de Zaire un 8.% de las mujeres encinta y un 12.% de los niños entre uno y dos años están infectados.

En esa misma publicación se hace notar que con frecuencia faltan los medios para impedir que el virus contamine los Bancos de Sangre : hasta un 18.% de la sangre donada en Kigali está contaminada.

Y esta lamentable realidad puede materializarse en muchos países del mundo, incluyendo el nuestro, entre otras razones porque no podemos desconocer que los altos costos de los exámenes ( como ya explicamos ) no harían rentable el NEGOCIO ( como ya habíamos mencionado ) de dichas instituciones. Y si por otra parte se les exigiera a los donantes que particularmente se hicieran esa prueba, podría prestarse a conductas criminosas ( falsedad ) , más que, como ya anotamos, aún practicándola no ofrece mayor certeza.

Esto nos muestra la propensión o potencialidad que tendrían dichos Bancos a ser focos de infección involuntaria o negligentemente. En nuestro país vienen funcionando Bancos de Semen hace algo más de 10 años sin ninguna reglamentación que los oriente en aspectos básicos de selección y análisis del semen de donantes.

En Colombia existe un gran vacío jurídico al respecto, no así en los

Estados Unidos, en donde se ha tratado de legislar parcialmente a través del Código Sanitario de la ciudad de New York, los aspectos primordiales en la selección del Semen ( VER SUPRA 3. 4. 2.).

Finalmente, queremos traer a colación un artículo publicado hace pocos meses en la prensa de nuestro país en el cual una científica Norteamericana : Enit Gilbert, profesora de patología y pediatría de la Universidad de Wisconsin, menciona las causas frecuentes de malformaciones en los niños: " ambientales 20.%; genéticas 10.%; multifactorial 60.% . Las malformaciones y deficiencias en los niños hasta ahora comienzan a tratarse como un campo importante en la pediatría o la patología. Durante muchos años, los científicos prefirieron pasar por alto este asunto"<sup>16</sup>

Con esto vemos que los científicos no pueden descartar felizmente las posibles malformaciones o degeneraciones que las prácticas actuales, en el campo que nos ocupa, pueden causar en las generaciones que empiezan a FABRICAR.

Como vimos, un 60.% de ellas es de origen multifactorial y hasta el momento se ha empezado apenas a explorar este complejo aspecto de la biología en humanos.

Además debemos considerar que no obstante haberse logrado la preservación del semen humano con la congelación y de semen probablemente fértil no es garantía de una futura fertilidad del mismo, según el genetista Alemán Behrman.

---

<sup>16</sup>GILBERT, Enit. Por qué nació un niño sin cabeza ? El Tiempo. p.1-2D, Lunes 25 de Mayo de 1.987.

Hay todavía algunos interrogantes para despejar en este campo , por ejemplo : algunos especímenes altamente fértiles no resultan tales después de la congelación, lo cual plantea la pregunta de si el procedimiento de congelación contribuye a esta pérdida de la capacidad de fertilizar o es que hay en el semen factores desconocidos que hacen en alguna parte del mismo sea más afectada que otros, o como sugiere el Dr. Behrman, que algunos especímenes tengan cierta " debilidad genética " que nace o viene bien con los procedimientos de congelación tal como se utilizan en el presente. Las investigaciones médicas realizadas sobre componentes básicos del semen no revelan cambios DETECTABLES (expresión ésta que denota reservas sobre aquellas posibles alteraciones genéticas inaccesibles para el reconocimiento científico hasta el momento ). Sin embargo, se afirma que el ácido desoxirribonucléico (DNA.) del semen almacenado por largos períodos de tiempo no muestra ningún cambio bioquímico.

Los procedimientos actualmente en uso para la conservación del semen, no alteran tampoco hialdronidasa, enzima que ha sido implicada en el proceso de fertilización. Se ha demostrado también que el metabolismo del ácido cítrico no se altera con la crioprotección, en tanto que se ha observado cierta alteración en la fructólisis del líquido seminal.

Como hemos podido analizar, es indudable los pasos agigantados de la ciencia médica para alcanzar aspiraciones futuristas plausibles unas, pero otras de dudosa aceptación, por cuanto son altísimos los riesgos de la artificialización sobre la especie humana y su descendencia porque lo que ha comenzado bajo una bandera de eugenesia puede llegar a convertirse en una triste realidad de degeneración física humana en masa.

Queremos terminar este punto con una expresión de quien con más crudeza y más fuerza dramática ha tratado el tema de la técnica ,Oswaldo Spengler. En su obra " El hombre y la Técnica ", escribe : Artificial, antinaturas

es toda labor humana desde la producción del fuego hasta las creaciones en que las culturas superiores consideramos como propiamente artísticas. " El hombre arrebató a la naturaleza el privilegio de la creación "17.

### 3. 7. 3. Aspecto Jurídico

Al preguntarnos si debe establecerse como institución jurídica la inseminación artificial humana y al examinarla desde el punto de vista moral ( SUPRA 3. 7. 1. ) respondimos un SI para la Homóloga y rechazamos la Heteróloga. Para darle esta misma respuesta desde el punto de vista jurídico, necesario es que veamos un poco las relaciones entre la moral y el derecho.

En las fases primitivas de la vida social existía una costumbre indistinta cuyas normas no tenían una naturaleza moral o jurídica definidas, se encontraban englobadas en un solo conjunto moral, Derecho y Religión.

Todavía en la civilización helénica, el derecho se encontraba fundido en parte con la moral ; y aunque en Roma se desarrolló el Derecho positivamente adquiriendo una figura propia, distinta de la Moral, no se encuentra allí una teoría en la patrística ni en la escolástica.

Una verdadera teoría sobre esa distinción la hallamos hasta una época relativamente reciente, elaborada por Cristian Romasio en 1705. Para éste la moral se refiere sólo a lo interno ( Forum Internum ), no ocupandose del pensamiento. De esto se sigue que la moral no es coercible y lo es

-----  
17 SPENGLER Oswaldo. El hombre y la Técnica y otros ensayos. Colección Austral. Espasa Calpe, Buenos Aires. 1947. p. 37



en cambio el Derecho.

La teoría de Tomasio a pesar de sus defectos, contiene en germen todos los aspectos para trazar una verdadera distinción entre derecho y moral.

Kant fué uno de los seguidores de la teoría de Tomasio y no las modificó sustancialmente. La separación entre Moral y Derecho hecha por éstos dos autores fué llevada al extremo por Fichte, discípulo de Kant; para aquel, existiendo una contradicción casi insanable entre los principios de la Moral y los del Derecho, fundaba su teoría en que el Derecho permite actos que la Moral prohíbe.

A partir de la postura extrema de Fichte, sobrevino una reacción y los escritores que se ocuparon posteriormente de este tema tienen la tendencia de aproximar la Moral y el Derecho, llegando también a tal exageración que en nuestros tiempos se han objetado todos los caracteres diferenciales entre Moral y Derecho ( incluso la coercibilidad ) hasta llegar a renovar la confusión primitiva.

Para algunos teóricos del Derecho, éste y la Moral no pueden separarse porque existe una íntima relación entre las nociones Morales y Jurídicas, pensadores antiguos como Aristóteles incluían el estudio de los elementos del Derecho en sus tratados de ética y para Sócrates y Platón el análisis del derecho fué inseparable de la idea de Justicia.

Es indudable que el Derecho no puede divorciarse de la Moralidad, ya que uno de sus elementos componentes es evidentemente la noción de rectitud a que corresponde la calidad moral de justicia, entonces el Derecho es moral en la medida que la Moral pueda ser impuesta mediante una acción social definida; en otros términos, el Derecho es el mínimo de moralidad formulada y adoptada por una determinada sociedad. Ese mínimo de moralidad tiene que conseguirse a toda costa para el bien del or

den social, si es necesario mediante el ejercicio de la fuerza; aquí tenemos una distinción entre las normas morales y jurídicas, las primeras se basan en la sumisión voluntaria, mientras que las segundas son normas de posible imposición; este es el principio de la coacción.

Para Radbruch, la obligatoriedad del Derecho, su validez, descansa en última instancia, sobre el deber moral del individuo.

La validez del Derecho se basa en la moral, porque el fin del Derecho se endereza hacia una meta moral.

El Derecho, aunque distinto de la Moral por su contenido, se halla unido a ella por un doble vínculo: La Moral es el fundamento sobre el que descansa la validez del Derecho, y porque hacer posible la moral constituye una meta de orden jurídico.

Para otro grupo de teóricos del Derecho, existe una independencia absoluta entre los principios de la Moral y de los del Derecho. Para éstos la moralidad no es el índice por el que se guía el Derecho: por ejemplo, Fichte quien encontró una contradicción insoluble entre los principios de Moral y Derecho, según él, el Derecho permite actos que la Moral prohíbe: como las leyes que consienten al acreedor el ser despiadado contra su deudor, hasta llevarlo a sumir en la miseria, etc.

Después de haber examinado estos dos puntos de vista de las relaciones entre la Moral y el Derecho, podemos contestar a la pregunta que nos hicimos, de acuerdo con cada una de esas dos posturas.

Es evidente que para quienes sostienen que Moral y Derecho, como ya vimos, el problema de si debe establecerse como institución jurídica la inseminación artificial heteróloga humana, no aceptarían bajo ninguna razón el establecimiento de una institución como ésta en el Derecho ya

que ella es contraria a los principios de la moral.

En cambio, para aquellos que sostienen la independencia absoluta entre Moral y Derecho, como ya vimos, el problema de si debe establecerse la mencionada institución en el ámbito jurídico, no existe, pues al no regir la Moral al Derecho, a pesar de su inmoralidad cualquier problema puede ser llevado sin ningún miramiento a formar parte o ser una institución jurídica.

Estas son las dos soluciones que se pueden dar al problema en estudio desde los dos puntos de vista citados. En la Legislación Colombiana, - como más adelante lo haremos notar no se encuentran ni vestigios sobre la inseminación artificial, al igual que en la mayoría de las legislaciones del mundo. Pero al tratar de resolver si se lleva o no ese problema al orden jurídico como una institución por parte del legislador debe atender éste al estudio de su aspecto moral, primero, y posteriormente normar su resolución de acuerdo con la postura que adopte respecto a las relaciones entre Moral y Derecho.

Analizamos ahora cual es el espíritu que inspira a nuestra legislación civil, especialmente en el área del Derecho de Familia para tratar de determinar el grado de moralidad que viene hasta hoy fundamentado en - nuestras instituciones.

En cuanto al matrimonio es una institución fundamenta, porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios. La importancia de esta institución, eje de todo sistema jurídico familiar, se pone de manifiesto en todo el derecho de familia, sino que el matrimonio no solamente es institución jurídica sino ética, social y política ; y tal es su importancia que la estructura del organismo social, depende, en cierto modo, de la regulación del matrimonio. No solo influye el Derecho en esa estructuración o disciplina del ma -

trimonio, sino también la costumbre y la religión; las tres especies de normas : religiosas, consuetudinarias y jurídicas se disputan el dominio de su aplicación.

Para Ruggiero, la familia, como organismo está fundada en la naturaleza y en las necesidades naturales tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación no se encuentra regulada exclusivamente por el Derecho.

En ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico la familia es un organismo ético; de la ética, en efecto, proceden los conceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia apropiándose los a veces y transformándolos de éste modo en preceptos jurídicos .<sup>18</sup>

Como advertimos, en el Derecho de Familia, iremos comprobando que un concepto ético sirve de base para la celebración del matrimonio, de tal manera que éste no es solo un contrato como dice el Código Civil, sino que es una forma de vida moral permanente entre los consortes, tanto en sus propias relaciones; como en la educación de sus hijos. Sin admitir la idea religiosa de que el matrimonio sea un sacramento para el Derecho es evidente que la ley toma en cuenta fundamentalmente el aspecto moral de la institución a fin de que no solo se realice la función biológica de la perpetuación de la especie ( como afirmó Kant ), sino también para que exista una comunidad espiritual entre los consortes que permita a su vez cumplir con los deberes de fidelidad, asistencia mutua y socorro que de común acuerdo establecen el Derecho y la Moral.

-----

<sup>18</sup>RUGGIERO, Roberto de. Instituciones de Derecho civil. Traducción Española. Edit. Reus 1954. p.712

Entre los impedimentos para celebrar el matrimonio, algunos son de carácter estrictamente ético, tales como los que impiden dicho acto entre el adoptante y el adoptado. También el impedimento que se refiere al parentesco consanguíneo en línea recta ascendente o descendente o en la colateral hasta segundo grado, descansa no solo en una idea biológica para evitar la degeneración de la raza, sino también en un principio ético.

En la reglamentación del divorcio encontramos causas de orden moral que motivan la disolución del vínculo como las mencionadas en los numerales 1o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o. y 9o., del artículo 154 del C.C.

Son aspectos morales los que regula el Código Civil tanto en la descendencia legítimo como en la natural, respecto a las relaciones de filiación, pues para presumir como hijos del marido todos los hijos de su esposa tiene como fundamento único la fidelidad de la mujer. Se hace presente un criterio de moralidad social en las acciones de impugnación de la paternidad.

Es por la influencia de la moral en el Derecho, el empeño del legislador para que los beneficios de la legitimación se extiendan no sólo a los hijos nacidos sino al que estuviere por nacer al momento de morir su padre.

Es un principio moral también el que impide que se reconozca por un hombre distinto del marido, al hijo de la mujer casada, a no ser que aquel lo hubiese desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

Así podríamos seguir mostrando casos en los que se pone de manifiesto que en nuestra legislación el Derecho de Familia tiene una influencia determinante moral.

Y si el matrimonio es la institución fundamental del Derecho de Familia, tenemos que el matrimonio está basado con nuestro Código Civil, tanto en la moral como en la naturaleza humana .

Hasta el momento nos hemos referido a grandes rasgos a la influencia moral que existe actualmente en nuestra legislación familiar. Siguiendo - con nuestro rechazo a la heteroinseminación artificial, analizaremos los siguientes aspectos :

Como es sabido , una de las finalidades principales del matrimonio es - la perpetuación de la especie, esto es, la procreación y, necesariamente, ésta deberá fundarse en principios de ética y atender también a la naturaleza humana para así armonizarla con la institución de la cual es finalidad.

También sabemos, que el Código Civil considera la procreación ligada a un coito, al abrazo carnal. Según sus principios tal procreación debe - ser mediante las dos funciones inseparables de generación y abrazo conyugal, o sea, ayuntamiento o cópula ( aunque hemos visto la ciencia a - través de procedimientos de inseminación artificial está obligando a los juristas del mundo contemporáneo a ampliar y reevaluar de modo externo- el antiguo concepto de relación sexual y en especial la idea de que la concepción es consecuencia siempre del contacto directo y personal en - tre varón y hembra.

Leyendo al tratadista Rojina Villegal, entre los derechos subjetivos familiares , que constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, encontramos las que se ejercen de manera continua durante todo el tiempo que permanezca vigente el vínculo conyugal, como los derechos y deberes de vida en común mutuo auxilio, asistencia y socorro en casos de enfermedad, fidelidad y débito carnal.

Solo en el matrimonio tenemos el Derecho subjetivo de poder interferir en la persona misma del sujeto pasivo, para exigir la prestación íntima y personalísima que reconoce el Derecho : el débito carnal. El débito carnal es un derecho subjetivo familiar no patrimonial.

Los Derechos Subjetivos familiares no patrimoniales, no están en el comercio, no son susceptibles de enajenación o transmisión; generalmente el titular no puede renunciar a ellos, modificarlos, celebrar transacción o compromiso en árbitro, ni afectarlos mediante condiciones, términos o modalidades en general. En una palabra, escapan a la autonomía de la voluntad del pretensor y generalmente se establecen por razones - de orden público .<sup>19</sup>

Por el matrimonio los esposos adquieren el derecho a ejercer plenamente su capacidad sexual en la realización natural del acto conyugal.

El hijo es el fruto de la unión conyugal manifestada en la plenitud y por el ejercicio de las funciones orgánicas, de las emociones sensibles que la acompañan, del amor espiritual y desinteresado que los anima. Es en la unidad de este acto humano donde han de situarse las condiciones biológicas de la generación.

Reducir la cohabitación de los cónyuges y el acto conyugal a una pura - función orgánica para la transmisión de los gérmenes, sería solo convertir el hogar doméstico, santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico.

Para Rojina Villegas, en las relaciones conyugales extrapatrimoniales , no cabe la renuncia de ninguna de las facultades que origina el matrimo

---

<sup>19</sup> VILLEGAS, Rojina. Ob. Cit. p. 156

nio , pués los derechos familiares que no tienen carácter patrimonial, son intrasmisibles en virtud de que se conceden en consideración a la persona del titular o a la especial relación jurídica que se constituye.

El artículo 10. del Decreto 1260 de 1970 dice : " El estado de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la Ley ". Observamos que entre las características del estado civil de las personas están su indisponibilidad ( lo cual implica su irrenunciabilidad y que no admita transacción ). En consecuencia, no puede celebrarse el contrato de transacción respecto a los derechos familiares extrapatrimoniales. Sobre estos derechos no puede operar la prescripción extintiva, ya que esta forma solo cabe para los derechos reales, siendo onconducentes para los derechos personales.

El contrato de matrimonio no tiene por objeto al hijo, sino los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida y por eso están destinados a ella.

Entonces, si el derecho a la procreación no es transmisible ni renunciabile, el marido no puede renunciar o transmitir a otro, el derecho de engendrar, ya sea directa o indirectamente, en forma expresa o tácita.

Concluyendo, tenemos que de acuerdo con nuestro actual ordenamiento civil, la procreación solo es concebible mediante la cópula, es decir, mediante la unión de los dos sexos en forma natural, sin separar la generación de la relación personal de los cónyuges, del ayuntamiento. En las actuales circunstancias toda generación sin cópula es ajena al Derecho Civil.

Sin embargo, en tratándose de inseminación artificial homóloga, a pesar de que el conducto natural para la concepción se va desfigurando por la técnica científica, consideramos que no se altera el concepto biológico de paternidad del marido, ya que es su esencia ( y no la de un tercero ), la que se une a la de su mujer para la obtención de un fin al que se encamina su legítima unión.

En tanto, que como mencionamos en apartes anteriores, la relación familiar, natural y social sufre un gran deterioro.

En los próximos capítulos , analizaremos las principales incidencias que tiene la inseminación artificial en la legislación Civil Colombiana.

#### 3. 7. 4 Aspecto Social

Al empezar a tratar el aspecto social del problema, queremos citar un aparte importante de una entrevista hecha al Dr. Jerome Lejeune <sup>20</sup>, un investigador francés, profesor de Genética fundamental, director de investigaciones en el Centro Nacional de Investigación Científica y miembro de la Academia Pontificia de las ciencias, especializado particularmente en el estudio de cromosomas humanos.

Esta entrevista fué publicada en el diario EL HERALDO de Barranquilla en 1987.

Al preguntarle :

Tenemos por un lado mujeres embarazadas que no quieren tener un hijo, y por otro mujeres estériles que no escatiman medios para tenerlos.  
 Qué opina de esta paradoja ?

Respondió :

Es allí donde se llega a la esquizofrenia prodigiosa de

nuestra época. A expensa de los tesoros de la inteligencia y de tecnología, se fabrican niños cuando la naturaleza no los concede. Y por otra parte, se gasta mucho dinero y mucha pena, a la larga, al matar niños que están en perfecto estado y que sus padres no quieren; tengo la impresión de que quizás dentro de una o dos generaciones, nuestros descendientes juzgarán las sociedades dementes que proponían matar a los niños mediante un seguro médico estatal y, simultáneamente, fabricaban otros niños contra viento y marea, también sufragados por el seguro médico.

Al preguntarle :

Quién debe ser para usted el guía para la sociedad en este campo : los médicos, los legisladores, cada uno, la iglesia ?

Respondió :

Hay un sólo guía y es la moral, los hombres de la Iglesia supuestamente deben conocerla, los legisladores deben supuestamente aplicarla y se supone que los médicos deben respetarla <sup>21</sup>.

Si nos detenemos a pensar un poco sobre la declaración que acabamos de transcribir, nos daremos cuenta que es preocupante la situación actual del mundo, atrapado en sus propias contradicciones. Una autoridad en la biogenética como lo es el Doctor Lejeune nos ha manifestado que el Derecho a la vida se ha convertido en el gran juego de la programación, elección y en mayor número de veces, del rechazo del mismo.

Estamos en una sociedad contemporánea enfrascada en necesidades individuales y egoistas que se entusiasman ciegamente ante las innovaciones que le permiten satisfacerlas de momento cayendo en una total mio-

-----

<sup>20</sup>LEJEUNE, Jerome. " A él se debe , la descripción de las anomalías que provocan el mongolismo, la enfermedad que después de este estudio recibe el nombre de TRISONOMIA <sup>21</sup>".

<sup>21</sup> Dice Investigador Francés : Estamos fabricando huérfanos Artificiales. El Heraldo. p. 6 Noviembre <sup>21</sup> de 1986

pia respecto a las consecuencias próximas o remotas que le ocasionará su ligereza.

Se ha perdido de vista el carácter fundamental específico del espermatozoide como tal, cual es el de servir de vehículo a una historia y forjarla realmente ; y lo es aún en condiciones que, a decir verdad, escapan a todo análisis claro y, por tanto, a toda previsión.

Podríamos decir que en un mundo como el nuestro, en que los datos personales e históricos siguen teniendo una importancia de primer orden, deberán juzgarse probablemente, insuperables las dificultades sobre las cuales ha cargado el acento. En cambio, estas mismas dificultades irán desapareciendo en un mundo, si se nos permite así : ANONIMIZADO, en el cual el individuo sería considerado y apreciado cada vez en sus notas singulares, y sería tratado más y más como simple espécimen, provisto de un número ordinal.

Se está apuntando a una perspectiva de posible destrucción del orden social, familiar y moral. Lo que se pretende que sea un mero procedimiento, una técnica, acabaría prácticamente en un mundo ANONIMIZADO, en un mundo IMPERSONAL y ABSURDO.

Y volviéndonos a otro aparte de la entrevista al doctor Jerome Lejaune :

Al preguntarle :

En qué modo puede influir las manipulaciones genéticas en la familia ?

Respondió :

Estamos fabricando huérfanos artificiales. Hasta ahora todos los huérfanos deben su estado a un accidente que acabó con sus padres. Y fabricar huérfanos es un error, porque -

un niño no es como un ternero: se pueden fabricar terneros por inseminación artificial, pero los niños tienen necesidad real de sus padres, porque son los más-capaces de comprenderlos y porque son padres de su vida. Esas son cosas de las que no tenemos derecho de privar a las próximas generaciones. La ruptura de la familia constituye una catástrofe para la humanidad<sup>22</sup>.

Este fragmento nos sirve para hacer eco de la realidad social que se vive en nuestro país. Se alega, entre otras razones, a favor de la inseminación artificial con Donante, el hecho de que con el incremento de las campañas contraceptivas ( especialmente la abortiva ), ha disminuído el número de nacimientos en las últimas décadas y que por tanto no hay niños disponibles para la adopción.

Veremos que no hay tal, y que por el contrario el Estado Colombiano está en mora de cumplir preceptos constitucionales importantes como el artículo 16 y el artículo 19 de la Constitución Colombiana.

El artículo 16 de la C.N. dice :

" Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares ".

El artículo 19 de la C.N. dice :

" La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quien careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que debe darla directamente el Estado ".

---

<sup>22</sup>EL HERALDO. Entrevista a Investigador Frances. Ob.cit. p.6

Donde más se nota el vacío en la organización de nuestro Estado con relación a las necesidades sociales, se precisamente en relación con la asistencia pública y con el deber de protección a las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes. Y es que no se necesita consultar mucha estadística para darnos cuenta de la cantidad alarmante de niños abandonados vagando por las calles sin protección alguna, niñas y niños prostituidos, drogados, vendidos, utilizados desde la más tierna infancia.

Será posible que no los veamos ? Y, repetimos, el Estado no hace nada, nuestros legisladores no hacen nada al respecto. El Estado está en mora de cumplir con la sociedad del mañana que desde hoy respira, llora y siente y que tiene necesidad de amor.

Los niños tienen derecho a un hogar. El Estado está en la obligación - de proporcionárselos. Existen muchas parejas que quieren pero no pueden tener hijos, ni siquiera por inseminación homóloga; entonces el Estado les ofrece un niño para que lo adopten como tal. En esta forma tendríamos una vía para solucionar muchos problemas que aquejan a la sociedad y que se multiplican cada vez más en diversas formas, a saber : abandono, desnutrición, mortalidad, prostitución , drogadicción y delincuencia infantil y juvenil ; así mismo, la solución para muchas parejas ansiosas de albergar en el seno de su hogar a un pequeño en calidad de hijo.

Por último , para ilustrar aún más nuestra afirmación de que existen en nuestro medio gran cantidad de niños en estado de abandono en espera de un hogar que los acoja, consultamos algunos datos estadísticos suministrados por la División de Planeación del ICBF, regional Cartagena.

En el informe sobre el primer semestre de 1987 en el Departamento de Bolívar, encontramos que hay un total de siete menores declarados en es -

tado de abandono; de los cuales cuatro son menores del sexo masculino y tres del sexo femenino. Las edades oscilan tre un mes de nacido hasta cinco años ocho meses.

Hubo un total de treinta y nueve procesos, de los cuales veintinueve presentados por abogados particulares y diez presentados por defensores de menores.

De las treinta y nueve adopciones, dieciseis son plenas y veintitres simples.

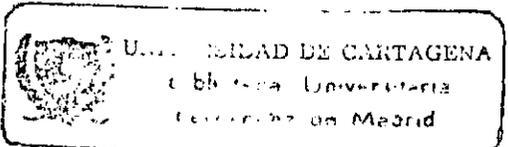
El total de menores incluidos en las adopciones asciende a cuarenta y cuatro de las cuales veintiocho son niños de sexo masculino y dieciseis del sexo femenino.

El total de las sentencias proferidas en los Juzgados de Menores fueron quince <sup>23</sup>.

Y según el informe comparativo de la ejecución de Metas de Servicios del área jurídica en el Proyecto de Adopciones a nivel Regional en 1986, tenemos los siguientes datos : hubo un total de tres mil setecientos seis niños en estado de abandono incluidos en el programa de Adopciones , de los cuales fueron atendidos un mil quinientos setenta y dos, lo que constituye un 43.% del total. T hubo un total de tres mil doscientos sesenta y cinco demandas de adopción de las cuales un mil cuatrocientos cincuenta y tres fueron atendidas lo cual equivale a un 44.5% del total.

Además, existen en el país diversos establecimientos privados autorizados por ICBF, para albergar menores declarados en estado de abandono.

23ICBF,Regional Cartagena. Resumen del Informe sobre los procesos de Adopción, I Semestre,1987.



Sobre este particular debemos observar que son muy pocos los que funcionan en el país, a saber : en Medellín 1. 2 en Bogotá, 2 en Cali, 1 en Bucaramanga.

Generalmente, los niños son entregados por ICBF, en las diversas ciudades, a los llamados " hogares sustitutos ", que son hogares provisionales en donde se encarga de su cuidado a madres de familia, proveyéndoles lo necesario para su manutención. Esto es por corta duración, aproximadamente durante tres meses mientras se tramita su ubicación<sup>24</sup>.

Como vemos, los últimos datos estadísticos del Instituto reflejan parcialmente la cruda realidad social que venimos comentando y quizás, como nos dijo el Doctor Jorge Camargo, Jefe de la División de Planeación del ICBF, Regional Cartagena, esas cifras corresponden sólo a un 10.% del total de la niñez abandonada en nuestro país.

### 3. 8. POSICION DE LA IGLESIA CATOLICA

La posición que ha adoptado la Iglesia Católica data de tiempo atrás, y es rotunda.

La Sagrada Congregación del Concilio, el día 24 de Marzo de 1987 al interrogársele sobre el tema, contestó simplemente : " NON LICERE ".

Anteriormente, en 1945 el Cardenal Graffin, Arzobispo de Westminster, dirigiéndose a los Médicos Católicos de Inglaterra dijo :

Después de la experimentación, seguida de éxito , como los ganados y demás animales de la inseminación artificial hay médicos que están aplicando los mismos experimentos en seres humanos. La mera mención de tal práctica es repugnante, pero nos debemos expresar con toda claridad respecto a cual es nuestra doctrina sobre la

<sup>24</sup> Apartes de la conferencia privada con el Doctor JORGE CAMARGO, Jefe de la División de Planeación del ICBF, Regional Cartagena, Cartagena, Agosto 1987.

inseminación artificial. No nos referimos a la inseminación de la mujer, después de una normal cohabitación con su marido. Tratamos de la práctica de la fecundación artificial con el semen de un hombre que no es su marido. Tal práctica de la inseminación artificial ofende la dignidad del hombre, que además atenta la ley de la naturaleza, y es injusta con la descendencia producto. El donador del semen es reducido al status de un caballo-padre; además, el método usado para obtener el semen (policlución) es gravemente inmoral hasta en el caso de que sea obtenido del marido.

El acto de la mujer por el que recibe el semen de uno que no es su marido tiene la malicia del adulterio. Haced frente a los hechos. Esta práctica es contra la ley Moral Natural, porque la procreación de un hijo debe ser dentro de la familia y el padre debe soportar los deberes de mantenimiento y manutención posterior de su progenie...<sup>25</sup>

En 1949, el Papa Pío XII, dirigiéndose al IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, celebrado en Roma el 29 de Septiembre, hizo una declaración sistemática que, según el texto oficial de la Iglesia, es el siguiente :

1. La práctica de esta fecundación artificial, en cuanto se trata del hombre, no puede ser considerada exclusivamente, 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 ha de condenarse pura y simplemente como inmoral. Tal es, en efecto, la ley natural y la Ley Divina Positiva de que la procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimonio. Solo el matrimonio salvaguarda la dignidad de los esposos (principalmente de la mujer en estos casos) y su bien personal. De suyo solo él provee al bien común y a la educación del niño.

Por consiguiente, respecto de la condenación de una fecundación artificial fuera de la unión conyugal, no es posible ninguna divergencia de opiniones entre católicos. El niño concebido en estas condiciones sería por ese mismo hecho ilegítimo.

<sup>25</sup>-----  
 CARDENAL GRAFFIN : Extracto del discurso pronunciado a los Médicos Católicos de Londres el día 8 de Abril de 1945. Edic. Paulina. Bogotá. Mayo 1 de 1968.

3. La fecundación artificial en el matrimonio, pero producido por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral, y, como tal, debe reprobarse su apelación. Solo los esposos tienen un derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una nueva vida, derecho exclusivo, imposible de ceder-inalienable. Y esto debe ser también por consideración al niño.

4. En cuanto a la ilicitud de la fecundación artificial en el matrimonio bástenos, por el momento, recordar que estos son 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; ni el deseo, en sí muy legítimo, de los esposos de tener un hijo basta probar la ilegitimidad del recurso a la fecundación artificial que realizaría este deseo. Sería falso pensar que la posibilidad de recurrir a esta medida podría volver válido el matrimonio entre personas ineptas para contraerlo por el hecho del impedimento impotentiae. Por otra parte, es superfluo observar que el elemento activo no puede ser jamás provocado lícitamente por actos contra la naturaleza. Aunque no sea a priori excluir nuevos métodos por el solo motivo de su novedad, no obstante en lo que toca a la fecundación artificial, no solamente hay que ser extraordinariamente reservado, sino que hay que descartarla absolutamente. Al hablar así no se prohíbe necesariamente el empleo de ciertos medios artificiales destinados únicamente sea a facilitar el acto natural normalmente llevado a cabo<sup>26</sup>.

Recientemente la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fé, organismo del Vaticano, cuya misión es la custodia de la ortodoxia Católica, publicó la más controvertida y de mayor alcance denuncia doctrinal de los métodos de procreación artificial, los cuales han divulgado rápidamente.

-----  
<sup>26</sup> Acta Apostólica SEDIS, 41. 1960, p. 557-561.

Este documento exhorta a los gobiernos a que controlen estrictamente - la transmisión artificial de la vida y prohíben prácticas médicas tales como la fertilización in vitro, la maternidad vicaria y la experimentación con embriones vivos.<sup>27</sup>

Dada la importancia de este documento por ser el último pronunciamiento de la Iglesia Católica en cuestiones de biogenética, trataremos de sintetizar las ideas fundamentales del mismo.

Se declara que es normalmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el esperma de un donador distinto de su marido, asimismo, la fecundación con el esperma del marido de un óvulo no procedente de su esposo. Se considera, además, moralmente injustificable la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador.<sup>28</sup>

En cuanto a la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio, no la admite, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya el acto conyugal sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquel logre su finalidad natural.<sup>29</sup>

-----  
<sup>27</sup>Selecciones de Reader's Digest. Custodia de la Ortodoxia Católica. Por Michael Fry. Octubre de 1987. Tomo XCV. Número 563 p.105-110.

<sup>28</sup>CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE. Instrucción sobre : El respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Ciudad del Vaticano. Tipografía Políglota Vaticana, 22 de Febrero de 1987, - p.25

<sup>29</sup> Idem. p.31

<sup>30</sup> Idem. p.35

La inseminación artificial sustitutiva del acto conyugal se rechaza en razón de la disociación voluntariamente causada entre los dos significados del acto conyugal.

La masturbación, mediante la que normalmente se procura el esperma , - constituye otro signo de esa disociación : estando privado de un significado unitivo; " falta .... la relación sexual requerida por el orden moral, que realiza el sentido íntegro de la mutua donación y de la procreación humana, en un contexto de amor verdadero.<sup>30</sup>

En el último capítulo de este documento, dedicado a : MORAL Y LEY CIVIL, se hace una exhortación a las autoridades políticas y civiles en los siguientes términos :

... Si el legislador, responsable del bien común, omitiese sus deberes de vigilancia, podría verse despojado de sus prerrogativas por parte de aquellos investigadores que pretendiesen gobernar la humanidad en nombre de los descubrimientos biológicos y de los presuntos procesos de " mejora " que se derivarían de ellos. El " Eugenismo " y la discriminación entre los seres humanos podrían verse legitimados, lo cual constituirá un grave atentado contra la igualdad, contra la dignidad y contra los derechos fundamentales de la persona humana.<sup>31</sup>

Y agrega :

... La intervención de la autoridad política se debe inspirar en los principios racionales que regulan las relaciones entre la ley civil y la ley moral. La misión de la ley civil consiste en garantizar el bien común de las personas mediante reconocimiento y la defensa de los derechos fundamentales, la promoción de la paz y de la moralidad pública.<sup>32</sup>

31 CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE. Op.Cit. p.36

32 Idem. p.36

Finalmente el documento precisa :

... La autoridad política por consiguiente no puede autorizar que seres humanos - sean llamados a la existencia mediante procedimientos que los exponen a los gravísimos riesgos anteriormente mencionados. Si la ley política y las autoridades políticas reconociesen las técnicas de transmisión artificial de la vida y los experimentos a ellos ligados, ampliarían todavía más la brecha abierta por - la legalización del aborto. <sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> CONGREGACION PARA LA DOCTRINA DE LA FE .Op. Cit. p.36

4. INSTITUCIONES BASICAS DEL DERECHO DE FAMILIA  
QUE INTERESAN

Por cuanto el proceso inseminatorio artificial ha sido ideado por el hombre con el propósito de lograr la procreación de la prole cuando la pareja no puede conseguirlo por causas anteriormente mencionadas, o cuando la mujer soltera estando en condiciones de concebir un hijo no quiere hacerlo mediante cópula normal por razones subjetivas, reviste de especial importancia el tema en tratándose del Derecho de Familia, encargado de regular las relaciones (Obligaciones, derechos y situaciones jurídicas), entre los miembros de la familia - padres e hijos y en algunos casos, parientes próximos - y cuál ha de ser el efecto dado por el Derecho a los hechos que considera configuran el proceso inseminatorio principalmente dentro del campo del Derecho de Familia.

Como el Derecho Familiar no es una institución autónoma, sino que es consecuencia de la familia, de las relaciones generadas por este fenómeno social, comenzaremos el estudio analizando dicho fenómeno y sus consecuencias.

4. 1. LA FAMILIA

4. 1. 1. Evolución Histórica

Desde la aparición del hombre sobre la tierra y por razones aún no muy precisas por parte de los científicos y antropólogos, aparece también la

familia, la cual ha estado continuamente y a todo lo largo de la historia de la humanidad sometida a constantes cambios, y su conformación y forma de manifestarse en la sociedad, aún sigue en estado evolutivo.

Conforme a los primeros estudios realizados, existió inicialmente en la humanidad un estado primitivo de comercio sexual sin ninguna clase de limitación; este intercambio fué evolucionando hacia un grupo de mayor cohesión :

LA FAMILIA CONSANGUINEA, en la cual, los grupos conyugales se separaban por las generaciones, de manera que dentro de los límites de la familia todos los hijos e hijas son marido y mujer, y en igual forma los padres y las madres, los abuelos y las abuelas, y así sucesivamente en todas las generaciones para formar círculos conyugales comunes, quedando excluidos de la relación conyugal los ascendientes o descendientes entre sí.

Posteriormente, el proceso de selección comenzó prohibiéndose las relaciones sexuales entre hermanos y hermanas más lejanos, vínculo que en aquel entonces, se extendía no solamente a los hermanos de padres sino también a los parientes colaterales de cuarto y quinto grado. Esta transformación de la familia y las prohibiciones de la relación sexual, llevó a que en donde anteriormente existía un sólo núcleo, existieran varios ya que cada hermano creaba su propio vínculo.<sup>34</sup>

LA FAMILIA PUNALUA, tiene como origen la cohesión del grupo en la forma anteriormente comentada. En este estudio, los hombres y las mujeres que formaban el conjunto compartido sexualmente por los hermanos y hermanas se llamaban entre sí Punalúa, que significa compañero íntimo.

---

<sup>34</sup> ENGELS, Federico. Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado. Editorial Progreso. Moscú, URSS., 1978.p. 25

En la familia Panalúa un número determinado de hermanos formaban un grupo con mujeres comunes quedando excluidos del grupo las hermanas de ellos; o un grupo de hermanas determinado compartían en matrimonio común un cierto número de hombres del que participan sus hermanos; el grupo se constituyó, entonces, en un círculo cerrado de parientes consanguíneos por línea femenina y como es lógico suponerlo, resultaba prácticamente imposible de determinar la paternidad de la criatura así nacida, y siempre existía la certeza de la maternidad razón por la cual se reconocía la descendencia por vía femenina.<sup>35</sup>

FAMILIA SINDIASMICA, bajo el régimen del matrimonio por grupos se encontró el aislamiento de algunas parejas conyugales que mantenían un vínculo único durante un tiempo más o menos largo - también se veían casos en los que dentro de la promiscuidad sexual, algunos hombres y mujeres buscaban compañeros favoritos - . Cada vez fueron menos los grupos de hermanos y hermanas entre los que estaba prohibido el matrimonio y en la creciente prohibición sexual se fué haciendo imposible la unión por grupos que fueron sustituidos por la familia SINDIASMICA.

En este estadio, el hombre vive temporalmente con una sola mujer, pero conserva su derecho a la poligamia; en cambio, mientras dura la vida en común, la mujer está obligada a conservar la fidelidad a su compañero; el vínculo conyugal así creado era frágil y efímero y podía disolverse por voluntad de una cualquiera de las partes; esta forma de familia paulatinamente fué cambiando hasta llegar a las formas actuales.

La familia Sindiásmica dió visos de verosimilitud a la determinación de la paternidad, transformándose así la herencia se determinaba por la línea femenina y los bienes quedaban dentro de los Gens de la mujer en los primeros tiempos de este estadio los bienes pasaban a los miembros de la Gens del hombre, pero a sus hijos quienes pertenecían a la Gens de su madre, y posteriormente a los descendientes de un miem

-----  
<sup>35</sup> ENGELS, Federico. Op. cit. p. 43-59

bro masculino pertenecían en la Gens, en tanto que los de un miembro - femenino debían salir del grupo familiar de la misma y pasar a la Gens de su padre; quedando de esta forma establecida la filiación y la herencia determinados por la paternidad, que aún subsiste en nuestros días.<sup>36</sup>

FAMILIA MONOGAMICA, viene y nace directamente de la familia Sindiásmica y su triunfo definitivo constituye uno de los síntomas de nuestra civilización por entonces en etapa naciente.

Su fundamente principal es el predominio del hombre y su fin expreso es la procreación de hijos a los que no se les discute la paternidad ya que ellos, tomarán la posesión de los bienes de su padre. La familia monogámica se diferencia del matrimonio sindiásmico, por una solidez más grande de los lazos conyugales, ya que no pueden ser disueltos por el deseo de una de las partes. Solamente el hombre puede romper el vínculo repudiando a su mujer y se le otorga el derecho de infidelidad el cual solo sanciona la costumbre, en tanto que si la mujer desea volver a las prácticas sexuales anteriores, es castigada rigurosamente.<sup>37</sup>

Finalmente, evoluciona la familia monógamica constituye uno de los pilares de la actual organización de la familia.

#### 4. 1. 2 Características de la Familia actual

Consecuencia lógica de su evolución antes anotada, la familia contemporánea reviste caracteres propios que continúan en permanente evolución y que para efectos del presente estudio solo miramos diacrónicamente.

Una de las características es la sociedad monogámica por la cual un -

-----  
<sup>37</sup> ENGELS, Federico. Op.cit.p.59-82

hombre se une a una mujer con el fin de formar una familia. Se predicen las ventajas de este tipo de organización familiar, entre otras - por cuanto puede precisarse la paternidad de los seres humanos, ventaja que no se halla en los estadios anteriores de su evolución. Además precisa claramente las obligaciones y derechos entre los cónyuges. La familia monogámica se funda en el derecho de elección y atracción entre dos seres humanos , lo cual es un progreso moral para la familia.

Nuestro Código Civil institucionaliza la monogamia en el artículo 113 cuando dice :

" 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".

Como consecuencia de lo anterior aparecen la finalidad entre los cónyuges, también contemplada en el artículo 176 del Código Civil, cuando son obligados a " guardarse fé ". Además podemos apreciar en gran progreso logrado hasta el momento en relación con los derechos de la mujer, quien ya no está sometida irremediabilmente a la potestad del marido, sino que por el contrario lleva conjuntamente con su esposo y en igualdad de obligaciones y derechos la dirección y organización de su familia; también se ha permitido a lamujer la participación activa en las responsabilidades económicas y sociales de la nación, " liberándose " por completo del yugo marital al institucionalizarse la colaboración y ayuda mutua en la vida conyugal. 38

Encontramos, además, la obligación que tienen los esposos de cohabitar, es decir, la vida conjunta bajo un mismo techo, con o sin hijos menores.

Y como característica de gran importancia tenemos el carácter de orden público de las obligaciones familiares.

-----  
 38 En este sentido pueden verse los Arts. 176 y ss del C.C.C.

Sin embargo, estas características han venido cambiando, y los nuevos elementos de la familia no se han podido estructurar de manera fija dada la crisis social del mundo moderno. Los fenómenos de control natal, el divorcio, la unión libre, los movimientos de liberación femenina, - y sin dejar atrás los nuevos experimentos en biogenética, que incluye el tema en estudio, están llevando a un cambio radical de los conceptos de familia y sus elementos propios.

#### 4. 1. 3 Definición. Concepto.

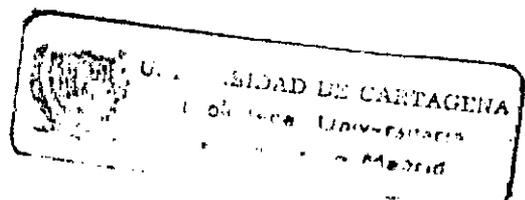
Los tratadistas difieren mucho al tratar de definir lo que es la asociación de personas conocida como familia; quizás por la constante evolución de la misma y por la diversidad de formas que adopta en cada sociedad.

Sin embargo, jurídicamente pueden lograrse definiciones de la familia dentro de la concepción que tiene de ella el Derecho.

En Derecho Romano encontramos varios conceptos de familia, entre otros, el que designa a la familia como el conjunto de Pater Familiae, la mujer y los hijos sometidos a su poder; otro concepto de familia es el que se tiene de la reunión de agnados ( parientes ) y se toma como el conjunto de diversas familias que hallarían todas bajo el poder de un jefe común si viviese; ésta constituye la verdadera familia del Derecho Romano.

También se designa bajo el nombre de familia a la reunión de agnados - bajo el poder de un jefe.

Finalmente, por familia se entiende, en ocasiones en el Derecho Romano el conjunto de todos los bienes del patrimonio del Jefe. <sup>39</sup>



En nuestra legislación no existe definición alguna de la familia. La Ley solo se limita a otorgar derechos e imponer obligación a sus miembros, razón por la cual es preciso recurrir a los tratadistas del Derecho, y lograr en ellos una definición jurídica de la familia.

El Profesor Valencia Zea, la define como : " una agrupación de personas formada por el padre, la madre y los hijos que viven en comunidad doméstica." 40

Por su parte el tratadista Chileno Fueyo Lanery, la define como : "una institución basada en el matrimonio, que vincula a cónyuges y descendientes, bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida ".41

51535

De otro lado, los hermanos Mazeaud la definen como : " la colectividad formada por personas a causa de sus vínculos de parentesco o de su calidad de cónyuges , están sometidos a una misma autoridad : el cabeza de familia ".42

De las tres definiciones anteriormente descritas, las dos últimas, tal vez por ser las más lejanas en el tiempo fueron expresadas desde hace más de veinte años, fundamentan la familia en el matrimonio y descono

39 ORTALAN M. Compendio del Derecho Romano. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires, Argentina. 1978. p.49

40 VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho Civil , Tomo V. Derecho de Familia.5a. Edición, Editorial Temis, Bogotá. 1985.

41 FUEYO LANERY, Fernando. Derecho Civil. Tomo VI. Derecho de Familia, Vol. I, Edi. Imprenta y Litografía Universo A.A. Valparaiso, Chile. 1959. p. 31.

cen la existencia de la misma fuerza de este, los hermanos Mazeaud sostienen que " no hay más que una sola familia : la familia legítima, fundada sobre el matrimonio ".<sup>43</sup> y niegan la relevancia jurídica de la llamada familia natural ; Fueyo, por su parte, basa también su definición en el matrimonio, fuente de la familia.

Finalmente, el profesor Valencia Zea, en su definición, deja entrever la familia fundándola también en el concubinato y habla de la existencia de dos clases de familia : la legítima, proveniente del matrimonio, y la natural, proveniente de una unión, en la que no ha mediado éste, y las condiciones en cualquiera de los dos casos, o la existencia de una "comunidad doméstica ", esto es la convivencia de un hombre y una mujer y sus hijos, bajo un mismo techo para los fines de comunidad corporal y comunidad espiritual.

En ambos se exige la fidelidad de los miembros de la pareja. Sólo que en el matrimonio, como vínculo legítimo amparado se institucionaliza la infidelidad en cualquiera de los cónyuges como causal de divorcio.

En tanto que el concubinato por su carácter ilegítimo no goza de tal prerrogativa o protección y por tanto queda a voluntad de los concubinatos el aceptar o repudiar tal práctica, pudiendo separarse disolviendo toda relación sin recurrir a providencia judicial.

Sin embargo, encontramos otra serie de diferencias entre una y otra unión familiar.

-----  
<sup>42</sup> MAZZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil la. Parte, Colección III. Edit. Ediciones Jurídicas. Europa, América, Buenos Aires. 1959. p.3

<sup>43</sup> MAZZEAUD, Henry y Jean. Ob. Cit. p. 9

En el matrimonio encontramos un principio de autoridad y el carácter - de orden público de las obligaciones familiares derivadas de él. Además encontramos que su celebración implica el deber de formar una comunidad doméstica estable bajo un mismo techo, al punto que su no cumplimiento por parte de uno de los cónyuges constituye abandono de hogar, que trae consigo sanciones de carácter civil para el culpable.

En el concubinato, por el contrario, el carácter de orden público de - las obligaciones familiares derivadas de él es apenas incipiente en - las modernas legislaciones ubicándose principalmente en materia de seguridad social, debido a que las clases asalariadas ( obreros y demás empleados en general ) han luchado desde hace unas tres décadas para las prestaciones sociales a que tienen derecho pertenezcan no solo al marido o a la mujer sino también a la concubina o compañera permanente .<sup>44</sup>

En cuanto al deber de cohabitar bajo un mismo techo, en forma estable exigido en el matrimonio; no lo encontramos con tal exigencia en el - concubinato , en donde solo se requiere que la unión sea estable, sin exigirse que exista residencia independiente de la de alguno de los - concubinos. O sea, es usual en nuestro país que a más del vínculo matrimonial coexista el vínculo concubinario.

Por tal motivo, no se requiere notoriedad ni publicidad en esta última ni que el concubino viva permanentemente con la concubina, pues basta que exista comunidad de habitación ( vida sexualmente activa ) y manutención para gastos domésticos del hogar por parte del concubinario.

Otra diferencia que advertimos radica en cuanto a los fines que persigue cada una.

---

<sup>44</sup>VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit. p.421-422

En la relación concubinaria la unión esta encaminada a satisfacer fines de orden sexual. En tanto que la unión matrimonial será siempre tal aunque excepcionalmente no existían o no puedan existir dichas relaciones, lo que puede ocurrir cuando se realizaron en un tiempo y el matrimonio tenía como finalidad legitimar los hijos procreados.

También habrá matrimonio aún cuando pueda o no quiera realizarse la co<sup>m</sup>unión sexual entre los cónyuges, pues cuando más se tratará de un matrimonio anómalo, susceptible de anularse.

Como hemos podido observar , hay diferencia de conceptos sobre el fenómeno social de la familia, lo que implica una evolución de las concepciones éticas, morales, religiosas, jurídicas de la sociedad actual.

La familia extramatrimonial, como tal, fué evolucionando y aún sigue teniendo, a lo largo de su historia. el repudio general de la sociedad.

En la actualidad tiende a desaparecer el mal tratamiento - llamados antes hijos de dañado y punible ayuntamiento -.

En las definiciones anteriores, puede observarse claramente dicho cambio. En los primeros concubinos desde hace más de veinte años, la única familia es la legítima y se niega de plano la natural, hoy se acepta su existencia, no se pone en duda, y la tendencia es que desaparezca la diferencia entre una y otra, otorgando derechos y obligaciones - en igualdad de condiciones a los miembros de ella.

Muestra de estos cambios lo constituye el hecho de existir en nuestra legislación y desde hace tiempo, un efecto jurídico eventual, para el trato socialmente observado entre padre e hijo natural.

Se trata de la posibilidad de declaratoria de padre natural mediante juicio observado, en primer lugar el trato dado por el padre a la madre durante el embarazo y posteriormente, la posesión notoria del estado de hijo natural, todo lo cual no es otra cosa que la relación social entre el presunto padre y la madre durante el embarazo, y entre el presunto padre y su presunto hijo, una vez éste ha nacido y la forma como se manifieste dicha relación en la sociedad. Es obvio que quien trata como hijo a una persona y esta trata a aquella como padre, es por que entre ellos existe algo más que una simple relación social de amistad, razón por la cual el Derecho, a esta conducta, le otorga efectos, que son eventuales por cuanto requieren de la incertidumbre de un juicio, y que requieren como consecuencia lógica, su prueba en el mismo.

Existen en el mundo contemporáneo, fenómenos nuevos que modifican la estructura de la familia, a saber : la explosión demográfica en los países sub-desarrollados, la generalización y aceptación del aborto, la disminución de los matrimonios y el aumento de la unión libre y el concubinato, la precipitada evolución en la biogenética y sus posibles repercusiones en la familia tradicional, etc.

En el presente estudio nos concretaremos en el análisis de uno de dichos fenómenos. El adelanto de la biogenética, en el campo de inseminación artificial en seres humanos asunto que tratamos de abordar dentro de nuestras limitaciones y errores.

#### 4. 2. EL PARENTESCO

##### 4. 2. 1 Definición - Clases

Al igual que la familia, el legislador no da una definición del parentesco, ni siquiera en forma genética, como si lo están las diversas clases del parentesco : consanguíneo, civil y por afinidad.

Sin embargo, puede afirmarse que el parentesco es una creación jurídica encaminada a señalar la intensidad de los vínculos que unen a las personas descendientes de un tronco común, los que unen a personas ligadas por razón de relaciones por causa de la adopción.

Surge de esta manera, la clasificación tripartita del parentesco, antes mencionada : parentesco por consanguinidad, por afinidad y civil.

El primero de ellas, el PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD, está definido en la ley, artículo 35 del Código Civil , que establece que " el parentesco por consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco común, o que están unidas al vínculo de sangre ". Esta definición permite la existencia de dos clases de parentesco por consanguinidad, el PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD LEGITIMA, cuando las generaciones son el resultado de uniones autorizadas por la ley <sup>45</sup>; en sentido contrario a éste el PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD ILEGITIMO, cuando " una o más generaciones de que resulta, no han sido autorizados por la Ley <sup>46</sup>

Las uniones autorizadas por la Ley, son las que nacen en el matrimonio, y cualesquiera otra unión que surja de éste, no está autorizada por la Ley.

Estan unidos por el parentesco consanguíneo, los padres con los hijos, los hermanos entre sí y en general los ascendientes con sus descendientes.

-----

<sup>45</sup>Código Civil Colombiano, artículo 38

<sup>46</sup>Ibid. artículo 39

EL PARENTESCO CIVIL, es el resultado de la adopción y es la relación o conexión existente entre los padres adoptantes y los hijos adoptivos, distinguiéndose el parentesco, según la clase de adopción.

" Por la adopción simple " el adoptivo continúa formando parte de su familia de sangre, conservando en ella sus derechos y obligaciones <sup>47</sup>, existe de esta manera parentesco civil, entre él o los padres adoptantes y el hijo adoptivo, quien a su vez, conserva su parentesco consanguíneo con los demás miembros de la familia de sangre.

Igualmente, existe parentesco civil, entre los hijos adoptivo simple, con los padres adoptantes.

De otro lado, en la adopción PLENA, el hijo adoptivo pierde los lazos consanguíneos con su familia original, y en consecuencia, ésta no tiene sobre aquel ningún derecho ni obligación alguna, como tampoco lo tiene el hijo adoptivo pleno con su familia de sangre. Sin embargo, perdura el impedimento matrimonial referente a la línea de consanguinidad, ascendente y descendente colateral, siendo nulo en caso de sucederse, el matrimonio celebrado por el hijo adoptado, con cualquiera miembro de su familia de sangre que esté en la misma línea ascendente o descendiente, o con un hermano.

En la adopción plena hay parentesco civil entre el adoptante y el adoptivo, y los parientes de sangre de aquel <sup>48</sup>.

-----  
47 Código Civil Colombiano, artículo 277

48 Código Civil Colombiano, artículo 277

Finalmente, el PARENTESCO POR AFINIDAD que, como el consanguíneo, es a su vez legítimo o ilegítimo, es el que " existe entre una persona - que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer <sup>49</sup>, y el 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 dos personas que estén o han estado casados y los consanguíneos ilegítimos de la otra " <sup>50</sup>, tratándose del parentesco ilegítimo por afinidad.

4. 2. 2. Proximidad del Parentesco

" Lo más importante en el parentesco es determinar la proximidad o distancia entre las personas unidas por él, y ello se obtiene, mediante grado " <sup>51</sup>.

Por grados de consanguinidad se entiende el número de generaciones que separan dos personas de manera que cada grado de consanguinidad entre ellos corresponde a una generación <sup>.52</sup>

Ahora bien, según que cada generación sea descendiente de un determinado tronco común, tendremos la línea en que se encuentra y podrá ser directa y colateral. La línea será directa o recta cuando la forma personas generantes o engendrados " <sup>53</sup>; la línea recta puede ser ascendente ( superior ), cuando se cuenta subiendo de uno de los miembros del tronco común, y descendiente ( inferior ) bajando de éste a aquel. <sup>54</sup>

-----

49 Código Civil Colombiano, artículo 47

50 Ibid. , artículo 48

51 VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit. Tomo V, Derecho de Familia. p. 60.

52 Código Civil Colombiano, artículo 37

Por su parte, la línea colateral, también llamada transversal u oblicua extraverso o lateral transverso oblicua, es la de las personas que ascienden no uno de otros, sino de un tronco común. 55

En el parentesco por afinidad, el grado o línea de afinidad de una persona con los consanguíneos de la otra, se califica por el grado o la línea de esta con sus consanguíneos, sean estos últimos legítimos o naturales. 56

Finalmente, en el parentesco civil, habrá que distinguir entre las dos clases de adopciones : la simple y la plena.

En la plena, el adoptivo establece relaciones de parentesco con los parientes de sangre del adoptante, y en consecuencia los grados y líneas del adoptivo con los parientes de sangre del adoptante, serán los mismos y en igual forma que los grados y líneas del parentesco por consanguinidad, y respecto del adoptante estará en el primer grado civil en línea ascendiente. 57

En la adopción simple, solo se establece parentesco entre adoptante, adoptivo y los hijos de éste, de manera que el adoptivo conserva las relaciones de parentesco con sus consanguíneos, y los grados y líneas con el adoptante, solo serán en primer grado en línea recta, y podrá extenderse desde el adoptante, hasta el segundo grado en igual línea; por lo

-----  
53 Ibid. artículo 42, inciso segundo.

54 Ibid. artículo 43

55 Código Civil Colombiano, artículo 44

56 Ibid. artículo 47 y 49

57 Ibid. artículo 35 y ss. y artículo 279

demás, las relaciones de parentesco del adoptivo con sus consanguíneos continúan, y en consecuencia le serán aplicadas las reglas del parentesco por consanguinidad.

4. 2. 3. Efectos Jurídicos

Entre los principales efectos jurídicos del parentesco, está la vocación hereditaria, que tiene su origen en la consanguinidad por línea directa, sea ascendiente o descendiente, y en la colateral, limitándose hasta el cuarto grado de consanguinidad; se conserva también en el parentesco distinguiéndose si es simple o plena.

Otro de los efectos jurídicos del parentesco es la obligación alimentaria, debiéndose alimentos a los descendientes legítimos y a los hijos naturales, y a su descendencia legítima o natural, al cónyuge , o a los ascendientes, a los hijos adoptivos , a los padres adoptantes y a los hermanos. <sup>58</sup>

Respecto del matrimonio, el parentesco es un impedimento en algunos casos , prohibiéndose el matrimonio entre ascendientes y descendientes en la misma línea, entre colaterales, y a los que están hasta el segundo grado de consanguinidad, <sup>59</sup> así como el matrimonio entre padres e hijos adoptivos y los que están en primer grado de afinidad legítima. <sup>60</sup>

En materia penal, el parentesco constituye, en ocasiones, una circunstancia de agravación o atenuación de la pena.

-----

<sup>58</sup>Código Civil Colombiano, artículo 411

<sup>59</sup>Código Civil Colombiano, artículo 140

<sup>60</sup>Ibid. artículo

#### 4. 3. El Concepto de Paternidad en la Historia

Puesto que se cuestiona en nuestro estudio la moralidad, legitimidad y conveniencia social de la práctica de la heteroinseminación artificial en mujer soltera, es preciso que determinemos la calidad del sujeto DONANTE frente al hijo concebido por la mujer receptora. A partir de un análisis histórico del concepto de paternidad, quizá precisemos un poco hasta qué punto las ficciones jurídicas vulneran o niegan hechos naturales, reales irreversibles, innegables y hasta qué punto dichas ficciones crean contraindicaciones con otras áreas del Derecho.

En los estadios primitivos de la sociedad no se relacionó el concepto con su aspecto biológico.

Sólo existía certeza de la maternidad ya que la paternidad era atribuida en veces al Tótem del grupo, y en otras al espíritu de los antepasados; así mismo, en ocasiones se atribuyó a los fenómenos atmosféricos a los astros. Además, contribuía a dicho anonimato la estructura de las antiguas formas de familia.

Posterior al neolítico, aparece la familia monógama, y sólo dentro de su esquema es posible atribuir la paternidad al marido de la madre.

Pero no siempre el concepto de paternidad estuvo ligado al aspecto biológico sino que además estaba supeditado a la potestad del marido sobre la madre, en una especie de sumisión y esclavitud.

Encontramos, por ejemplo, en el Manú ( Código Hindú ) se establece que el hijo es de aquél a quien pertenece la madre.

En este código, la paternidad fué entendida como un señorío sobre el hijo que deriva el poder que se ejercía sobre la mujer. Existía, pues,

un tipo de derecho de accesión sobre el hijo.

Tenemos entonces que en el Derecho Hindú y en el Hebreo, la paternidad es atribuída al hombre que tiene poder sobre la mujer.

En cambio, en el Derecho Griego antiguo, la paternidad estaba condicionada a la voluntad del padre de familia quien tenía la opción de aceptarla o rechazarla. El espíritu ritualista y solemne de la familia Griega exigía que dicha aceptación se hiciera mediante un acto religioso, en el cual el padre incorporaba al hijo al culto doméstico y que fuera presentado a la patria e inscrito en el registro correspondiente.

Aquí la paternidad está mas condicionada a un acto de voluntad de aceptación que a un hecho biológico de que el hijo hubiera sido engendrado.

En Roma, los juristas, pretender vincular la paternidad al hecho biológico y afirman que padre es el que engendra un hijo, independientemente de la voluntad que se tenga sobre la mujer o de la declaración de voluntad de aceptar al recién nacido como hijo.

Parece que en este enfoque el que inspiró la célebre regla de Paulo recopilada en el digesto cuya idea esencial es : " Los hijos dados a luz por mujer casada tienen por padre al marido ".

En las Siete Partidas también se expuso la regla romana al expresar : " Los hijos que nacen de las mujeres casadas viviendo de consumo con sus maridos, son tenidos ciertamente por hijos de ellos " ( par.IV, tit.II, Ley 7a.)

Así mismo, en la legislación francesa, encontramos que el Código de Napoleón establece : "El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido ".

En este mismo sentido nuestro Código Civil en el artículo 214 , inciso primero, dice : " El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido " .

Tenemos entonces que en nuestros días la autoría que constituye la paternidad es un hecho biológico, es una cuestión genética, es decir, el contacto del semen de un hombre con determinada célula femenina; entonces, el hombre del cual proviene el semen que fertiliza la célula femenina, es el padre.

Estos conceptos son básicos , como inicialmente anotamos, para efectos de tratar de determinar qué tipo de vínculo existe entre un DONANTE de semen y el hijo concebido por la mujer receptora del mismo.

Es el DONANTE padre del hijo habido en tales circunstancias, si tenemos en cuenta que en nuestros días el concepto de paternidad ha evolucionado a consideraciones más saludables para la institución familiar y que no depende, como antiguo, de una potestad que el marido ejerza sobre la mujer o de una declaración especial del hombre consistente en aceptar al nacido como hijo suyo; tendremos que existe ambos sujetos - ( DONANTE - HIJO ) un vínculo biológico que por su mismo carácter natural es irreversible e innegable.

Cuando el hombre concurre a un " Banco de Semen " a VENDER ( porque donar denota una actitud de entrega desinteresada ) su esperma, bajo una condición de anonimato, consideramos que no por eso se desvincula de su posible relación con seres que nacerán a partir de la utilización de su célula para fecundar otras células femeninas desconocidas.

Porque como advertimos la paternidad y el mismo hecho biológico de la fecundación , no dependen de un acto de la voluntad humana aún en el

caso de propiciarla artificial y del mismo procedimiento inseminatorio en mujer soltera, de llegar a reglarse en este sentido, tendríamos que establecida la identidad del Donante, podrían intentarse contra él las acciones que la Ley consagra a favor de los hijos naturales, a saber : filiación y los derivados de la misma.

Y no es exabrupto jurídico como podría parecer, si tenemos en cuenta que el Donante estaría actuando al margen de la Ley que no lo exonera de una responsabilidad previsible al momento de enajenar su semen. Y - que por otra parte, la ley debe ser armónica con el sistema legislativo vigente no desconociendo un principio tan fundamental como el que sentado en la Ley 83 de 1946, que dice : " Todo hijo tiene derecho a saber - quienes son sus padres ". Y dicho principio debe imperar aún sobre disposiciones que establecen la reserva obligatoria sobre la procedencia - del semen en los Bancos del mismo.

La madre o el hijo pueden iniciar la correspondiente investigación de paternidad.

En los Bancos de Semen es obligatorio llevar una historia clínica del donante y al requerirle para indentificar al Donante no podrán rehusar alegando que es secreta, porque como es sabido las historias clínicas - pertenecen al paciente.

Identificado el sujeto podría confirmarse el hecho con la prueba antropo-heredo-biológica, consistente en dieciocho pruebas de diversa naturaleza, practicadas por especialistas del Departamento de Genética del ICBF, que dan un gran margen de certeza, casi de un 100.%

Como advertíamos, que el donante haya renunciado a cualquier derecho personal o patrimonial derivado de la donación , no tiene porque truncarla investigación por que el donante debe ser conciente de que con el se

men donado se persigue la fecundación o mejor, la vida de un nuevo ser con un derecho especialmente protegido por la Ley.

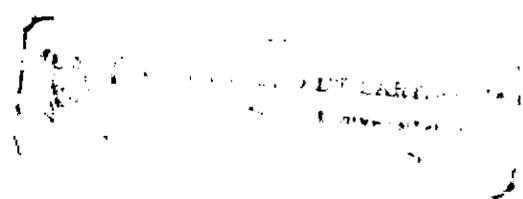
Sin embargo, esto nos llevaría a un replanteamiento de las causales establecidas en el artículo 6o. de la Ley 7568 , para iniciar una acción de investigación de paternidad natural, ya que no mediando trato en el embarazo, parto o posesión notoria, ni carta, ni confesión inequívoca, la inseminación no encuadraría en ellos para llevar a cabo dicha acción.

Sin embargo, queda un recurso en el sentido de hallarle una interpretación doctrinal o jurisprudencial a la expresión relación sexual prevista en dicho artículo 6o. Cuando el legislador emplea, en materia de paternidad la expresión relación sexual o acceso carnal debe tener en cuenta que el fin esencial de las mismas es la procreación. Esto es así, por cuanto las mencionadas expresiones carecerían de sentido si no llevarán implícito su fin.

Tenemos entonces, que sin necesidad de un acceso carnal en sentido material puede realizarse la concepción ( por inseminación artificial) y, estos procedimientos han obligado a los juristas a ampliar de modo extraordinario el concepto tradicional en relación sexual, abandonando la idea de que la concepción es consecuencia del contacto directo y personal entre hombre y mujer.

Dice Valencia Zea :

Con la inseminación no es necesario ese contacto y no es necesaria la cohabitación , en el sentido usual de la palabra. Por este motivo, los juristas se han visto obligados a acudir únicamente al sentido esencial del problema de la paternidad, que en el fondo no es otra cosa que una autoría, sin que revista importancia el modo como se realiza, si me



diante cohabitación o mediante inseminación artificial, pues lo verdaderamente importante es la existencia de esa autoría, que en el primer caso se presume y en el segundo se determina de modo directo .<sup>61</sup>

Entonces, como decíamos en anteriores apartes, la autoría que constituye la paternidad es un hecho biológico, es una cuestión genética, o sea, el contacto del semen de un hombre con determinada célula femenina. Será, por consiguiente padre, áquel de quien proviene el semen que fertiliza la célula femenina.

Sobre la implicación legal de este asunto, el doctor Guillermo Frugoní, Catedrático en Derecho de la universidad de Buenos Aires, en un trabajo expuesto ante la Asociación de Abogados de Buenos Aires, afirmó :

La relación paterno-filial jurídica debe basarse en la paternidad y paternidad genética por descansar sobre un fundamento biológico, el ser fecundado "in vitro" 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...<sup>62</sup>

En cuanto a las implicaciones que con otras áreas del Derecho podría producir la reglamentación o aceptación jurídica de la inseminación artificial con donante anónimo en mujer casada o soltera, entonces encontramos lo siguiente :

---

<sup>61</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit. p.364

<sup>62</sup> Periódico " La razón " . Buenos Aires. Diciembre 14 de 1978. p.8

En el Derecho Penal encontramos el título IX referente a los delitos contra la familia. En el capítulo primero de ese título encontramos el delito de incesto en el artículo 259, que reza : " El que realice acceso carnal u otro acto erótico sexual con un descendiente o ascendiente adoptante o adoptivo, o con un hermano o una hermana, incurrirá en prisión ...."

Se observa aquí que el bien jurídico tutelado es el respeto a los consanguíneos dentro de la línea y grados previstos, así como el parentesco civil para los efectos de las relaciones sexuales; además, por motivos de conservación y protección biológica de la especie humana, se erige en delito tal conducta.

Pero, como pudimos aprender en Derecho Penal, los delitos son culposos, dolosos o preterintencionales.

La generalidad de los delitos de nuestro ordenamiento jurídico son dolosos. Cuando son culposos o preterintencionales la misma conducta nor mal lo advierte. <sup>63</sup>

El delito en cuestión revistió la modalidad dolosa, es decir, para que sea punible es preciso que el autor de la conducta conozca la ilícitud del acto y quiera libremente su realización. Además es necesario que tenga conocimiento del nexo familiar que lo liga al otro sujeto de la acción. De tal suerte que si actúa en completa ignorancia de la existencia de ese vínculo, su conducta sería antijurídica pero no será culpable por virtud del artículo 4o. del C.P.

Pero volviéndonos a cuál es el bien jurídico tutelado aquí, tenemos que resulta incongruente que no se prohíban pudiéndose advertir que las prácticas de inseminación artificial llevan en potencia a la comisión

-----  
<sup>63</sup>Código Penal Colombiano, artículo 35,36 y 37

de innumerables incestos que aunque inconcientes e involuntariamente vulneran el bien jurídico que trata de protegerse a través de esa norma, aunque como explicamos, por su carácter involuntario establecidos para su penalización. Pero en últimas se vulnera la mora, el respeto y la estructura genética.

5. ANTIJURIDICIDAD EN EL PROCESO INSEMINATORIO  
ARTIFICIAL

A través de este capítulo y sin entrar en elucubraciones de fondo que serán hechas junto con varios planteamientos, más adelante, queremos - mostrar como, irresponsablemente por parte de los científicos dedica - dos al fenómeno social en estudio, se viene practicando la inseminación artificial sin ningún control, y con abierta violación de la ley; no se refiere al hecho mismo de la inseminación artificial, sino a los proce - dimientos empleados.

Por no haber actualmente una legislación específica para regular este procedimiento científico en nuestro país, ha de entenderse la Insemina - ción Artificial para los efectos legales en el mismo, como un trasplan - te de componentes atómicos en seres humanos, conforme lo ordena el De - creto No. 2363 de 1986 reglamentario del Título IX de la Ley 09 de - 1979 en cuanto a los procedimientos de trasplante de componentes aná - tómicos en seres humanos, y como trasplante ha de regularse su activi - dad conforme lo ordena dicho decreto.

En efecto, el artículo 10. del citado decreto, establece :

.... " Entiéndese por trasplante el reemplazo, con fines terapéuticos, de componentes anatómicos en una persona, por otros iguales y funcionales, provenien - tes del mismo receptor, o de un donante vivo o muer - to ". 64

Y el artículo 3o. dice : " Denomínase componente anatómico, los órganos, tejidos, células y, en general todas las partes que constituyen un organismo ". 65

Dentro de un criterio y bajo el concepto estrictamente médico, si bien es cierto, que la Inseminación Artificial no es catalogada como un trasplante, nadie niega que los espermatozoides son células, y por tales tienen la calidad de componentes anatómicos por la ley, lo que implica que al ser implantados en la vagina de la mujer, se efectúa un trasplante - en la concepción legal, siéndole de esta manera aplicable al caso de Inseminación Artificial el Decreto 2362 de 1986.

Partiendo de la anterior conclusión ( para los efectos legales Inseminación Artificial es trasplante ) se afirma que en proceso inseminatorio existe una clara violación de la Ley, por cuanto no se reúnen los requisitos establecidos en el Decreto 2363 de 1986 para procederse a la Inseminación.

En primera instancia, establece el Decreto, que sólo podrán realizarse trasplantes , en Centros debidamente autorizados por el Ministerio de Salud; así el artículo 39 se refiere al respecto : " La donación de componentes anatómicos provenientes de seres humanos vivos o cadáveres, así como las operaciones de trasplantes, salvo excepciones previstas en este Decreto, sólo podrán realizarse en Centros Hospitalarios o Instituciones, oficiales o privadas, que hayan obtenido u obtengan Licencia

-----

64 Decreto 2363 de 1986 artículo 1o.

65 Idem. artículo 3o.

Sanitaria de funcionamiento expedida por el Ministerio de Salud ". Au  
torización que no tienen los Centros en donde se practican Inseminacione  
nes Artificiales.

Así mismo, el Decreto 2363 de 1986 ordena lo siguiente :

".... En cada centro hospitalario o Institución en donde se practiquen procedimientos de trasplantes, funcionará un comité de trasplantes conformados de la siguiente manera :

- a- El director de la entidad o su delegado.
- b- El Jefe de los Servicios de cirugía y,
- c- Un médico especialista en el área clíni-  
co - quirúrgica correspondiente a los ti  
pos de trasplantes cuya práctica en la en  
tidad correspondiente haya autorizado el-  
Ministerio de Salud, escogido por los dos  
anteriores." 66

Seguidamente el artículo 38 dice :

" Además de las funciones que les señale el Mi  
nisterio de Salud, los comités de trasplantes  
tendrán lo siguiente :

- a- Determinar el personal que les señale y que componen los diferentes equipos de trasplantes e informar sobre su idoneidad profesional al Ministerio de Salud cuando este lo so  
licite.
- b- Hacer un seguimiento adecuado de los trasplantes realizados.
- c- Darse su propio reglamento.
- d- Los demás que le correspondan de acuerdo con el presente Decreto ".<sup>67</sup>

Ninguno de los centros en donde actualmente se practica la Inseminana

-----  
66Decreto 2363 de 1986 artículo 37

67Decreto 2363 de 1986 artículo 38

ción Artificial, tiene conformada la Junta Médica anteriormente dicha, en clara violación de la ley.

A más de las anteriores transgresiones a la Ley, se hace caso omiso a lo preceptuado en el Decreto que mencionamos, en su artículo 16 en el cual se prohíbe expresamente por los órganos o componentes anatómicos destinados a ser trasplantados o a otros fines terapéuticos o de investigación cualquier tipo de retribución o compensación. Regulado este punto específicamente en el artículo 21 ordinal a), de la misma norma, en los siguientes términos : " Que en ningún caso exista compensación económica alguna, ni en dinero ni en especie, para el donante, el receptor o terceras personas, por los componentes anatómicos recibidos o donados ".

Se prohíbe , de esta manera, en cualquier circunstancia, de acuerdo a la interpretación que venimos planteando, la llamada " venta de semen " único método posible de obtener las muestras por parte de los Bancos de semen.

Se advierte claramente muchas otras determinaciones legales que cobija este decreto y que son omitidas en la desenfrenada práctica del proceso inseminatorio, así tenemos :

" Que el donante haya sido previamente informado sobre las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista so mático, psíquico, psicológico y sobre los eventua les repercusiones que la donación pueda tener sobre la vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se esperan para el receptor ".<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Decreto 2363 de 1986 artículo 21.

110

Dentro del trámite regular de reclutamiento de donadores no se hace - ningún tipo de información a este respecto.

Puesto que el único objetivo de estas instituciones es la de reclutar la mayor cantidad de sustancia orgánica con fines comerciales.

Otro aspecto que plantea el Decreto, y que es de suma importancia es el relativo a que debe practicársele al donante un exámen psiquiátrico para dictaminar si presente o no trastorno mental que pueda afectar su de ci si ón. Sobre este punto podemos ampliar el objetivo de tal examen en - tratándose de este tipo de donación ya que serviría para precisar la ido ne id ad de un trasmisor mercantil de vida humana.

Como hemos mencionado en apartes anteriores, en nuestro país no se veri fi ca ni se verificarán tales medidas preventivas precisamente por lo - costosas y demoradas que resultan no son convenientes para sus intere - sés lu cr ati vi os.

El Decreto también hace referencia a estudios inmunológicos que deben - practicársele tanto al donante como al receptor así :

" Que tanto el receptor como el donante hayan sido informados sobre los estudios inmunológicos u otros que sean procedentes para el caso, entre donante y futuro receptor, llevado a cabo por parte de un labo r at ori o cuyo funcionamiento esté aprobado por el Mi - nisterio de Salud o dependa de una entidad hospita la r ía autorizada para la práctica del trasplante corres pon d ien te." <sup>69</sup>

-----  
<sup>69</sup> Decreto 2363 de 1986 artículo 21

AAA

Sobre este tema ya tratamos en el Supra 3. 7. 2. al tratar el aspecto biológico y nos referiamos a los grandes riesgos infecciosos a que está expuesta la humanidad y sobre todo para la futura generación gestada con estos procedimientos.

La antijuridicidad del proceso inseminatorio antes mencionada, no termina allí, sino que las implicaciones jurídicas que acarrea son grandes y de mucha importancia razón por la cual será preciso comentarlas con más detenimiento adelante.

Por lo pronto, y tratándose de las transgresiones anotadas, el mismo Decreto establece medidas de seguridad y sanciones, tales como : clausura temporal del establecimiento, que podrá ser total o parcial, suspensión total o parcial de trabajos o de servicios; decomiso de objetos y productos ; destrucción o desnaturalización de artículos o productos, congelación o suspensión temporal de la venta o empleo de productos y objetos mientras se toma una decisión definitiva al respecto. Estas medidas referidas en el artículo 47 del Decreto 2363 de 1986 son de ejecución inmediata, tienen carácter preventivo y transitorio sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar; todo lo cual conforme al artículo 47 y siguientes del Decreto 2363 de 1986.

Sanciones que nunca han sido impuestas por el Ministerio de Salud ni por ninguna otra autoridad a los centros especializados en Inseminación artificial que funcionan actualmente en Colombia.

112

6. ALGUNAS INCIDENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL  
EN LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA

El problema de la Inseminación Artificial humana ha llevado a los juristas de algunos países, a la consideración y resolución de casos concretos que ha planteado su práctica.

Se podría pensar que no es urgente una reglamentación al respecto en nuestro país por existir situaciones más conflictivas en Derecho Civil y concretamente en el área de familia que requieren pronta atención. Pero nadie puede desconocer que las técnicas de la Inseminación Artificial en humanos se viene realizando en Colombia y que si no se sabe de un problema de ésta índole planteado ante nuestros tribunales, es sólo debido al secreto al que los profesionales de la medicina están obligados, ya que, en general, se encuentran poco extendida esta práctica en nuestro país.

En los países del hemisferio Norte ( Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Francia, entre otros ) son conocidos diversidad de casos en los que los Tribunales han tenido que fallar en esta materia.

En el Estado de New York, se planteó el caso " Starnad Vs. Starnad ". La demanda emanada de una mujer separada judicialmente de su marido, a la cual se le había confiado la guardia del hijo, niña de 4 años de

edad y que tendía a suprimir o reducir considerablemente el derecho de visita del padre putativo o legal. Después de haber demandado un exámen de sangre , la actora alegó que su marido no tenía derecho sobre la niña porque no había intervenido para nada en su concepción : La inseminación artificial de que era fruto se había hecho con el concurso de un donador anónimo. El juez que atendió el caso, declaró que el hecho de que el niño fuera resultado de una fecundación artificial o natural era indiferente en lo que concierne a los derechos del padre legal desde que éste se había interesado por él y había participado en su sosten.

El marido no debía ser penado por haber consentido la inseminación artificial y el niño debía tenerse como legítimo, y tratado como si fuera nacido de relaciones regulares de los esposos. <sup>70</sup>

Otro caso es el de Gursky Vs. Gursky. También de la Suprema Court of Kings Country de New York de 1963 falló otro caso de inseminación.

Se trataba de una mujer que se había hecho heteroinseminación con permiso del esposo. Sin embargo, el Juez Constantino no aceptó los principios de la sentencia del caso Stmad y se siguió por los principios comunes de niños nacidos fuera de matrimonio, declarando por lo tanto ilegítimo al neonato con base en la sentencia del caso Doornbos.

Pero también dijo el juez que el permiso del esposo equivalía a una semi-adopción y que por lo tanto al padre correspondía el mantenimiento y crianza del niño. <sup>71</sup>

-----  
<sup>70</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Derecho de Familia. Edit.Revista de "Derecho Colombiano Ltda." Bogotá.1978.p.114

<sup>71</sup> GOMEZ PIEDRAHITA ,Hernán. Op.Cit. p.114

Los anteriores solo son ejemplos de la gravedad del problema resultante de la Inseminación Artificial humana y así como los Tribunales del Estado de New York, son mucho los Tribunales de otros países que se han visto sorprendidos con el planteamiento de problemas de esta clase.

En Colombia , hay una total falta de previsión para esta clase de problemas en nuestro ordenamiento civil. Aunque esto no es del todo criticable por cuanto estas experiencias científicas apenas empiezan a producir efecto, pero sí son previsibles, actualmente y por tanto urge la marca de derroteros que la orienten.

Trataremos, por consiguiente, y manteniendo nuestra posición vista ya en el capítulo III de este estudio, de analizar varias hipótesis del hecho de la Inseminación Artificial en relación a las instituciones del derecho familiar, para conocer sus consecuencias, en donde se verán las complicaciones que acarrea su práctica ante nuestra legislación.

6. 1. INSEMINACION ARTIFICIAL DENTRO DEL MATRIMONIO

6. 1. 1. Inseminación Homóloga

Ya hemos explicado que se llama así aquella que se verifica con semen del marido.

Analizamos entonces las siguientes hipótesis que pueden presentarse en esta modalidad :

Inseminación Homóloga durante el matrimonio e Inseminación Homóloga di suelto el matrimonio.

6. 1. 1. 1. Inseminación Artificial Homóloga durante el Matrimonio.

En esta hipótesis tenemos alamujer que se hace inseminar con el semen

115

de su marido estando vigente el matrimonio.

Examinemos ahora el parentesco que surge :

El dador en este caso es el marido de la madre inseminada artificialmente, entre éste y el hijo fruto de la inseminación existirá parentesco de consanguinidad en primer grado en línea recta.

De aquí se derivan toda la serie de consecuencias lógicas establecidas en la Ley en tratándose de hijos habidos en un matrimonio por el medio natural de la cópula entre sus padres. Entre otras consecuencias subsiste el impedimento de contraer matrimonio entre consanguíneos previsto en el artículo 140, inciso 9o. del C.C. reza así : " El matrimonio es nulo y sin efectos : Inc. 9o. cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendiente y descendientes o son hermanos.

Otra consecuencia del parentesco es la prohibición de tener acceso carnal entre personas que tengan parentesco de consanguinidad en segundo grado por línea colateral y entre parientes afines en línea recta. Esta conducta es considerada penalmente como delito de incesto, según el artículo 259 del Código Penal.

En cuanto a la filiación resultante en este tipo de Inseminación :

Definamos primero lo que se entiende por filiación. Se tiene que filiación es la relación que existe entre el padre y el hijo. O en otros términos " 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 ." <sup>72</sup>

---

<sup>72</sup>SOMARRIVA, Manuel. " Derecho de Familia" Edit. Nascimento. 1963. Santiago de Chile, p:391

116

La filiación, según la naturaleza que le dan su origen, es legítima o natural.

Tenemos entonces, que la inseminación homóloga en mujer casada durante la vigencia del matrimonio, no plantea mayores dificultades, por cuanto, el hijo fruto de esa inseminación se considera legítimo.

Esta afirmación está fundada en el Código Civil en los siguientes artículos que conviene transcribir :

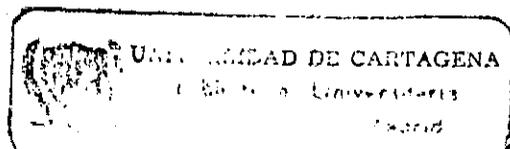
Artículo 213 : " El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo ".

Artículo 214 : " El hijo que nace después de expirados los cientos ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido ".

Es así como la concepción del hijo dentro del matrimonio determina su legitimidad.

En las condiciones hasta aquí planteadas, observamos que no existe dificultad alguna con la legislación vigente y que por tanto en la práctica ésta puede dilucidar cualquier inquietud al respecto. Las dificultades se plantean más adelante, como veremos.

Resulta la calidad de la filiación en este tipo de inseminación, el hijo procreado a través de ella tendrá a la muerte de sus padres la vocación hereditaria que le garantiza la ley, y por tanto, está llamado a sucederle según las reglas de la sucesión intestada y por supuesto conforme al testamento si lo hubiere ( Art.1037 y s.s. del C.C. Col.)



117

6. 1. 1. 2. Inseminación Artificial Homóloga Disuelto el Matrimonio.

El Código Civil establece que " el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado." 73

Entre nosotros el matrimonio canónico tiene efectos civiles de conformidad con el nuevo concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede, el 12 de Julio de 1973, aprobado por la Ley 20 de 1974 y que entró en vigencia a partir del 2 de Julio de 1975. Transgrediendo a la Ley se hace caso omiso a la protección que establece el Decreto mencionado en su artículo 16 al establecer expresa prohibición de retribución o compensación por el trasplante de componentes anatómicos; esta prohibición está en el mismo Decreto, regulado específicamente en los artículos 18 por normas del Derecho Canónico..."

Entre nosotros no opera el divorcio vincular para el matrimonio católico.

En síntesis, en nuestro país los matrimonios se disuelven por nulidad, dispensa, divorcio y por muerte real de uno de los cónyuges.

En caso de que la disolución se deba a muerte del padre, podrían surgir muchos problemas por falta de una regulación específica a esta práctica y especialmente por la antijuridicidad ya comentada ( VER SUPRA 5 ) de los Bancos de semen.

Sobre este particular la prensa mundial dió a conocer en 1977 el nacimiento en el mes de Julio de ese año de un niño hijo de la dibujante Londinense Kim Casali. Lo que hizo curioso tal hecho fué que el nacimiento se produjo diez y siete meses después de haber muerto su padre, su esposo y mediante la conservación del esperma obtenido antes del de

118

ceso de su esposo.

Ya en un capítulo anterior hicimos referencia a la conservación del semen a través de su congelación ( VER SUPRA 3. 4. 2.) lo cual hace posible su almacenamiento por largos períodos de tiempo, haciendo factible la ocurrencia de un caso como el citado, que vienen repitiendo en el mundo actual en diversos países. Y no es ajeno el nuestro a que se verifiquen también aquí, lo cual presentaría grandes interrogantes jurídicos, especialmente en cuanto a la determinación entre el niño fruto de esa inseminación y su padre previamente fallecido.

Entraremos a analizar cuál sería la filiación en un caso como el comentado frente a nuestro ordenamiento civil.

6. 1. 1. 2. 1 El fruto de Inseminación Artificial Homóloga verificada una vez muerto el marido tiene la calidad de hijo natural de su madre.

Nuestro Código Civil establece en el artículo 92 una presunción de derecho ( sujeta hoy a grandes críticas ) : " De la época del nacimiento se colige la de la concepción , según la regla siguiente : Se presume de Derecho que la concepción ha precedido el 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 ".

A partir de este artículo encontramos que dos son las presunciones que el legislador ha ideado para establecer la paternidad legítima, a saber :

Una presunción que se dirige a establecer la época o tiempo en que se verificó la concepción. Partiendo del hecho cierto del parto, se presume el tiempo durante el cual pudo concebirse al ser humano: esta fe

cha debe distar del nacimiento no menos de 180 días ni más de 300.

Por consiguiente, el tiempo durante el cual pudo ser concebido es el de 120 días.

La otra presunción es la de que durante el tiempo de 120 días la madre necesariamente tuvo que cohabitar con un hombre. Para saber quien es, nos valemos de otra presunción, diciendo que dicho hombre fué el marido ( artículo 214, inciso 1o. del C.C.). Presunción ésta basada en el deber de fidelidad que la Ley impone a las mujeres casadas por virtud de la cual solo pueden cohabitar con sus maridos. De tal manera que se presume la fidelidad de la mujer al marido, al igual que la cohabitación del marido con la mujer.

En el caso que venimos analizando, no estamos dentro de la hipótesis de hijos nacidos después de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, ni tampoco los nacidos antes de expirar los 300 días subsiguientes a la disolución del vínculo por muerte real o declarada judicialmente. Tampoco estamos en presencia de un hijo póstumo ( el cual se considera legítimo según la Ley ), ya que para que pueda hablarse de tal la Ley exige que se haya concebido antes de la muerte del padre, así el artículo 232 del C.C. establece :

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 treinta días subsiguientes a su conocimiento de la muerte del marido, pero podrá justificarse o disculparse el retardo, como en el caso del artículo 225, inciso 3o.

Pese a estas consideraciones de sana lógica, encontramos un impase para estas interpretaciones sobre legitimidad que trataremos de explicar:

El artículo 220 del Código Civil que tiene su origen en el antiguo ar-

título 315 del Código de Napoleón, establece : " A petición de cualquier persona que tenga interés actual en ello, declara el juez la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución delmatrimonio ". Siendo aplicable esta regla en caso de nulidad o de divorcio según reza el párrafo 3o. del mencionado artículo.

Según la interpretación literal de esta disposición en su aplicación - práctica daría lugar a que los hijos dados a luz por la mujer viuda una vez expirados los 300 días subsiguientes a la muerte del marido, a la nulidad o divorcio del matrimonio , se tuvieran por legítimos.

Tal legitimidad autorizada por la Ley estaría sujeta al ejercicio de la acción que contiene dicha disposición en cabeza de cualquier persona - que justifique un interés actual para pedir la declaratoria de ilegitimidad.

En otros términos, de no intentarse la acción de desconocimiento, esos hijos tendrían que considerarse legítimos.

Esta interpretación sería errónea no solo por las múltiples inseguridades que acarrearía al tráfico jurídico sino también por el desconocimiento de disposiciones tales como el artículo 92, 213 y 214 del C.C.Col. que son verdaderos principios científicos y jurídicos en esta materia.

Como decíamos, el antecedente del 220 del C.C., está en el artículo - 315 del Código Napoleónico que establecía : " La legitimidad del hijo nacido 300 días después de la disolución del matrimonio podrá ser impugnada ". Luego de encarnizadas críticas por la excesiva protección - a los hijos legítimos y por las absurdas consecuencias a que ello conllevaba, fué modificada por la nueva Ley Francesa 72-3 del 3 de Enero de 1972, la cual corrigió la redacción del 315 así : " La presunción

de paternidad no se aplica a los hijos nacidos después de los 300 días a partir de la disolución del matrimonio, o de la declaración de ausencia del marido".

Buscando una sana interpretación y aplicación de la Ley, consideramos que el Legislador Colombiano, al igual que la jurisprudencia y la doctrina, están en mora de hacer una correcta interpretación a este respecto.

Resumiendo tenemos lo siguiente : los artículos 92, 213 y 214 del C.C. Colombiano establecen que hijo legítimo es el concebido dentro del matrimonio de sus padres, que la gestación del ser humano dura 180 y 300 días; por consiguiente, los hijos dados a luz por mujer después de 300 días de disolución de su matrimonio, no quedan cobijados por la presunción de paternidad legítima.

Contra poniéndose a esos textos legales el artículo 220 erróneamente afirma que el hijo parido por mujer después de los 300 días de disolución de su matrimonio es hijo legítimo haciéndose necesaria impugnar dicha legitimidad.

Ante este enfrentamiento de los artículos 92, 213 y 214 contra el 220 y haciendo prevalecer lo preceptuado en los primeramente enunciados. Así tendríamos que los hijos dados a luz por mujer cuyo matrimonio ha sido disuelto por muerte, nulidad o divorcio, en caso de que hayan nacido después de vencerse los 300 días a partir de la ocurrencia de cualquiera de estos hechos, no quedan amparados con la presunción de legitimidad a que se refieren los artículos 213 y 214.

Vistas ya las condiciones que exige la Ley para declarar la legitimidad del hijo, vemos que el caso en cuestión no encuadra en dichas condiciones, y por lo tanto la situación de el hijo habido será la de -

122

hijo natural.

Según el artículo 1o. de la Ley 45/36, respecto a la familia natural:

- 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. Tenemos entonces, 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 al padre y la madre.

Cabría preguntarnos entonces, si el hijo concebido por la señora Kim Casali inseminada con el semen de su esposo posteriormente a la muerte de éste, sería hijo natural de él ?, es decir, como fué concebido - disuelto el matrimonio por la muerte del padre, podría éste reconocer a ese hijo como natural, por ejemplo, si éste ha dejado una carta u otro escrito en donde confiese inequívocamente su paternidad ?

Responderemos por partes :

La Ley 75 de 1968 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".

Efectivamente el reconocimiento puede hacerse y así lo prevee la Ley. Pero tiene como presupuesto lógico la existencia de una concepción, - encontrándose en gestión la criatura.

Como hemos visto en el caso comentado no había tal concepción al mo-

123

rir el padre.

Y en caso de haber un documento o carta en que el pretendido padre haya hecho el reconocimiento de la paternidad, consideramos que tal vez no sea viable, pués al dadα no le puede constar que la inseminación se va a efectuar; aunque en el fondo equivale a un reconocimiento voluntario, se trata de una confesión extrajudicial que debe someterse al trámite del proceso pertinente que el juez verifique su autenticidad.

Pero vemos que el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil establece entre los réquisitos de la confesión :

" La confesión requiere : inciso 5o. : Que verse sobre los hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento". Es decir, se exige constancia de la ocurrencia del hecho.

En el caso de Kim Casatli, no puede hablarse de confesión puesto que al marido no le puede constar porque el hecho no ha ocurrido al momento de elaborar el escrito.

Admitir un hecho así, equivaldría a aceptar la paternidad en forma indefinida . Con las siguientes inseguridades jurídicas de difícil esclaramiento. Lo confesado en estas circunstancias sería aleatorio, no pudiéndose confesar un hecho futuro.

Si retornamos a lo dicho por la Ley 45 de 1936 relativo a que la calidad de hijo natural se tiene respecto de la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento, tendríamos que la solución que más se amolda a lo estatuido legalmente sería que el niño fruto de inseminación artificial homóloga concebido después de la muerte de su padre sería hijo natural de la madre..

Encontramos entonces uno de los primeros inconvenientes de este procedimiento científico frente a nuestra legislación y que el niño mantendrá su situación de hijo natural de la madre no pudiendo definirse la paternidad natural.

En el caso que hemos planteado, el conflicto o dicotomía entre lo biológico y lo institucional se presenta de un modo particular. Aquí estamos en presencia de lo que llamamos una concepción genéticamente conyugal pero judicialmente extramatrimonial.

Es digno de destacar que el supuesto suscita reflexiones que interesan planteos ético - ontológicos inquietantes. Adviértase que la posibilidad que analizamos permite, mediante la conservación del semen, prolongar el poder de reproducción de un ser aunque éste haya muerto.

La moderna biología, en suma, logra que los seres humanos - u otros seres vivos - puedan transmitir la vida después de su propia muerte física.

Ontológicamente, el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser.

Podría afirmarse, entonces que ese semen no es atribuido a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre. Sin embargo, la hipótesis exige un esfuerzo de reformulación. Advertimos, no obstante, que para el derecho positivo, la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por ejemplo, el hijo concebido postmortem con semen de su padre, no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque el día de su fallecimiento ese hijo no existía jurídicamente.

Como vemos, daría esto origen a muchas injusticias, por que se cercenarían los derechos del menor, especialmente en el campo del Derecho Sucesoral. Y puede darse el caso que la intención del padre no haya sido la de desconocer esos derechos.

6. 1. 1. 2. 2. En el campo sucesoral los niños gestados en las condiciones mencionadas no pueden ser considerados Póstumos.

Por eso consideramos que el legislador tiene que ser muy cuidadoso si prvee la posibilidad de autorizar mediante normas de salubridad este tipo de inseminación ( Homóloga ), y prohibir la Heteróloga, como proponemos; ya que tendría que armonizarla con el ordenamiento civil vigente. Además, tendría que considerar la seguridad del tráfico jurídico, que se vería expuesta a muchos fraudes por parte de muchas viudas fecundadas y embarazadas postmortem de su marido, alegando la legitimidad del fruto concebido por mediar este tipo de procedimiento, que no descartamos que se haya verificado, pero que nadie asegura plenamente que se trate del semen extraído de su marido antes de morir.

El legislador en contínuo estudio de la naturaleza humana en sus distintas esferas, no debe olvidar la agilidad mental con que muchos individuos planean burlar la Ley aún antes de que ésta entra en vigencia. Y por tanto se debe procurar, en defensa de los valores familiares, establecer parámetros precisos, aunque no inmodificables, dentro de los cuales se desenvuelvan las relaciones de los miembros de la misma.

El artículo 233 del C.C. dice :

La madre tendrá derecho para que de 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 se

rá obligado a restituir lo que se le hubiere asignado; a menos de probarse que ha procedido de mala fé, pretendiéndose embarazada , o que el hijo es ilegítimo.

Y el artículo 1376 dice :

Si alguno de los coasignatarios lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición. Pero los otros - coasignatarios podrán proceder a ella asegurando completamente al asignatario condicional lo que cumplida la condición , le corresponda...

Observamos entonces que pese a exigir el artículo 1019 la condición necesaria de la existencia real al tiempo de abrirse la sucesión para tener capacidad para suceder, la Ley a través de los artículos antes - transcritos nos enseña que a los concebidos y nonacidos se les presume con existencia y si nacen vivos entran a heredar.

Se les protegen sus derecho que se hallan bajo condición suspensiva.

Se aplica entonces en defensa del hijo póstumo.

Pero en el caso de la referencia no tiene aplicación ya que el niño nacido en las condiciones mencionadas no tiene el carácter de póstumo - puesto que a la muerte de su padre ( el causante ) no había sido concebido aún.

6. 1. 1. 2. 3. Posible solución parcial al anterior conflicto jurídico - pero solo en sucesiones testadas.

Podría pensarse entonces para solucionar este vacío e indefensión a que quedaría expuesto el niño, en recurrir al artículo 1019 que en su inciso tercero : ..." con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no - se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de ex

pirar los veinte años subsiguientes ala apertura de la sucesión..."

Pero esta solución sería aplicada solo a sucesiones testadas, o sea, aquellas que se abren con fundamento en un testamento que ha otorgado el causante como acto de última voluntad. Pero dichas asignaciones no pueden estar en suspenso indefinidamente sino que están sujetas a la condición de que el asignatario llegue a existir dentro de los veinte años subsiguientes a la apertura de la sucesión.

En tanto llega a existir persona futura, la asignación se le entrega a los demás herederos del testador, con carácter de fideicomiso, ya que deben restituir al heredero en caso de que nazca vivo ( artículo 90 del C.C.); se consolidará la propiedad en cabeza de los fideicomisarios si la persona futura no llega a existir.

En realidad esta es una solución limitada a los pocos casos en que se otorga un testamento, aunque lógicamente aplicable en los casos en que exista.

6. 1. 1. 2. 4. En las sucesiones intestadas los niños del supuesto que tratamos, carecen de vocación hereditaria.

Qué sucedería si no hay testamento, como ocurre en la mayoría de los casos ?

Tendríamos entonces, que no pudiendo definirse su paternidad natural, el niño en cuestión carece de vocación hereditaria dentro de la sucesión de su padre. Tampoco es un asignatario condicional ( hijo póstumo ), porque no ha sido concebido; ni cae dentro de las asignaciones a personas futuras pués requeriría mandato en testamento del padre.

Esta serie de incongruencias exige posibles soluciones encaminadas a :

1- Prohibir en forma absoluta la inseminación Homóloga después de la muerte del marido, evitando así todos los posibles y casi seguros fraudes ( ya comentados ) y, además, el descuadramiento de tales hechos - respecto del ordenamiento jurídico vigente; ó,

2- Aceptar y autorizar dicho procedimiento post-mortem del marido y buscar teorías posibles para considerar ese niño como legítimo o natural - del padre y de la madre.

6. 1. 2. Inseminación Heteróloga

La Inseminación Heteróloga es la que se realiza en mujer casada con semen de un donante conocido o no.

Dado que esta clase de inseminación se verifica en mujer casada, es indispensable entrar a analizar si ha mediado o no el consentimiento del marido, ya que en uno u otro caso genera consecuencias de difícil valoración.

6. 1. 2. 1. Inseminación Heteróloga con el consentimiento del marido.

La innovación de la ciencia nos introduce una alteración de los elementos que constituyen la familia tradicional, así : un padre biológico ( donante conocido o no ); la madre ( mujer casada inseminada ); el marido de la madre ( padre legítimo según la presunción de paternidad del artículo 214 del C.C.); el niño fruto de la inseminación.

Lo curioso de esta variación es que no ha mediado sentencia de adopción, sino el simple consentimiento extrajudicial del marido.

Analicemos ahora la relación de parentesco que surge :

Entre el donante ( padre biológico ) y el niño existe parentesco de -

consanguinidad en primer grado en línea recta.

Entre el marido de la madre y el niño, existe parentesco de afinidad en primer grado en línea recta.

Entre la madre y el niño, parentesco de consanguinidad en línea recta en primer grado.

En cuanto al parentesco que puede existir entre el donante y los consanguíneos de la mujer, algunos autores como el Dr. Roberto Suárez F. considera que el caso de Inseminación Heteróloga debido a la falta de conocimiento carnal, no existirá parentesco de afinidad entre el dador y los consanguíneos de la esposa o concubina.

Al tenor del artículo 48 del C.C.: " Es afinidad legítima la que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente ( subrayamos ), y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casados, y los consanguíneos ilegítimos de la otra ".

Según el doctor Suárez Franco, en su obra " La filiación ", un solo 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.

En cuanto a la filiación que existe entre el niño y el marido de la madre, tenemos :

En este tipo de inseminación, el esposo no es el padre biológico pero el niño nacido así está amparado por la presunción de paternidad ya - vista en el artículo 214 del C.C.:

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

Puede el marido, sin embargo, destruir esta presunción legal si prueba que durante el tiempo en que pudiera presumirse la concepción estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer. Armonizando este artículo con el 6o. de la Ley 95 de 1980, vemos la posibilidad que tiene el presunto padre para impugnar los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio.

Pero en tratándose de un hijo fruto de la inseminación artificial, qué debe probar el presunto padre impugnante ?

En caso común y corriente, es decir, sin inseminación artificial está llamado a probar la absoluta imposibilidad física de acceder a la mujer en el tiempo en que se presume ocurrió la inseminación artificial; no le es dable probar ésto ya que los adelantos de la ciencia demuestran que es posible en la práctica la llamada " Telegénesis " o paternidad a distancia, mediante el simple traslado del semen del marido de un lugar a otro sin ser ya esencial la presencia física del marido. Por lo que hoy, no puede afirmarse que este hecho del alejamiento, durante los 120 días en que se presume la concepción, produzca certeza plena de la no cohabitación.

Debe probar entonces que él no autorizó ( subrayamos ) tal inseminación para que se lograra la concepción en los términos del inciso 2o. del artículo 214 del C.C.

Pero detengámonos en este aspecto de la AUTORIZACION; cuando en el Su

pra 3. 7. 3 veíamos el aspecto jurídico decíamos, citando al tratadista Rojina Villegas, que el débito conyugal se encuentra entre los derechos subjetivos extrapatrimoniales, respecto a los cuales no cabe renuncia de ninguna naturaleza pues son facultades originadas en el matrimonio y por su carácter extrapatrimonial son intransmisibles, se conceden intuitu personae o a la especial relación jurídica que se constituye. Decíamos también que no puede celebrarse contratos de transacción respecto de los derechos familiares extrapatrimoniales.

Además, advertíamos que el derecho de procreación no es transmisible ni renunciable, por encontrarse igualmente dentro de esta clase de Derecho. Por tanto, el marido no puede renunciar o transmitir a otros, el derecho de engendrar, ya sea directa o indirectamente, en forma expresa o tácita .

Entonces qué valor jurídico podemos atribuirle al consentimiento del marido consignado expresamente, para efectos de que insemine Heterológamente a su esposa ?

Es una confesión de que el fruto de la inseminación no es su consanguíneo ? . Y sin embargo al registrarlo como tal ( como hijo legítimo ) se está incurriendo en un ilícito penal tipificado en el artículo 262 bajo el nombre de supresión, alteración o suposición del estado civil.

Por otra parte, admitir este tipo de consentimiento supone una vulneración o desconocimiento de los derechos familiares ya mencionados y de su carácter irrenunciable e intransmisible.

En nuestro país viene suscribiéndose cierto tipo de formatos para recoger el consentimiento de los cónyuges cuando se va a realizar I.A.D.

Ya hemos comentado en el capítulo No. 5 la antijuridicidad del proceso

inseminatorio y anotamos la actividad ilegal que se desarrolla en los llamados Bancos de semen. Por tanto, si estas instituciones funcionan al margen de la Ley, que licitud pueden revestir los formatos suscritos por las personas que acuden a dichos centros en busca de ayuda profesional ?.

Dados estos presupuestos, preguntamos : Podrá el marido retractarse de dicha autorización luego de que su mujer ha sido inseminada y gesta en su vientre una criatura ?.

En este supuesto hemos de imaginar que el marido de la mujer que dió a luz el hijo, no obstante haber asentido a la inseminación de aquella con esperma fértil de un tercero, pretende luego probar judicialmente que el hijo no es genéticamente o biológicamente suyo. Imaginemos que recurriendo a pruebas de tal índole ( por ejemplo hematológica de in compatibilidad de los grupos sanguíneos, prueba antropomorfológica, etc.), y . además, la acreditación fehaciente de la inseminación Hete róloga misma, desconocimiento judicial de la paternidad asumida.

Cierto sector de la doctrina, en el derecho comparado, dando prevalencia absoluta al elemento genético de la paternidad, entiende que la acción de desconocimiento debería prosperar en el caso, a pesar de que - el propio impugnante consintió en que fuera inseminada. Incluso algún fallo se pronunció en ese sentido. Así un Tribunal Italiano admitió la acción de desconocimiento de la paternidad aludiendo particularmente al fundamento biológico de toda relación de filiación " que no puede ser desvinculada de una correspondiente relación biológica o de sangre ".<sup>73</sup> El reconocimiento de la paternidad, añade un autor , sería nulo de pleno derecho e imposible una declaración por vía jurispruden cial ".

Es que, en suma - según esta posición - el consentimiento o la volun-

tad del marido sería irrelevante, pues operaría el principio de la indisponibilidad de los derechos de familia.

Otro sector doctrinario - mayoritario - entiende, en cambio, que si el consentimiento del marido no fué revocado hasta que la inseminación se practicó este no podrá desconocer la paternidad del hijo que dé a luz su mujer.

Ello por diversas razones : en primer lugar, porque ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido, constituyen objetivamente un acto ilícito aun cuando pueda ser discutible, en el supuesto, su valoración moral o ética.

En segundo lugar, porque el marido que luego de consentir en la inseminación Heteróloga planteara el desconocimiento del hijo, obraría deslealmente contrariando una conducta anterior, contradictoria con su posterior pretensión impugnatoria.

Siendo así se estaría ante un típico supuesto en que corresponde aplicar la doctrina de los actos propios, que desarrolla un auténtico principio general del Derecho con sustento en la buena fé.

Por nuestra parte - y reiteramos, sin perjuicio de las reservas de tipo moral o ético que la inseminación heteróloga puede merecer - nos parece más justa y razonable esta última posición. Damos un argumento de tipo axiológico : el disfavor con que pueda valorarse la inseminación en sí, no debe obstar a que la solución que se adopte conjugue dos directivas básicas : una la buena fé en el comportamiento , la lealtad de conducta.

-----

73 Sentencia del 30-4-56, citada por Rivero Hernández, La presunción de paternidad legítima. p. 391.

La tesis que admite plenamente la impugnación de la paternidad por parte del marido que aceptó la fecundación de su esposa con espermatozoides fértiles de un tercero, favorece una acción desleal de aquel, y por qué no, un auténtico engaño.

Ha de suponerse que la inseminación fue decidida luego de una deliberación común de los esposos, y en ese entendimiento, practicada .

Podrá juzgarse que el procedimiento éticamente es repugnante, pero no siendo jurídicamente ilícito - y no lo es según nuestra codificación penal - debe prevalecer entonces, como valor jurídico, el de la seguridad en las relaciones jurídicas.

El otro argumento es de naturaleza sistemática. La doctrina de los actos propios a que acuden los autores es plenamente aplicable al caso. Y esa doctrina, como se sabe, tiene el carácter de un verdadero principio general del Derecho; según él, es inadmisibles una pretensión contradictoria de quien habiendo asumido una conducta jurídicamente relevante, lícita, intenta luego, obtener un resultado contrario de exigible o esperable en razón de aquella.

La lesión a la buena fe-lealtad, es evidente y no puede discutirse que el consentimiento para la inseminación de un acto jurídicamente vinculante entre los cónyuges.

Para demostrarlo damos un solo ejemplo. Si el marido pretendiese, después de prestar ese consentimiento y realizarse la inseminación, acusar a su esposa de grave e injustificado incumplimiento de sus deberes de esposa o madre, como causal de divorcio, evidentemente no triunfaría en su pretensión. Porque ese consentimiento excluyó, por parte de la esposa, un acto que afrenta al esposo. Del mismo modo ese consentimiento importó el compromiso vinculante entre ambos cónyuges de asu

mir la paternidad y la maternidad aún cuando los componentes genéticos sean, por parte de uno de ellos, extraños.

Esta es, definitivamente, la tesis que prevalece en los países que incorporan a su legislación la inseminación heteróloga con consentimiento del marido.

Hay que reconocer que la inseminación heteróloga plantea un problema - nuevo no previsto jurídicamente en los principios tradicionales. Es - cierto que el semen fecundante no es el del marido que asume la paternidad, y, por consecuencia, que la trascendencia biológica de los componentes genéticos contenidos en el esperma fecundante pertenecen a un tercero; generalmente anónimo o desconocido. A pesar de todo, como se ha dicho, " el hijo necesita un padre no tanto como solución dialéctica a un problema teórico o doctrinal, sino para encauzar un futuro y - formar su personalidad ".<sup>74</sup>

La filiación ( jurídicamente hablando ) no enciera un puro elemento - biológico sino también el factor o exigencia institucional. Dar preva - lencia a este último , en el caso conduce a una solución socialmente - más valioso que la contraria ya que, de aceptarse sin más la impugna - ción de la paternidad legítima, llevaría a colocar al hijo ante una pa - ternidad incierta y quizás imposible de establecer.

Solución a la postre antifuncional si se tiene en cuenta que ese hijo fué concebido con consentimiento del marido de su madre. Como se ha di - cho gráficamente, fué él quien decidió que ese hijo debía nacer.

-----

<sup>74</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. La presunción de paternidad legítima - Madrid, 1970. p. 394.

Podemos darnos cuenta a través de todos estos interrogantes las múltiples situaciones conflictivas que pueden surgir con esta práctica a la luz de nuestra actual legislación, y es, por tanto, imprescindible una valoración seria, equilibrada y consciente por parte del legislador para hacerle frente.

CONSENTIMIENTO PARA LA INSEMINACION ARTIFICIAL

A. Nosotros, \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ siendo marido y mujer ambos en edad legal ( mayores de edad ) autorizamos al Doctor \_\_\_\_\_ PARA INSEMINAR a la esposa artificialmente, y emplear el semen de ( el marido ) y ( un donante ) ( un donante o donantes ) con el propósito de que quede embarazada.

Nosotros lo autorizamos a emplear tantos asistentes cuantos él crea necesario para asistirle.

B. Nosotros entendemos que la inseminación podrá ser repetida con la frecuencia recomendada por el Doctor \_\_\_\_\_ no hay garantía de su parte ni seguridad de qué embarazo completo vaya a resultar.

C. La escogencia del donante se deja enteramente al Doctor \_\_\_\_\_ a quien no tomaremos responsable por ningún resultado desfavorable que pueda salir de este procedimiento.

D. El embarazo que resulte , será lo mismo que esos de la población embarazada en su generalidad, señaladamente, las mismas posibilidades de aborto, anomalías o complicaciones de embarazo o parto.

E. Yo declaro también que si mi esposa concibe algún hijo como resultado de tal inseminación (es), tal hijo o hijos, serán como míos pro-

pios frente a todos los hombres y serán mi(s) heredero(s) legal(es).

Firmado, \_\_\_\_\_  
Marido

\_\_\_\_\_  
Esposa

Fecha \_\_\_\_\_

Testigo \_\_\_\_\_

Testigo \_\_\_\_\_

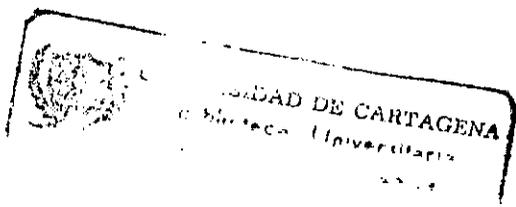
6. 1. 2. 2. Eventualidad de que la paternidad fuera reclamada por el dador del semen.

Si bien en los hechos lejana, la hipótesis de un dador de semen no anónimo que, conociendo a su destinataria, pretendiese luego reconocer como suyo el hijo, o reclamase judicialmente la paternidad, es motivo de una breve consideración.

Fuera de todo ámbito legislativo , creemos que debe negarse tal pretensión con semejante fundamento.

Quien consintió en donar o entregar su semen para su utilización por el matrimonio infértil, si bien puede alegar que el hijo es genéticamente suyo ( en lo que a paternidad se refiere ), deberá, en cambio, aceptar que el hijo no es ni institucional ni voluntariamente suyo.

Aquí también estaría vedada toda reclamación en fundación de la prohibición de ir contra sus propios actos.



Al desprenderse de su esperma fecundante abdicó voluntariamente de su paternidad jurídica.

Esto que afirmamos es de toda lógica y reconoce, además, una razón elemental de orden y de seguridad. Si la atribución de paternidad legítima se hace en cabeza del marido de la mujer que recibió el semen, el estado de familia adquirido por el hijo no puede ser objeto de división. Opera la indivisibilidad del estado de familia.

Distinto sería el caso si el hijo, por cualquier circunstancia no quedase emplazado en el estado de legítimo: por ejemplo, de prosperar la acción de impugnación de la paternidad por el marido de la mujer, alegando que no prestó su consentimiento para la inseminación artificial heteróloga. En tal hipótesis, el hijo podría ser, en lo sucesivo, reconocido por quien se dice su padre, pero, claro está, la filiación quedará confinada la ilegitimidad.

En nuestro derecho positivo, el dador del semen, en el supuesto imaginado no podría reconocer o reclamar la paternidad en tanto la presunción de paternidad legítima subsistiera, ante el claro e inequívoco texto del artículo 216 del C.C.: "Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo". Además, el donante o dador del semen fecundante para reconocer el hijo debería previa o simultáneamente ejercer la acción tendiente a desconocer la filiación legítima anteriormente establecida. Pero como, precisamente, el único que puede ejercer esa acción de desconocimiento es el marido, dado lo dispuesto por el transcrito artículo 216, carecería de legitimación para efectuar ese reconocimiento.

6. 1. 2. 3. Caso de desconocimiento de la paternidad ejercida por los herederos del marido que consintió la inseminación heteróloga de su

esposa.

El artículo 221 del C.C. permite a los herederos del marido fallecido interponer la acción de ilegitimidad del hijo concebido por la mujer - durante el matrimonio si aquel murió sin " hacer reclamación contra la legitimidad del hijo ". Se presupone que el marido no inició la acción, falleciendo pendiente el plazo de caducidad - sesenta días desde que su pieron del nacimiento del hijo- porque si el marido premuerto no ini - ció la acción de desconocimiento y, en vida, se cumplió ese término de caducidad, el estado de legítimo y la presunción de paternidad habrían quedado consolidados definitivamente.

Estimamos que si la Inseminación Heteróloga fué consentida por el marido - tal el supuesto -los herederos no pueden desconocer la paternidad que la ley presume en áquel. Rigen, al respecto, todos los argumentos que ya dimos para negar la procedencia o proponibilidad de la acción por parte del marido mismo.

Si ellos son válidos, como nosotros creemos, los herederos no podrían iniciar nuevamente una acción impugnatoria que no habría prosperado de haberla intentado, en vida, el marido de la mujer inseminada.

Lo contrario conduciría a propiciar una solución incongruente. El desconocimiento que no le era pisible intentar a aquel que jurídicamente, es el padre del hijo concebido por su esposa, lo podrían intentar los herederos, siendo que los presupuesto de la acción son , como no po - drían ser de otro modo, comunes en ambos casos.

Y si se tratase de impugnación de la paternidad atribuida al marido - fallecido que no consintió - o en su caso se opuso - a la insemina - ción Heteróloga de su esposa, los herederos solo podrían iniciar la - acción en tanto y en cuanto se configuren los presupuestos que hacen -

a la proponibilidad de la acción por el marido. Es decir, acreditar la imposibilidad material de la cohabitación de éste con la mujer en el período legal de la concepción ( art. 214 ) o probando el adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción y demás hechos conducentes de justificar que él no es el padre ( art. 215.)

6. 1. 2. 4. Inseminación Artificial Heteróloga sin el consentimiento del marido.

El parentesco que surge en este tipo de inseminación es igual al comentado en el supra 6. 1. 2. 1. e igualmente vale lo dicho en cuanto a la filiación y a la acción de impugnación, debiendo agregarse respecto a ésta que deberá ejercitarse durante los 60 días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.

Puede ocurrir que tanto el marido y la mujer separados legalmente de cuerpos o en trámites de divorcio, que ella se mande a inseminar heterológicamente. Es casi lógico que en la situación de separación de la pareja, no medie el consentimiento alguno por parte del marido. Qué sucede aquí ?

En este caso la Ley 75 de 1968 en el ordinal 10. del artículo 30. prevee lo siguiente : No se consideran legítimos :

Y de los hijos de la mujer casada , cuando han sido concebidos durante el divorcio o la separación legal de cuerpos, a menos que comprobare que durante ellos hubo reconciliación privada entre los cónyuges o que el marido, por actos positivos lo reconoció como suyo.

Pero aún fuera de la hipótesis anterior , en casos en que exista una simple separación de hecho, o que simplemente los cónyuges cohabitan

141

armónicamente, puede presentarse la misma situación de hecho. A éste - respecto el mismo artículo 3o. en el ordinal 2o. de la misma Ley pre -  
vee una solución para estos casos : No se consideran legítimos :

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, y además del defensor de menores, si fuere menor.

Otra forma de desvirtuar la presunción de paternidad legítima que opera en estos casos es la que prevee la Ley que comentamos en el ordinal 3o. del artículo 3, así : " No se consideran legítimos : cuando por - sentencia ejecutoriada se declara que el hijo no lo es del marido ".

Respecto del aspecto probatorio en la acción de impugnación de la paternidad legítima en casos de inseminación artificial es aplicable aquí lo ya comentado al respecto ( VER SUPRA 6. 1. 2. 1.)

Que ocurriría si llegare a declararse judicialmente que el hijo habido dentro del matrimonio es sólo hijo natural de la madre ?

6. 1. 2. 4. 1. Puede ejercitarse la acción de investigación de la paternidad contra el donante.

Tendría aplicación entonces, en el supuesto anterior el principio sentado en la Ley 83 de 1946 en virtud del cual el hijo o la madre pueden iniciar la correspondiente investigación de paternidad, en estos casos contra el DONANTE ( conocido o no ). Y como decíamos en apartes del supra 4. 4. éste principio opera aunque exista reserva obligatoria en - los Bancos de Semen respecto al registro de Fonadores.

6. 1. 2. 4. 2. La heteroinseminación artificial no consentida por el

marido puede hacer culpable a la mujer de la causal 2a. del artículo 154 del C.C.

La clase de inseminación que comentamos en este numeral hace surgir en el mundo jurídico muchos interrogantes algunos ya comentados, pero es pecialmente respecto a los efectos personales de la relación de la pareja.

Se cuestiona : La mujer que se hace inseminar con semen de donante sin el consentimiento de su marido, comete adulterio ?

El artículo 176 del C.C. dice : " Los cónyuges están obligados a guar darse fé...." Este es pues, uno de los principales deberes que contraen los cónyuges al celebrar el contrato de matrimonio. Al punto que su des conocimiento constituye causal de divorcio según lo preceptúa el artí - culo 154 numeral 1o.: Son causales de Divorcio : " Las relaciones sexua les extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante los haya consentido, facilitado o perdonado. Se presumen tales relacio - nes sexuales extramatrimoniales por celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma o eficacia ".

En el concepto de fidelidad, la doctrina moderna de los civilistas dis tingué dos tipos de fidelidad a saber : una fidelidad material y una fi delidad moral. Esta última consiste en el deber que tiene los cónyuges cada uno respecto del otro de entregarse o compenetrarse no solo sexual mente, sino también espiritualmente y socialmente.

Volviéndose al interrogante inicial hay que aclarar qué se entiende por adulterio .

El Diccionario de la Lengua Española lo define así : " Ayuntamiento - carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos ca

casados " 75

El Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia lo define :

" El acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra persona; o en 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 ." 76

Dada la diversidad de opiniones sobre el punto en cuestión han surgido dos tendencias; una que considera que la heteroinseminación artificial sin consentimiento del marido constituye adulterio, y otra que considera que tal conducta no encuadra dentro de la figura del adulterio.

Entre los exponentes de la primera corriente, encontramos en Colombia al doctor Bernardo Gaitán Mahecha que en su artículo publicado en la revista Universitas dice que esta conducta dentro del matrimonio constituye adulterio in genere.

Considera este autor que si bien el concepto de adulterio tradicionalmente ha sido vinculado únicamente a lo sexual o ayuntamiento carnal con un extraño y que desde el ámbito jurídico la eventualidad de la inseminación artificial debe ser referida también al fin de la procreación ( finalidad del matrimonio ) y no solamente a la fidelidad conyugal. 77

Citando a Raymond Rambaur.<sup>78</sup> encontramos que considera :

-----

75 Diccionario de la Lengua Española. Madrid. 1970. 19a. Edición.

76 Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia. Paris, 1979. 5a. Edición.

" Un método como éste que ha revolucionado el estado de la sexualidad en vigencia desde el tiempo inmemorial, autoriza a que se lleve a cabo una remisión 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 el 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 el adulterio ".

Por otra parte, están los que consideran que no cabe el adulterio bajo esta modalidad, pues sostienen que falta el elemento de consumación por coito carnal. Consideran que no puede hablarse de adulterio sino de una nueva figura.

Dentro del Derecho de Familia que conteniendo elementos de adulterio - ( lo. que uno de los cónyuges esté válidamente casado y 2o. que ambos adúlteros tengan conocimiento o conciencia que cometen adulterio y que atentan contra la unidad de un matrimonio determinado ), la falta fundamental de esta figura : el coito carnal.

Acogiendo la posición del Doctor Hernán Gómez Piedrahita,<sup>79</sup> consideramos que no encajando plenamente la conducta dentro de la primera causal de divorcio del artículo 154 del C.C., y por tanto no constituir - adulterio, podríamos considerar la heteroinseminación no consentida - dentro de la causal 2a. de dicho artículo, a saber : " El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges , de sus deberes de marido o de padre o de esposa o madre ".

77 GAITAN MAHECHA, Bernardo. " Inseminación Artificial en seres humanos ante el Derecho Colombiano. Revista Universitas. No. 29, año - 1975.p. 170.

78 RAMBAUR, Raymond. Op. Cit. p.20

Esta posición , por cuanto al analizar cuáles son los deberes de una esposa, encontramos principalmente el deber de fidelidad pero no sólo en el sentido material de la expresión; y el hecho de obtener la procreación con semen de un tercero constituye un acto de deslealtad para con el otro cónyuge que no autorizó y que tal vez ni se había enterado de tal procedimiento.

Mientras no se precise jurídicamente como causal de divorcio el procedimiento en cuestión sin la debida autorización, queda a los profesionales del Derecho al instaurar las demandas por este hecho ubicarlo según la forma de analizar el aspecto legal, entre las causales la. ,2a. o 3a. del mencionado artículo.

6. 2. INSEMINACION ARTIFICIAL FUERA DEL MATRIMONIO

6. 2. 1. Inseminación Artificial en el Concubinato

Creemos oportuno tocar este punto, ya que se ha vuelto en nuestro país un hecho generalizado el que se unan personas con el objeto de " cohabitar " bajo ciertas condiciones de estabilidad, sin que medie entre ellso vinculo legalmente reconocido o tutelado.

Siendo esto una realidad social, no se escapa de verse influenciado - por estos nuevos procedimientos científicos en seres humanos, los cuales pueden, al igual que dentro del matrimonio, afectar sus relaciones personales.

6. 2. 1. 1. Cuando el Dador es el concubino

Se identifica inmediatamente que el parentesco que surge aquí entre el concubino y el niño ( hijo suyo ) parido por su compañera es el de

-----  
79 GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Derecho de Familia Ob. Cit. p .107

consanguinidad en primer grado en línea directa.

En caso de desconocimiento , por parte del padre biológico, le asis -  
ten al menor y a la madre los derechos consagrados en la Ley 75 de -  
1968 sobre investigación de la paternidad natural, recurriendo especial  
mente a los previstos en el artículo 6o. de la mencionada Ley, que re-  
za :

" Se presume la paternidad natural y hay lugar a de-  
clararla judicialmente :

1. En el caso de raptó o violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción.
2. En el caso de seducción realizada mediante hechos do-  
losos , abuso de autoridad o promesa de matrimonio.
3. Si existe carta u otro escrito cualquiera del preten-  
dido padre para que contenga una confesión inequívoca de paternidad.
4. En caso de que entre el presunto padre y la madre ha  
yan existido relaciones sexuales en la época en que  
según el artículo 92 del C.C. pudo tener lugar la con-  
cepción.
5. Si el trato personal y social dado por el presunto pa-  
dre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado  
con hecho fidedignos, fuere por sus características, -  
ciertamente indicativo de la paternidad. Siendo aplica-  
bles en lo pertinente las excepciones previstas en el  
inciso final del artículo anterior.
6. Cuando se acredite la posesión notoria del estado del  
hijo.

6. 2. 1. 2. Cuando el Dador es un Tercero

Como pudimos apreciar el artículo 6o. de la Ley 75/68 enumera las di-  
ferencias hipotéticas por las cuales se puede presumir la paternidad  
natural y que por tanto dan lugar a declararla judicialmente.

Es entonces el concubinato ( relación estable de pareja fundada primordialmente en el ayuntamiento carnal ) un hecho social que dá lugar a que se presuma la paternidad natural respecto de los hijos habidos durante esa unión.

Al igual que dentro del matrimonio, puede darse el caso de que medie o no el consentimiento del marido. Veamos qué consecuencias trae uno y otro caso.

Quando no media el consentimiento del concubino :

No existiendo contrato de la naturaleza vinculante como lo es el de matrimonio, en este tipo de relaciones concubinarias, los ya citados derechos familiares extrapatrimoniales que predicamos de áquel, no operan entre los concubinos; así por ejemplo el derecho y el deber de fidelidad no es de la naturaleza de esta relación, pués como decíamos , en anteriores apartes, es perfectamente posible que un hombre cohabitante con su legítima esposa y al tiempo con una concubina en forma estable.

Por tanto el desconocimiento de la exclusividad recíproca sobre la persona del otro concubino no constituye, a la luz de nuestra legislación, derecho coercible para la terminación de la unión, ya que ella está basada en el mutuo consentimiento de la pareja y es ese libre consentimiento el que puede iniciarla o agotarla.

Sin embargo, la fidelidad tiende a exigirse en cierta forma de la concubina ya que si ésta tiene relaciones de tipo sexual con otro hombre ( así sea su propio marido ) pierde todo derecho para reclamar protección del concubino, especialmente respecto a ciertos derechos que últimamente se estan reconociendo a la compañera permanente en materia laboral y en normas orgánicas de la seguridad social.

Además y principalmente, los hijos que procrea no pueden aspirar a la presunción de que el concubino sea el padre ya que uno de los medios de defensa que tiene el presunto padre demandado para evitar la declaración judicial de la paternidad natural, es precisamente demostrando que en la época en que se presume la concepción la madre tuvo relaciones de la misma índole ( sexuales ) con otro u otros hombres ( artículo 6o. de la Ley 75/68).

Pero aquí nos encontramos en el mismo cuestionamiento respecto al concepto de " relaciones sexuales " pues como ya hemos visto sin que medie contacto sexual. Entonces, al igual que cuando hablamos de la impugnación de la paternidad legítima, en la heteroinseminación no consentida el presunto padre natural debe probar que no dió su consentimiento para tal procedimiento.

El doctor Valencia Zea nos dice :<sup>80</sup>

La simple prueba de la infidelidad de la mujer constituye excepción plena e impide la declaración judicial de la paternidad natural; en este caso, esta excepción se diferencia de la prueba que debe presentar el marido para destruir la presunción de la paternidad legítima. En efecto, la mera prueba de la infidelidad de la mujer casada, no sirve para destruir aquella presunción, conforme a lo que dispone el artículo 215 del C.C.

Pero por las mismas razones anotadas al hablar de la heteroinseminación no consentida el concepto de infidelidad no puede unirse ya en un sentido netamente material ( acto carnal ) sino compuesto de toda una gama de deberes de índole moral, y espiritual, además.

Así entonces, las pruebas en una y otra relación deben ir encaminadas a demostrar el no consentimiento del varón.

Cuando media el consentimiento del concubino :

Sabemos ya que la presunción de paternidad natural cobija a los hijos habidos dentro del concubinato así pués mediando el consentimiento y reconociendo como suyo el fruto de tal inseminación no se presentan en la práctica mayores complicaciones.

Consideramos que es una situación compleja, por cuanto al mediar consentimiento del concubino, la mujer no puede estar expuesta a que su conducta sea censurada más tarde con la consecuencia de que desconozca y desampare a su progeñe. Pero por otra parte tampoco puede obligarse el concubino a acoger como suyo un niño del cual se ha demostrado por pruebas científicas ( Antropo-heredo-biológicas ) que no es consanguíneo suyo.

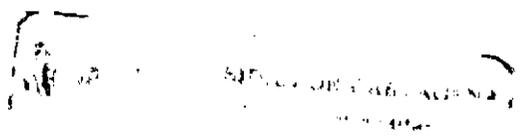
Se puede vislumbrar apenas, los múltiples problemas que pueden presentarse como consecuencia de un manejo indiscriminado e irresponsable - de técnicas científicas que no se encuentran aún reglamentadas en nuestro país.

6. 2. 2. Inseminación Artificial en Mujer Soltera.

Reiteramos que todas las hipótesis que venimos analizando desde el supra No. 6.1. es a la luz de nuestro sistema vigente, tratando de demostrar los inconvenientes que se presentarían al admitir ilimitadamente al procedimiento de inseminación artificial en seres humanos.

El uso de la técnica de la inseminación artificial no puede transformarse en instrumento caprichoso pero la fecundación en circunstancias en que la mujer que recibe el semen no se encuentre en las mejores circunstancias y posibilidades éticas de ser madre. La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico.

Al hablar del supuesto en que se seleccionaran " mujeres ideales " , co



mo se dice ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo.

En tal sentido concordamos en que la procreación no es una pura "función biológica" que pueda ser objeto de consideración independiente de la "función institucional" que aquella cumple socialmente. Y esto, justamente, nos conecta con los supuestos de la concepción genéticamente conyugal aunque institucionalmente extramatrimonial que antes comentamos.

En cuanto al punto que nos ocupa, los problemas que generaría su práctica serían muchos ; respecto a los cuales ya nos referimos ( VER SUPRA 3.7.4.). Especialmente en cuanto a la filiación resultante, ya que no existiendo ni marido ni compañero permanente para la mujer no hay lugar para presumir paternidad alguna.

Por otra parte el ya comentado derecho que tiene todo niño de saber - quién es su padre ( Ley 83/46 ) se ve profundamente vulnerado aquí, - porque aún cuando se ejercitara la acción de filiación que consagra dicha Ley, habría un margen de dificultades y de resultados adversos al demandante. De llegarse a autorizar legalmente la reserva obligatoria para el registro de donantes en los Bancos de Semen como lo propone - CECOLFES en el proyecto de Ley presentado al Gobierno Nacional para la Legislatura de 1980, la situación aún más difícil para reclamar tal filiación.

De todos modos el niño es natural de su madre, pasando a engrosar el número de niños Colombianos que son huérfanos , pero estos últimos - son de una característica especial : son artificiales.

151

7. EN POS DE UNA REGULACION LEGISLATIVA DEL FENOMENO  
SOCIAL DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

No escapa a cualquier razonamiento lógico del fenómeno de la Inseminación Artificial, la necesidad que existe en nuestro país, de reglamentar desde un punto de vista legislativo, todo lo relativo a la Inseminación Artificial, ante la carencia de normatividad sobre el tema.

Nuestro sistema jurídico de derecho escrito no permite, como en los sistemas consuetudinarios, amoldar el derecho a los fenómenos sociales de aparición diaria, no contemplados en la Ley escrita por ser de reciente desarrollo práctico, sólo después que estos nuevos fenómenos se han depurado a lo largo de su práctica reiterada y luego de constituirse como uniformes en el ejercicio social, es que el derecho los contempla, bien para regularlos permitiéndolos y contemplando la totalidad de sus situaciones o simplemente prohibirlos, pero en todo caso, siempre después de mucho tiempo de su aparición.

Como cualquier fenómeno social de reciente aparición, la Inseminación Artificial se encuentra en este momento histórico, en esa etapa de práctica no contemplada legislativamente ni para permitirlo ni para sancionarlo prohibiéndolo el Derecho, no obstante la depuración social que ha tenido, habiendo alcanzado ya una uniformidad en el ejercicio de las conductas que lo conforman y naturalmente su reiterada práctica.

Es precisamente por haber alcanzado el grado máximo de depuración y la uniformidad que hoy en día tiene la Inseminación Artificial en nuestro medio, que se precisa su regulación legislativa.

Argumentos para demostrar esa necesidad de regulación después del estudio que antecede, carecen en este momento de efectividad. Después del anterior estudio, no solo deja de surtir efecto cualquier argumento, sino que, además sobraría en las proposiciones que hacemos en esta parte del trabajo.

Basta echar una mirada a los capítulos anteriores para estar plenamente convencido de la necesidad de la regulación social del fenómeno social de la Inseminación Artificial.

Es esa necesidad de la contemplación en el ordenamiento, la primera y nuestra opinión, la única conclusión del anterior trabajo; regulación legislativa del fenómeno social estudiado que consideramos deberá ser de carácter prohibitivo para la Inseminación Heteróloga dentro del matrimonio, así mismo, para la Homóloga en cuanto se realice post-mortem del marido. Extendiéndose la prohibición para su práctica en mujer soltera. Esto por cuanto hemos expuesto nuestro concepto de que todas estas condiciones en que se verifica dicho procedimiento, atentan contra la moral imperante en las relaciones familiares fundamentales y contra derechos irrenunciables de los miembros de la pareja.

Los fines perseguidos por la Inseminación Artificial en la generalidad de los casos tienen un noble fundamento: dar hijos a quien naturalmente no puede o no quiere tenerlos.

Dejando por el momento aparte la cuestión de la moralidad o juicio ético de estos procedimientos en seres humanos, tan directamente entroncada con el Bien divino y sobrenatural, nos encontramos con que -

la integración de la persona en el bien social obliga a renunciar a los bienes privados en cuanto sean opuestos al bien común, siempre que no haya colisión con los otros órdenes superiores ( divino y sobrenatural). En este sentido, la vida social es un fin intermedio en el que también la persona debe servir. Por tanto, aquellas acciones privadas que tiendan o puedan tender a la degeneración de la sociedad entera, a la pérdida general del vigor y de la salud, deben plegarse a los superiores intereses de conservación de estas cualidades sociales, colectivas, de ese " bien común " que es la sanidad pública. La biología nos ha llevado por varios derroteros o campos que lindan con los ámbitos moral, social y jurídico.

Desde la intimidad radical del hombre hasta la peligrosidad del bien común, que es la sanidad de las grandes masas, todo está en juego antes del embate de la técnica de Inseminación Artificial en los seres humanos.

Ante estas perspectivas, repetimos, la única conclusión del presente trabajo, es la necesidad de regulación legal del fenómeno social de la Inseminación Artificial, para que mediante el ordenamiento, se puedan dirimir los inconvenientes jurídicos ya anteriormente planteados.

Con el convencimiento de la necesidad de la reglamentación legal comentada, en nuestro ordenamiento, y en procura de ella, a título de conclusión del presente estudio, exponemos a continuación cuáles han de ser los mecanismos para lograr una total cobertura legislativa del fenómeno, de manera que éste no exista como desestabilizador de la sociedad tanto en la salubridad pública como en las relaciones jurídicas que crea y que fueron detenidamente analizadas.

1. PROHIBICION DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS BANCOS DE SEMEN PRIVADOS

Esta prohibición se funda en las razones expuestas en capítulos ante-

riores al tratar el aspecto biológico; especialmente por el carácter - preventivo tendientes a proteger a futuras generaciones de secuelas - congénitas transmisibles indefinidamente. Otra de las razones que anotamos anteriormente es el carácter inmoral de la comercialización del semen. Sobre este aspecto haremos las siguientes consideraciones : Hoy día las legislaciones prohíben unánimemente, bajo cualquier forma, la esclavitud y la servidumbre. No las admiten ni aún voluntarias. Los contratos colectivos de trabajo reglamentan celosamente las formas en que los productores quedan vinculados a su labor. No se concibe un contrato de ligase de por vida, ni siquiera el trabajo propio a perpetuidad. Pero el vendedor de semen vende muchas vidas; vende las vidas de sus hijos.

Convierte en mercancía lo que siempre ha estado extracomercium, porque no es mercancía, sino vehículo portador de existencias humanas. Se trata de padres que niegan su paternidad, que rompen su vínculo con la - descendencia. No la conocerán. Ignorarán siempre su trayectoria vital.

En esta materia es necesaria una total y absoluta intervención del Estado , como vigilante de la labor desplegada en la aplicación de estos procedimientos médicos. Lo cual, como mencionaremos posteriormente, deberá circunscribirse a la homóloga y deberá ser administrada únicamente por instituciones estables dotadas para tal efecto.

Sugeriríamos, para no engrosar aún más el aparato burocrático, que se adjudicaran esas facultades a los actuales centros de PROFAMILIA que prestan servicios a la comunidad, a saber : planificación familiar, - tratamiento anticonceptivo y conceptivos, entre otros.

Por tanto podría ampliarse su gama de servicios a este de la Inseminación Artificial Homóloga en coordinación con los servicios que presta el Bienestar Familiar en las áreas sicológicas, sociales y jurídicas

155

para un tratamiento serio y conveniente en pro del equilibrio familiar.

## 2. AUTORIZACION UNICAMENTE PARA LA INSEMINACION HOMOLOGA

Y respecto a ésta, solo durante el matrimonio por las razones de seguridad jurídica ya expresadas.

En cuanto a la Inseminación Artificial Heteróloga aún con el consentimiento del marido por considerar nosotros que atenta contra la unidad del matrimonio y las promesas de mutua y exclusiva entrega de los cuerpos, propias del mismo, proponemos su total prohibición.

En cuanto a la Inseminación entre concubinos, sugerimos que se autorice solo la que se ha de verificar con el semen del compañero permanente, previo estudio por parte de las instituciones estatales antes mencionadas ( PROFAMILIA - ICBF) sobre las condiciones de estabilidad de la relación concubinaria y sobre la conveniencia de tal procedimiento para el futuro niño.

Por otra parte, rechazamos en forma radical la Inseminación de la mujer soltera por cuanto esta nueva pretendida institución de " Solteras madres " es un ataque contra la institución familiar , que exige, en términos generales, la colaboración de los dos sexos.

Se desequilibraría de tal forma la célula básica de la sociedad creándose nuevas formas de relación interpersonal extrañas a la familia tradicional en donde la figura paterna perdería su identidad.

## 3. SANCION PENAL PARA LAS INSTITUCIONES PRIVADAS QUE ALMACENEN SEMEN DE DONANTES Y PARA LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA QUE PRACTIQUEN LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN LOS CASOS PROHIBIDOS.

Concientes de las dificultades que conllevaría la sanción para los recurrentes a este procedimiento ( al igual que la absoluta impunidad en que quedan quienes recurren al aborto ) consideramos, más efectivo que la acción inquisitiva del Estado, en defensa de la salubridad pública se encamine contra quienes clandestinamente o públicamente compran o expendan semen humano, y contra los profesionales de la Medicina que apliquen dichas técnicas transgrediendo las prohibiciones establecidas al respecto. Todo esto sin olvidar que una adecuada política criminal aconseja que se procure más la prevención que la sanción, y en desarrollo de tal tendencia, el Estado debe realizar campañas masivas de educación e información a la comunidad sobre los inconvenientes jurídicos y biológicos de tales procedimientos y consecuencias adversas para sí en caso de que decidan exponerse a ellos; aunque sabemos que no siempre estas campañas disuasorias producen efectos plenamente satisfactorios, pensamos que sí contribuye en gran forma a crear conciencia social más aproximada al ideal respeto por el " bien común ". Por lo tanto se hace necesaria la vigilancia e intervención por parte del Estado en las actividades biogenéticas en constante desarrollo, así mismo, erigiendo una responsabilidad penal para los científicos que desconozcan los límites establecidos por la legislación.

4. EN CASO DE INSEMINACION ARTIFICIAL CON SEMEN DE DONANTE ADMISION DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA PATERNIDAD Y DE LA DECLARACION JUDICIAL DE LA MISMA.

5. EN LA MISMA HIPOTESIS DEL NUMERAL ANTERIOR ADMITIRSE LA PROSPERIDAD DE LAS ACCIONES DE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

6. PROSPERIDAD DE LAS ACCIONES DE IMPUGNACION DEL HIJO INSEMINADO HETEROLOGAMENTE DENTRO DEL MATRIMONIO .

7. PROSPERIDAD EN LAS ACCIONES DE IMPUGNACION DEL HIJO INSEMINADO

CON SEMEN DE UN TERCERO DURANTE EL CONCUBINATO.

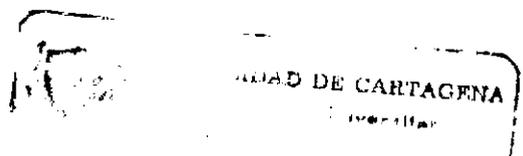
8. ORGANIZACION POR PARTE DEL ESTADO DE CAMPAÑAS TENDIENTES A PROCURARLE HOGAR A NIÑOS ABANDONADOS EN COORDINACION CON PAREJAS NATURALMENTE NO PUEDEN CONCEBIR HIJOS, NI AUN CON PROCEDIMIENTOS ARTIFICIALES HOMOLOGOS.

En las condiciones anteriores quedan expuestos los problemas más visibles que la Inseminación Artificial puede presentar. Como vemos, se produce inevitablemente la tensión entre lo biológico y lo institucional tratándose de la filiación legítima. Es que la Inseminación Artificial conmueve los supuestos de la procreación, tal como biológicamente se le entendió durante siglos.

Es o no conveniente que la legislación positiva reciba el hecho y reglamente sus consecuencias ?. Ya hemos visto que, de un modo u otro, al juego del Derecho vigente los conflictos pueden resolverse. Lo que ocurre es que en esta pregunta se apunta más hacia algo más profundo: Legeferenda contemplándose expresamente el procedimiento de la Inseminación Artificial podrían resolverse aún mejor.

Claro que ello, a su vez, involucra consideraciones axiológicas. Tratándose de la Inseminación Heteróloga, por ejemplo, y ante los cuestionamientos éticos que suscita, es valioso reglamentarla estableciendo las condiciones en que puede ser practica, formalidades a cumplir por el donante en sí, la exigencia del anonimato, la exteriorización del consentimiento del marido y sus efectos ?, no sería este un modo de hacer trascender a lo legal, lo que es inmoral o éticamente reprobable?

A pesar de los cuestionamientos éticos que suscita el procedimiento, la inseminación en sí, y - añadimos - que tratándose de Inseminación Heteróloga, estamos en presencia de un arbitrio que contraría, como -



dijimos, la naturaleza ética de la procreación humana, es menester distinguir dos planos, con intereses diferentes.

Por una parte la condena al medio, así como se condena al aborto, la contracepción o la eutanasia. Imaginemos que, por vía legal, se tipifiquen como un acto ilícito la Inseminación Artificial Heteróloga . Su pongamos que, por hipótesis se le tipifique incluso como delito del Derecho Penal. La condena al medio, al procedimiento, no evitará que se presente el problema del hijo concebido mediante dicho procedimiento.

Ni el derecho, ni la sociedad, podrán negar que se está ante un nuevo ser, que es un fin en sí , una nueva vida creada a pesar del medio empleado para engendrarla. Ese hijo, entonces, más allá de la condena a sus mayores por la sociedad, requiere un adecuado emplazamiento en el estado de familia.

La reglamentación de los efectos de la Inseminación Artificial debería solo establecer pautas de certidumbre en las relaciones jurídicas que protagonizan el hijo, sin por ello dejar de condenar, si es del caso, el medio.

Y esto que decimos será también aplicable a los conflictos que pudiere crear la fecundación extrauterina.

En los anteriores términos , dejamos expuesto nuestro pensamiento sobre la futura reglamentación del fenómeno social que deberá realizarse y finalizamos el estudio del mismo, concluyendo el presente trabajo.

