

1

Cartagena, 4 de Diciembre de 1986

Ddoctor
GUILLERMO BAENA PIANETA
Director Centro de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho
Universidad de Cartagena
L. C.

Distinguído doctor y amigo:

Doy respuesta a su oficio N° 193 de fecha 20 de noviembre de 1986, comunicador de mi designación como segundo examinador del proyecto de tesis presentado por los egresados NORA MARGARITA VILLALOBOS SANTOYA y HERNANDO OCHOA SERRA, titulado "LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA".-

Profundamente conocedor de sus altísimas calidades intelectuales y humanas, con todo respeto me permito plantearle dos inquietudes con miras a que se estudien por usted, y en lo posible, se proceda a su futura proyección y solución:

1) Si bien es cierto su oficio N° 193 tiene fecha 20 de noviembre de 1986, y en él se me concede un término de DIEZ (10) días para rendir este informe, - apenas lo recibí, conjuntamente con el proyecto, el jueves 27 de noviembre a las 11 de la mañana.-

2) Ojalá se permita al examinador designado usar y gozar del término reglamentario de 10 días, libre de presiones, requerimientos, etc. por parte de quienes con justificada celeridad, y por razones que no preciso, alcanzan a conocer y enterarse de quien el examinador designado.-

- - - 0 - - -

En lo que al proyecto remitido, presentado por los egresados Villalobos - Santoya y Ochoa Serra, cumple a cabalidad los requisitos que exige el reglamento de la Universidad.-

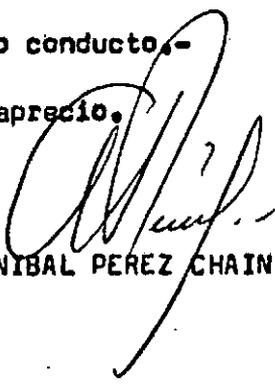
Corresponde a un esfuerzo destacable, que va de la introducción; que se refiere a la familia moderna y a sus caracteres; a los aspectos generales de la inseminación artificial, a sus criterios, clases (homóloga y heteróloga), a la posición de la iglesia frente a tema de palpitante y creciente actualidad; a su incidencia en la legislación colombiana; a su análisis con el derecho comparado; para rematar con serie de importantes proporciones; y en la reglamentación de los Bancos de Semen y/o instituciones de fertilización.-

Por todo lo anterior, y en el angustioso término de que he podido hacer uso, estimo y reitero maraca, sin modificación alguna, la correspondiente aprobación.

8

Así lo impetro de la Universidad, por su muy digno conducto.-

Con sentimiento de la mas alta consideracio y aprecio.

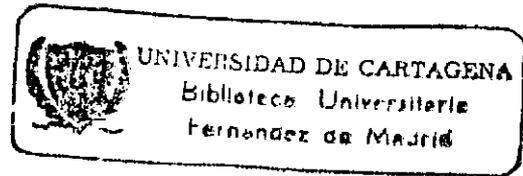


ANIBAL PEREZ CHAIN

T
346.2
016

S C I B

3



INCIDENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL
EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

S C I B
00018942

HERNANDO OCHOA .SERRA

NORA MARGARITA VILLALOBOS SANTOYA



48415

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA, 1986

4

INCIDENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL
EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

HERNANDO OCHOA SERRA

NORA MARGARITA VILLALOBOS SANTOYA

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al
título de Abogado

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, 1986

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR : Doctor LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
DECANO : Doctor ALCIDES ANGULO PASOS
SECRETARIO GENERAL : Doctor MANUEL SIERRA NAVARRO
SECRETARIO ACADEMICO : Doctor PEDRO MACIA HERNANDEZ
DIRECTOR DEL CENTRO
DE INVESTIGACIONES : Doctor GUILLERMO BAENA P.
PRESIDENTE DE TESIS : Doctor PEDRO MACIA HERNANDEZ
PRESIDENTE HONORARIO : Doctor DOMINGO ORLANDO ROJAS
PRIMER EXAMINADOR : Doctor ELOY TOUS LIÑAN
SEGUNDO EXAMINADOR :
TERCER EXAMINADOR :

REGLAMENTO

LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LOS CONCEPTOS Y OPINIONES EMITIDOS POR LOS GRADUANDOS. TALES CONCEPTOS Y OPINIONES DEBEN SER CONSIDERADOS COMO PROPIOS DE AUTORES.

(Artículo 83. Reglamento Facultad de Derecho y Ciencias Políticas)

7

DEDICATORIA

Al Creador

A mis padres Hernando y Bettina

A mis hermanos Mirtha Cecilia y Hernando Rafael

Ya que sin su constante apoyo y amor, no hubiera sido posible este triunfo.

Mis más sinceros agradecimientos a mis familiares, por el aprecio y cariño que me han brindado en todo momento; especialmente a los Cabarcas Santoya, que han servido de modelo a mis aspiraciones.

Y a todas aquellas personas que han compartido y compartirán algún momento de mi vida, con el firme convencimiento de lo mucho que he aprendido y aprenderé de ellos.

Nora

DEDICATORIA

Se culminan con este trabajo los sueños de un grupo de personas que, con muchos sacrificios, se ven hechos realidad.

Dedico con mucho cariño y comparto este triunfo con:

- Mi madre : JUDITH SERRA DE OCHOA
- Mi esposa : MANUELA LIÑAN DE OCHOA
- Mis hijos : HERNANDO ANTONIO, MONICA Y MARIA ANGELICA
- Mi abuelita : VICTORIA CALVO LARA
- Mis tños : RAFAEL NIEBLES Y NORA DE NIEBLES
- Mis hermanos: GUSTAVO, ANDRES, ALBER TO Y LUIS

Hernando

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	1
1. LA FAMILIA MODERNA	3
1.1 ANTECEDENTES Y CONCEPTO	3
1.1.1 Efectos Económicos	4
1.1.2 Efectos sociales	4
1.2 CARACTERES DE LA FAMILIA MODERNA	5
1.2.1 La Monogamia	5
1.2.2 La Comunidad Familiar	6
1.2.3 La Autoridad	7
1.2.4 Las Obligaciones Familiares tienen el Carácter de Orden Público	8
2. ASPECTOS GENERALES DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL	9
2.1 FENOMENOS QUE MODIFICAN LA CONFORMACION	

	pág.
DE LA FAMILIA	9
2.1.1 Aumento de la Natalidad	9
2.1.2 Aumento Constante de la Union Libre y Correlativa disminución de los matrimonios	9
2.1.3 Avances Científicos	11
2.2 NECESIDAD EN LA FAMILIA MODERNA	13
2.3 CRITERIOS DE INSEMINACION	13
2.3.1 Criterio General	13
2.3.2 Concepto Médico	14
2.4 CLASES O TIPOS DE INSEMINACION ARTIFICIAL	14
2.4.1 Homóloga	15
2.4.2 Heteróloga	15
2.4.3 Arrendamiento de vientre	15
2.5 ALGUNAS POSICIONES	16
2.5.1 Concepto estrictamente científico-médico	17
2.5.2 Concepto científico-jurídico	18
2.5.3 Aspecto Sociológico	20
2.6 POSICION DE LA IGLESIA	21

11

	pág.
3. INCIDENCIA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA	27
3.1 NORMAS FUNDAMENTALES	27
3.1.1 Aspectos Generales	27
3.1.2 Procedencia de las Personas	27
3.1.2.1 Vínculo Matrimonial	28
3.1.2.2 Concubinato	29
3.1.3 Efectos del nacimiento	31
3.2 TRATAMIENTO Y EFECTOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL DENTRO DEL MATRIMONIO, DENTRO DEL CONCUBINATO Y EN LA MUJER SOLTERA	32
3.2.1 Dentro del Matrimonio	32
3.2.1.1 En Inseminación Homóloga	33
3.2.1.2 En Inseminación Heteróloga	37
3.2.1.3 Con Consentimiento del Marido	40
3.2.1.4 Sin Consentimiento del Marido	45
3.2.2 Inseminación Artificial en mujer soltera	52
4. DERECHO COMPARADO	55
4.1 EL PROBLEMA EN NORTE AMERICA	55
4.2 CHILE Y OTROS PAISES	59

	pág.
5. INCIDENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA	68
5.1 INSEMINACION ARTIFICIAL Y EL PROCESO DE INCRIMINACION	68
6. PROPOSICIONES	80
6.1 REGLAMENTACION DE LOS BANCOS DE SEMEN Y/O INSTITUCIONES DE FERTILIZACION	80
7. CONCLUSIONES	86
BIBLIOGRAFIA	89
APENDICE	91

INTRODUCCION

Los derechos humanos o derechos de la personalidad, hicieron su primera entrada en el pensamiento jurídico con motivo de la proclamación de los derechos del hombre realizada por la Revolución Francesa de 1789; posteriormente recibieron importantes incrementos por la doctrina hasta toparnos con la proclamación de la Carta de las Naciones Unidas de 1948. Se proclamaron, entre otros, derechos a la vida, al cuerpo, a la salud, etc.

Cada vez es mayor el número de derechos de aquellos de los llamados "humanos" que, necesariamente, deben ser del derecho natural traducidos en norma positiva, para así, entrar a reglamentar el ejercicio de esos derechos.

No es nada nuevo que las legislaciones del mundo, sobre todo la nuestra, van a la zaga del derecho natural.

Los adelantos de la ciencia por una parte y las nuevas concepciones de las relaciones del tipo familiar, por la otra, han dado lugar a

situaciones que generan en el hombre nuevas necesidades para satisfacer aspiraciones morales y biológicas. El uso prematuro de anti-conceptivos en la mujer joven por un prolongado tiempo, sin antes haber concebido hijo alguno durante las relaciones sexuales previas a esa concepción, producen efectos nocivos en la capacidad para concebir de la mujer. Han contribuido por manera de más que comprobada como fenómenos directos el uso de sustancias que producen farmaco-dependencia, el alcoholismo incrementado de jóvenes de ambos sexos, la falta de información sexual adecuada, el libertinaje y uso indiscriminado en la promiscuidad sexual, han traído como efecto inmediato el degeneramiento de los órganos reproductores en personas de ambos sexos.

En conclusión, tenemos una situación histórico-social que debemos afrontar y que el legislador no puede ser ajeno a esa situación.

1. LA FAMILIA MODERNA

1.1 ANTECEDENTES Y CONCEPTO

El interés del ser humano de sentirse satisfecho, en las necesidades mínimas que brinda la vida moderna, ha llevado al hombre del campo a buscar mejores condiciones económicas en los grandes centros, para satisfacer precisamente ese mínimo de necesidades. Ha traído esto como consecuencia la promiscua convivencia en tugurios o fabelas de grandes familias en estos pequeños cubículos.

Los papeles tradicionales de marido y mujer han variado en los grandes centros urbanos entre tantas otras cosas por todo lo antes dicho; ya no es el hombre solo quien lleva la administración exclusiva del hogar.

En nuestro país con el advenimiento de la Ley 28 del 32, se logró que la mujer cobrara su independencia económica. Con el Decreto 2820 del 74, se concede a los cónyuges una autoridad familiar compartida.

Ante las apremiantes necesidades de la vida moderna, la familia moderna, deja de ser una unidad de producción artesanal y sus miembros se ven obligados a laborar en lugares distintos al hogar para lograr la subsistencia de la familia y las comodidades que la tecnología moderna les brinda. Toda la afluencia de estas personas del campo a la ciudad produce necesariamente problemas económicos y sociales.

1.1.1 Efectos Económicos

Se disminuye como lógica consecuencia de la mayor afluencia de mano de obra, oferta de trabajo; entran a competir en igualdad de derechos y condiciones, en el mercado de trabajo el hombre y la mujer. Se desprende de estos fenómenos que, aun cuando son del orden económico, tocan puntos del orden social.

1.1.2 Efectos Sociales

Los problemas económicos producen necesariamente los sociales. Se observan realmente en aquellos trabajos que no encajan dentro de un marco ético-moral de la sociedad (homosexualismo, prostitución, homicidas a sueldo, secuestro extorsivo, trata de blancas..., en fin, todo aquello que el ordenamiento social no acepta como válido). Todo trabajo no moral coadyuva, aunque malamente, a tratar de equilibrar el déficit de la economía familiar.

1.2 CARACTERES DE LA FAMILIA MODERNA

La familia ha evolucionado con el paso del tiempo, en las distintas épocas, habiendo tenido en cada una de ellas una organización "suigéneris", mostrando características reales y esenciales. A través de estas épocas se han venido asentando y consolidando los elementos estructurales de la familia, cuales son:

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

1.2.1 La Monogamia

La familia ha evolucionado de la consanguínea a la monogámica, señalando los inicios de la actual civilización y se convierte en característica fundamental en la época actual.

Dado que para la atención de las necesidades de conservación de la especie, el sistema que hasta ahora ha parecido mejor al hombre, biológica y culturalmente, para la regulación de sus relaciones heterosexuales, para la crianza, educación y establecimiento de sus hijos, la unión monogámica y estable. Resulta natural que las

normas jurídicas en que se vierte esa mentalidad, partan de la distinción entre las relaciones que se ajustan a sus dictados y los frutos de ella.

A pesar del concepto monogámico y aun cuando se conserve su estructura dentro del matrimonio tal y como lo concibe la Iglesia Católica y nuestra legislación civil, encontramos en nuestra sociedad que uno o los dos miembros del matrimonio monogámico, dentro de las comunes relaciones heterosexuales, tengan hijos que no formen parte precisamente de este mismo concepto monogámico, toda vez que desde el punto de vista material, no formal, estaríamos en presencia de una poligamia de tipo naturalístico.

1.2.2 Comunidad Familiar

Que un hombre y una mujer (marido y mujer) vivan bajo un mismo techo, es consecuencia obligada de las funciones y fines del matrimonio que a la vez, refleja la comunidad corporal de la pareja.

La sociedad conyugal que es como se denomina a la comunidad doméstica, origina también una división de funciones, división ésta que antes de la entrada en vigencia del Decreto 2820 de 1974, estaba limitada la actividad de la mujer a los trabajos del hogar, el hombre en cambio trabaja fuera del hogar.

Hoy en cambio esta división de funciones obedece más que a un criterio legal, a uno de tipo natural. Todo esto en nuestros días, cuando cada vez más se acentúan los movimientos feministas pro-liberación y emancipación de la mujer.

Comenta el doctor Arturo Valencia en su obra de Derecho Civil, Tomo V:

...debe dársele a la mujer libertad para participar en la cultura y en la producción social en la misma medida que el hombre; igualmente se debe revitalizar y valorar el trabajo en el hogar, el cual debe tener el mismo significado que el del hombre en la industria, comercio o fábrica; también pide la mujer libertad para organizar el hogar mediante la planificación del número de hijos que se deben tener, facultad para usar métodos anticonceptivos y abortivos.

Añadimos a esto último de acuerdo con la orientación de este trabajo, el derecho que tiene toda mujer a tener un hijo cuando por distintas causas provenientes de su marido o de ella, por vía natural no pueden tenerlo. Es allí donde tiene relevancia el método conceptivo de inseminación artificial o el de fecundación in vitro.

1.2.3 La Autoridad

La comunidad familiar como comunidad doméstica, se otorgaba antiguamente la dirección de ella al marido. Esta dirección o principio de autoridad, se podía observar desde dos puntos de vista:

- Como potestad marital, mediante la cual, la mujer debía obediencia al marido.

- Como patria potestad, dicho de otro modo, la autoridad que la ley le otorgaba al padre sobre sus hijos.

Todo lo anterior fue derogado y remplazado por una "autoridad compartida", que aparece consagrado en los Decretos 2820 del 74 y 772 del 75.

1.2.4 Las obligaciones familiares tienen el carácter de orden público

Aunque el matrimonio se verifica por la libre y exenta de vicios voluntad de los contrayentes, y por consiguiente, libertad para formar una familia, no la tienen para entrar a regular los efectos de esa misma familia.

Por ser la ley y no la voluntad de los contrayentes la que regula esos efectos, el régimen de la familia se caracteriza por su contenido de orden público.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

2.1 FENOMENOS QUE MODIFICAN LA CONFORMACION DE LA FAMILIA

2.1.1 Aumento de la natalidad

En nuestro país legalmente se estableció el control natal con ayuda que se presta por intermedio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Este control al aumento de la natalidad en verdad ha modificado la estructura familiar; pero además produce unos efectos colaterales en esa familia hasta el punto de reducirla a marido y mujer. Es entonces, cuando entra a hacerse valer los derechos de la pareja de tener un hijo, por los medios que nos brindan los avances de la ciencia.

2.1.2 Aumento constante de la unión libre y la correlativa disminución de los matrimonios

De qué manera afecta y modifica la familia este concepto?

Tendremos que adentrarnos en el estudio del artículo 113 del Código Civil Colombiano, que tiene como elementos: que es un acto solemne, lo realizan hombre y mujer, y como elementos fines: vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Teniendo en cuenta nuestros conceptos ya citados en los puntos 1.2.1 y en la Introducción, observamos cómo las condiciones que modifican las costumbres familiares y la interacción entre los miembros de la sociedad, permiten un nuevo tratamiento en los hábitos de los individuos; el comer en comunidad en la mesa, salir la mujer joven a las fiestas acompañada de sus mayores, los horarios y creencias sobre formas de llevar el noviazgo, el respeto a los mayores, han sido cambiados por la nueva forma de vida de la sociedad de consumo.

La sociedad avanza y todos sus miembros tienen que marchar con este avance. De esto tenemos que las relaciones sexuales son más comunes sin existir el vínculo matrimonial, teniendo distintas causas según sea la edad de ellos.

De los elementos del artículo 113 del Código Civil in comento, la tendencia social es a desarticular este precepto y sólo poner en práctica uno o unos de los elementos fines, vr. gr., vivir juntos, vivir juntos y auxiliarse mutuamente o vivir juntos y procrear por descuido o accidente.

2.1.3 Avances científicos

Los científicos en sus estudios y experimentos, persiguen finalidades distintas, es así como la fecundación artificial adquiere muchas modalidades. En tratándose de la fecundación "in vitro": para conocer el modo y las características de la fecundación humana y el desarrollo de la célula germinal; también se puede llevar a cabo con finalidades terapéuticas: para adquirir un conocimiento más exacto de las taras hereditarias y tener la posibilidad de curarlas. A veces se realiza la fecundación artificial para tener un conocimiento exacto del poder "manipulador" del hombre sobre la fecundación y la gestación.

El periódico El Tiempo en el año de 1978, de los días 26 y 27 de julio, cita:

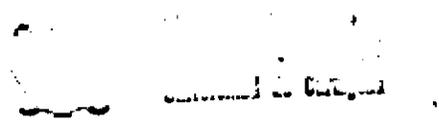
El hombre contemporáneo ha arrebatado gran número de secretos a la materia, y su investigación ha llegado a tal punto en el campo biológico que, muchos de los secretos de la vida, han dejado ya de serlo. Así, la inseminación artificial que, hasta hace algunos años sólo se aplicaba a los animales, comienza a aplicarse a los seres humanos; la selección de las especies mediante cruzamientos adecuados, puede aplicarse a los hombres y la perfección de la sexualidad mediante hormonas, es un hecho ya cumplido.

Los estudios de grandes avances en la Ingeniería Genética, incluido nuestro país, han permitido especular al tratar de producir seres

humanos vivos partiendo de células de un solo progenitor, para crear una forma de nacimiento virginal.

Otro de los aspectos de estudio es el hecho del estudio del "comportamiento físico" del semen. Hace doscientos años, Spallanzini fue quizás el primero en informar sus observaciones sobre los efectos de temperaturas de congelación sobre espermatozoos humanos, en tanto Nontegazza, en 1866, fue el primero en sugerir bancos de semen humano congelado. Durante el período de 1938 a 1945 se observó que algunos espermatozoos humanos podían sobrevivir a la congelación a temperaturas de hasta -269°C. La posibilidad de conservar esperma por congelación durante lapsos prolongados apareció más tarde con el uso exitoso de glicerol como agente crioprotector de espermatozoos de mamíferos, en 1949.

Por último, un hecho que marca el inicio de la culminación de todos estos trabajos de investigación, lo constituye innegablemente el nacimiento del primer hijo proveniente de una inseminación (más técnicamente lo deberíamos llamar "fecundación"), en el Hospital Oldham de la Gran Bretaña, el 25 de julio de 1978.



2.2 NECESIDAD EN LA FAMILIA MODERNA

En la familia moderna-contemporánea, la necesidad material de tener un hijo, el hecho de no ver frustradas sus vidas por la falta de ese mismo hijo o verse sometidos al escarnio social ante la eventual incapacidad de procrear por los medios normales, conduce a marido y mujer a aprovecharse de los medios científicos que brindan los avances de la vida moderna, y entonces sí ver satisfecha esa aspiración sin tener en cuenta si existe o no disposición normativa que regule los efectos de una inseminación distinta a la homóloga, toda vez que ella no presenta problema alguno.

2.3 CRITERIOS DE INSEMINACION

2.3.1 Criterio General

Inseminación es sencillamente la acción de introducir semen en la vagina.

La inseminación que se realiza por medio de los órganos naturales, se denomina inseminación natural; la que por medios artificiales, mediante la utilización de procedimientos científicos, se denomina inseminación artificial.

Al decir de autores como Raymon Rambaur, "La inseminación artificial consiste en la introducción de esmperma en el interior de los órganos genitales femeninos mediante un procedimiento distinto del contacto sexual normal".

2.3.2 Concepto Médico

Desde este punto de vista, debemos citar la obra del doctor Roberto Suárez F., en La Filiación, citando a Niedmeyer:

Se entiende por fecundación artificial:

- a) La introducción de la esperma en la vagina o el útero, o en los órganos vaginales "Absque copula naturali".
- b) La introducción de esperma en cavum uteri post copulam naturalem. En este caso, sería mejor hablar de ayuda a la fecundación que de fecundación artificial.

2.4 CLASES O TIPOS DE INSEMINACION ARTIFICIAL

Cuando se utiliza para vencer la esterilidad la fecundación y/o gestación artificial y mirando el problema desde este ángulo, se puede pensar en diversas formas de intervención del hombre. El profesor J.M. Bedoya las sintetiza del siguiente modo:

Desde un punto de vista teórico, en los países en que es ley la monogamia (en otros las cosas podrían variar un

tanto), podrían darse las posibilidades siguientes:

2.4.1 Homóloga

Fertilización "in vitro" del óvulo de la esposa con espermatozoides del marido, seguida de la implantación en el útero de la misma. Sería útil a mujeres estériles por afectaciones tubéricas irremediables.

2.4.2 Heteróloga

- Por donante
- Por implantación en el vientre de otra mujer, con semen del marido y óvulo de quien presta el vientre. No podemos considerar heteróloga la inseminación que se hace implantando en el vientre de otra mujer, el óvulo fertilizado de la esposa con el semen de su esposo.

Puede darse el caso de la fertilización del óvulo de una esposa con semen de un donante; lo mismo que la fertilización del óvulo de una donante con espermatozoides del esposo, seguido de implantación en el útero de la esposa. Podría ser útil cuando la esposa no tiene ovarios o no tiene ovulaciones. En el primer caso nacería un niño con caracteres heredados de la madre y del donante del semen. Sería pues un hijo auténtico de la esposa pero no del esposo.

En el segundo caso, nacería un niño con caracteres heredados del padre y de la mujer que donó el óvulo; pero ninguno de la esposa, que lo llevó durante el embarazo. Sería, pues, un hijo auténtico del esposo, pero no de la esposa, aun cuando lo hubiere gestado.

2.4.3 Arrendamiento de vientre

Es fertilización del óvulo de una esposa con espermatozoides del esposo seguida de implantación en el útero de otra mujer, que lo llevaría durante el embarazo. Este proceder podría servir para cuando la esposa no tiene útero o no lo tiene útil, o en abortaduras habituales por factores maternos, tanto si asientan en el aparato genital o no. También en esposas cuya vida correría serio peligro si hubieran de soportar un embarazo. El niño heredaría todos los caracteres de los esposos y sería,

biológicamente, un "hijo total" del matrimonio; la otra mujer sería, biológicamente también, poco más (o acaso nada más) que una nodriza.

2.5 ALGUNAS POSICIONES

Grandes pensadores se han ocupado de este relativamente nuevo y actual tema. El profesor italiano M. Di Ianni comenta: "...por otra parte, muchas veces, los problemas creados por una situación de matrimonio sin hijos son mucho más graves y angustiosos que los que plantea una fecundidad muy grande".

También llama la atención el que la doctrina de la Iglesia, que ha insistido tanto en la finalidad procreativa del matrimonio, haya sido, por otra parte, restrictiva ante las intervenciones humanas para hacer posible "artificialmente" la fecundidad en la pareja.

La Escuela Católica de Italia, dice en su parte fundamental de su criterio: "El matrimonio no se justifica totalmente por los hijos. Además, existen "alternativas" suficientemente válidas a la realidad de la esterilidad: la adopción puede ser un modo de solucionar el problema; en otros casos puede ser la entrega más plena a un servicio social o pastoral."

2.5.1 Concepto estrictamente científico-médico

Los doctores Sophia Kleegman, Jerome K. Sherman, el doctor Kurt Hirschhorn, genetista, conceptúan específicamente con relación a la inseminación con semen de un donante:

El médico es el responsable de la elección de la pareja y del donante. Elegir sabiamente requiere algo más que capacidad y experiencia medias, es esencial que el médico sepa comprender al ser humano y evaluar la relación matrimonial. La meta última de la inseminación con material aportado por un donante es el enriquecimiento del matrimonio por medio de niños bien dotados desde el punto de vista genético y amados que tendrán la oportunidad de pertenecer a la comunidad.

Una pareja que adopta a un niño sabe bastante poco acerca de la madre y aún menos respecto del padre. La adopción de niños de fuentes privadas quizás sea menos dificultosa y lleve menos tiempo pero elimina también las garantías y puede ser muy caro. Siguen comentando los doctores:

Lo más importante es investigar la calidad emocional de la pareja. Debe entrevistarse a marido y mujer por separado, asegurándoles privacidad absoluta. El esposo puede explicar que él prefiere un niño obtenido por inseminación artificial con semen de un donante porque su mujer es la que él eligió como madre de sus hijos. Desea además vivir la experiencia de su mujer embarazada y piensa que lo tomaría como suyo.

Otro médico, obstetra, norteamericano, comenta:

La inseminación artificial, ha comenzado a recibir especial atención por gran número de matrimonios que lo solicitan. Estas son las razones para ello:

- Los médicos pueden diagnosticar más fácilmente la infertilidad masculina.
- Una actitud cada vez más tolerable hacia el aborto, lo cual ha reducido el número de niños disponibles para adopción.
- La enorme publicidad que se le ha dado a la organización de bancos de semen congelado.

2.5.2 Concepto científico-jurídico

Muchos interrogantes legales se plantean en relación con el acto de inseminación artificial con esperma de un donante. En primer lugar, muchos problemas legales afectan al niño resultante de inseminación artificial. ¿Es legítimo el niño en un sentido legal? ¿Tiene el esposo la obligación de mantener al niño? ¿Cuáles son los derechos del niño en relación con el esposo y el donante, respecto de situaciones como por ejemplo, la herencia?

Es lamentable que no existan respuestas a estas dudas. El estado legal del niño generalmente no presenta problemas cuando se trata de una inseminación homóloga. La inseminación heteróloga o con semen donado, origina interrogantes de importancia legal para el

niño y para el esposo. Si éste no consiente o no tiene conocimiento de la inseminación artificial de su esposa por medio de un donante, existen argumentos legales que en algunos casos demostrarán que la esposa ha cometido adulterio y en que el marido puede pedir el divorcio por dicha causa.

En la mayoría de los países del mundo, la validez, los efectos jurídicos de la inseminación artificial no han sido objeto de un tratamiento legal concreto y oficial.

Los países más adelantados en legislación sobre el tema son los Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, Chile en materia penal y, muy tímidamente, Portugal, algunos estados de los Estados Unidos y Colombia (que en su debida oportunidad estudiaremos).

Nos encontramos ante una realidad social en la que la lucha de los científicos por aliviar las penas físicas y morales va dejando a la zaga toda nuestra estructura jurídica y es que a nuestro derecho hay que actualizarlo a los nuevos conceptos sobre moralidad, atemperando la influencia de la moral religiosa para enfrentar un concepto de moral más real y acorde con las exigencias sociales.

Nos damos cuenta de que están en juego una serie de bienes como la protección y seguridad de los niños nacidos a través de este sistema;

bienes que deben ser protegidos y garantizados por el Estado, protección reclamada por el derecho natural, no obstante que en el sentir de muchos, dichas criaturas sean fruto de algo no consentido por la moral.

2.5.3 Aspecto Sociológico

Es de uso corriente, sobre todo en nuestros días, que una pareja desee unirse mediante las fórmulas tradicionales según su creencia y usos locales. Es aplicable entonces a esa unión las normas existentes. En nuestro país, en la legislación civil y cánones eclesiásticos, se establecen unos fines y unas consecuencias a estas uniones; uno de esos fines es el de cohabitar con el propósito de procrear hijos y perpetuar la especie.

Toda regla moral implica un juicio de valor, acordado implícitamente y establecido por un grupo dominante dentro de una sociedad y es aceptada por todos. Esta regla moral puede ser elevada a la categoría de norma legal; como ya lo comentamos anteriormente, los avances tecnológicos, científicos y modificaciones de la estructura social, producen alteraciones degenerativas fisiológicas tanto en el hombre como en la mujer. ¿Cómo afrontar entonces el hecho material de no poder cumplir la pareja con uno de los fines del matrimonio? ¿Deben estar la mujer y el marido condenados a no poder tener hijos

porque "doctos y legos" no quieren comprender la importancia de la posibilidad de concebir sin necesidad del acto sexual?

2.6 POSICION DE LA IGLESIA

La valoración moral de la inseminación fue muy discutida entre los moralistas católicos desde finales del siglo XIX. La intervención de Pío XII en la audiencia del 29 de septiembre de 1949, concedida a los participantes del IV Congreso Internacional de los Médicos Católicos, trató de poner claridad entre la diversidad de valoraciones que existían en la enseñanza de los moralistas católicos.

Criticando la inseminación artificial desde el punto de vista moral, también lo hizo al segundo congreso mundial de Fertilidad y Esterilidad, en mayo 16 de 1956.

El Santo Oficio se pronunció declarando "ilícita", en decisión del 26 de marzo de 1897 (no del 24 de marzo, como aparece en tesis de grado del doctor Viana, Universidad de Cartagena, Facultad de Derecho).

La Iglesia Católica por intermedio de su representante Universal, el Papa Pío XII:

No podemos dejar pasar la ocasión presente sin indicar con brevedad y a grandes líneas el juicio moral que se impone en esta materia:

1° La práctica de esta fecundación artificial, en cuanto se trata del hombre, no puede ser considerada ni exclusivamente, ni 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 pueda ser fruto sino del matrimonio. Sólo el matrimonio salvaguarda la dignidad de los esposos (principalmente la de la mujer en este caso), su bien personal. De suyo, sólo él provee al bien y a la educación del niño.

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

4° En cuanto a la licitud de la fecundación artificial en el matrimonio, bástenos por el instante recordar estos principios de derecho natural: el simple hecho de que el resultado al cual se aspira, se obtenga por este camino, no justifica el empleo del medio mismo; ni el deseo en sí muy legítimo, de los esposos de tener un hijo basta para probar la legitimidad del recurso a la fecundación artificial, que realizaría este deseo. Sería falso pensar que la posibilidad de recurrir a este medio podía volver válido el matrimonio entre personas ineptas para contraerlo por el hecho del "impedimento de impotencia".

5° Por otra parte, es superfluo observar que el elemento activo no puede jamás ser procurado lícitamente por acto contra la naturaleza.

6° Aunque no se puede a priori excluir nuevos métodos por el solo motivo de su novedad (en la época) no obstante, en lo que toca a la fecundación artificial, no solamente hay que ser extraordinariamente reservado, sino que hay que descartarla absolutamente.

7° Al hablar así, no se prohíbe necesariamente el empleo de ciertos medios artificiales, destinados únicamente sea a facilitar el acto natural, sea a hacer llegar a su fin el acto natural normalmente llevado a cabo.

Los moralistas actuales siguen rechazando la inseminación artificial en el caso de una mujer soltera. El deseo de maternidad (dicen los moralistas católicos) no justifica una forma de llevarlo a cabo que comporta la desintegración misma del valor. Con mucha razón hay que rechazar como inmorales los "bancos de esperma", en los que no está ausente el sucio negocio.

E. Chiavacci, ante la negativa de Pío XII frente a toda forma de inseminación artificial por la razón de separación del aspecto procreativo y del aspecto unitivo en la relación conyugal, propone el siguiente matiz personal:

Yo, personalmente, creo que el juicio puede ser más matizado: en una inseminación artificial verdaderamente homóloga, la intención unitiva y procreativa son ciertamente muy fuertes, y ciertamente más fuertes que en muchos casos de procreación natural. El niño nace por eso en un contexto de amor y de espera siempre seguramente dominante en el ánimo de los progenitores.

Ch. E. Curran matiza el juicio de Pío XII del siguiente modo: "Pío XII enseñó que tal inseminación artificial era mala porque el acto de la unión sexual tiene que ser siempre una acción personal que sea expresión de amor". Algunos teólogos, antes de las alicuciones pontificias pensaron que una condenación absoluta de la inseminación artificial pone demasiado énfasis en la acción física individual como tal. Ordinariamente el proceso de la concepción comienza por la acción de depositar el semen masculino en la vagina de la mujer mediante la unión sexual física. Sin embargo, ocasionalmente puede suceder que tal unión normal no proporcione buenas condiciones para que se consiga la concepción.

La iglesia Anglicana ante el nacimiento del primer niño nacido mediante el procedimiento de fecundación "in vitro", señala: "Un niño debe ser el producto de la unión amorosa entre el marido y la mujer y es difícil admitir cualquier cambio en esta premisa".

Los prelados de esta iglesia dicen que sería prematuro pronunciarse categóricamente acerca de la moralidad de una técnica, cuyos métodos se desconocen todavía en detalle o de la ayuda que la ciencia puede prestar a la realización de un acto natural.

Los líderes religiosos musulmanes reaccionaron muy favorablemente ante el nacimiento del primer "niño probeta", señalando que el

islamismo es la religión de adelantos científicos. El jeque Hassaneim Makhlouf, el gran mufti de Egipto, manifestó que el islamismo no objeta, "siempre que el niño sea nacido de un hombre y una mujer que están legal y religiosamente casados, aun cuando no haya tenido lugar la unión sexual".

De todo lo anterior, podemos extraer lo siguiente:

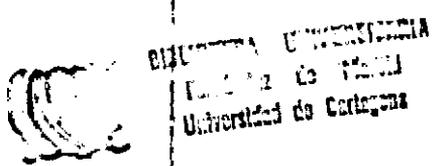
- Del párrafo segundo del punto dos de la alocución de Pío XII, cuando dice que el niño concebido por fecundación artificial es "ilegítimo", aun antes de la vigencia de la Ley 29 de 1982 (en nuestro país) no podía hablarse de ilegítimo por no estar prohibido por la ley colombiana.
- La Iglesia en el punto tercero más que derechos, como dice concederles a los desposados, les impone una obligación y crea una presunción de carencia de un lazo moral o jurídico entre el niño y sus padres aun cuando sea con la querencia y deseo de los padres. Es que definitivamente la moral no puede radicar en la genética.
- Parte final del punto cuarto: "...Sería falso pensar que la posibilidad de recurrir a este medio podría volver válido el matrimonio entre personas ineptas para contraerlo por el hecho del "impedimento de impotencia". No estamos de acuerdo en que la impotencia, en

este caso "in generandi" que es lo que nos ocupa, produzca de por sí invalidación de un matrimonio celebrado por dos personas que dicen amarse mutuamente y quieren seguir siéndolo.

Pensamos que no se le puede, en el caso de la Iglesia Católica, negar el derecho al matrimonio a la pareja que amándose, no puedan tener hijos por los medios naturales. Por consiguiente, pueden los cónyuges en la más de las veces acudir a la inseminación para procrear sus hijos y reafirmar con ello su intención de permanecer unidos y cumplir con uno de los fines del matrimonio.

No podemos pasar por alto la posición del islamismo sobre este tema, aun cuando no sea del todo acertada, lo es como es lógico desde el punto de vista religioso.

"Dios creó una forma natural para preservar la especie humana. Si surgen problemas y la ciencia puede resolverlos, entonces el islamismo no tratará de oponerse a tales esfuerzos". Restringen el derecho a la inseminación a las parejas de casados y pensamos que no solamente tienen derecho a ello los que están unidos por un vínculo sacramental, sino todas aquellas parejas que los unan lazos de amor, afecto mutuo, afinidad espiritual y deseos de procrear hijos provenientes de esa unión.



3. INCIDENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA

3.1 NORMAS FUNDAMENTALES

3.1.1 Aspectos Generales

El matrimonio en nuestro Derecho Civil constituye la base de la familia, por consiguiente todas aquellas normas del derecho de familia que tengan que ver con la formación del vínculo del matrimonio, los efectos que él produce, tales como derecho y obligaciones matrimoniales, etc., se verán afectadas cuando se hubiere producido la inseminación artificial de la mujer, con o sin consentimiento del marido.

3.1.2 Procedencia de las Personas

Las instituciones que en el Derecho Civil y específicamente dentro del derecho de familia se ven afectadas son el parentesco y la filiación.

- Parentesco

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

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

3.1.2.1 Vínculo Matrimonial

El matrimonio, sea éste católico o civil, produce unos efectos que tienen que ver con las personas de los contrayentes, sus bienes o con relación a los hijos habidos en él:

- Con relación a los cónyuges produce entre ellos efectos personales siendo estas obligaciones recíprocas que contraen los esposos.
- En las relaciones padre e hijo, considerando los efectos bajo el aspecto de sus consecuencias que tengan que ver con la filiación.
- Con relación al régimen jurídico a que pueden estar sujetos sus bienes, produce efectos patrimoniales.

Nuestro Código Civil en su artículo 113, nos define el matrimonio:

"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

El matrimonio crea entre los cónyuges un conjunto de derechos y obligaciones que tienen como objeto el acatamiento de normas de conducta que son necesarias para la realización de los fines del matrimonio, siendo los más esenciales la fidelidad, la cohabitación, el socorro y la ayuda mutua.

3.1.2.2 Concubinato

Nuestro Código Civil guarda total silencio acerca de las relaciones

jurídicas entre concubinos o de éstos frente a terceros. Se tomaron en cuenta las relaciones jurídicas entre los concubinos y los hijos procreados dentro de ese estado.

El doctor Arturo Valencia Zea, en su obra Derecho de Familia, nos comenta que existe una diferencia acentuada entre matrimonio y concubinato, en que el primero no puede ser roto por el mutuo consentimiento, ni por declaración unilateral del marido o de la mujer, en cambio, los concubinos pueden destruir su estado por mutuo acuerdo o por la conducta unilateral de uno de ellos.

Esta diferencia que se establece entre matrimonio y concubinato no se da cuando de filiación se trata cuando de establecer si son o no o están en relación de padre e hijo de ello que en ambos casos tanto en las uniones por vínculo de matrimonio como en la unión de hecho podrán ejercer la acción de investigación de paternidad o impugnarse la maternidad.

En el concubinato se opera el fenómeno de la posesión notoria tanto para la pareja en el trato de marido y mujer como para con el hijo en el trato de padre-madre-hijo.

3.1.3 Efectos del Nacimiento

La existencia legal de toda persona principia al nacer, empieza diciendo el artículo 90 del Código Civil Colombiano. Y con ello se radican en cabeza del nacido, entre ellos por personales y los personalísimos. Existen ciertos derechos que la ley protege, tales como: el del artículo 91 del mismo Código Civil que protege el principal derecho de todo ser humano como es la vida.

Por una ficción legal consagrada en el artículo 93 del mismo código ya citado, se defieren unos derechos al no nacido con la sola limitante de la suspensión de esos derechos hasta su nacimiento.

Para el nacido se ha establecido una ley orgánica de la defensa del niño; o sea la Ley 83 de 1946. En su artículo 85, esta ley consagra que: "Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres".

El nacimiento del niño como consecuencia de la práctica de la inseminación artificial o fecundación in vitro, produce unos efectos jurídicos que deben ser estudiados aplicando el derecho a cada caso concreto.

En el caso de la inseminación artificial homóloga, con consentimiento del marido, el niño es a todas luces hijo de los cónyuges, por lo tanto, pertenece a la familia por ser consanguíneo, será heredero de sus

padres y su filiación es legítima.

En el evento de la inseminación heteróloga con consentimiento del marido, será hijo legítimo de los cónyuges y tendrá como padre el marido de la madre.

En el caso de ser heteróloga la inseminación, pero sin consentimiento del marido y éste no la hubiere impugnado dentro de la oportunidad legal, se tendrá como hijo legítimo; pero si el putativo padre muere dentro del plazo señalado por la ley para impugnar la paternidad, lo podrán hacer los parientes.

Naturalísticamente, el niño es consanguíneo de la madre y será afín del marido de su madre, lo será jurídicamente (hijo) si no impugna o la impugnación no prospera.

3.2 PLANTEAMIENTO DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL DENTRO DEL MATRIMONIO, EN EL CONCUBINATO Y EN LA MADRE SOLTERA

3.2.1 Dentro del Matrimonio

Como ya vimos, el matrimonio legalmente celebrado, acarrea el cumplimiento y ejercicio de derechos y obligaciones recíprocas, lo mismo

que el acaecimiento de unos fenómenos naturales regulados por el derecho. Entre esos fenómenos tenemos la filiación, que se gesta autónomamente con el nacimiento del ser humano (uno de los fines del matrimonio), y en este aspecto no existe distinción alguna entre los hijos.

3.2.1.1 En Inseminación Homóloga

Qué tipo de distinción cabría establecer entre el hijo nacido por inseminación natural y uno nacido por inseminación artificial o implantación por fecundación "in vitro"? Tendríamos que responder que ninguna. Ambos son hijos legítimos de sus padres, son consanguíneos y ambos hermanos de doble conjunción.

La filiación que en su forma simplista la consideramos como la relación natural por nacimiento entre padre-hijo, madre-hijo.

48415

Refiriéndose a la filiación el doctor Pedro Lafont Pianeta, comenta:

... sobre circunstancias extrañas a la procreación como la pre-existencia del matrimonio o concubinato, permanencia u ocasionalidad de las relaciones sexuales, afecto o desafecto entre los padres, deben dejarse de lado en la determinación y calificación de la filiación no sólo por la autonomía de esta última, que obliga al trato independiente de sus antecedentes, sino porque podría llegarse al absurdo de negar o rechazar la filiación de aquellas personas que no han querido el acto sexual o la procreación misma.

La filiación en la inseminación artificial por consiguiente no encuentra dificultad alguna.

En relación con el parentesco, en el caso que nos ocupa, y existiendo entre la pareja el vínculo de matrimonio, la familia es legítima. Entre el padre y la madre tendrán vínculo consanguíneo o relación de sangre con el hijo habido por medio de la inseminación homóloga.

Con los hijos habidos posteriormente por los mismos procedimientos o que con anterioridad hubieran existido, tendrán el mismo vínculo de sangre y serán hermanos de doble conjunción.

Cornu comenta sobre la procreación de la siguiente manera: "Cualquiera que sean las circunstancias y las dedicaciones que la rodean, es siempre la misma en la relación de padre - hijo, de creador a criatura".

Parentesco de afinidad: Cuando existe entre la pareja el vínculo del matrimonio válidamente celebrado, según el artículo 47 del Código Civil Colombiano, el marido y la mujer se encuentran vinculados con los parientes de cada uno de ellos. Los elementos del parentesco de afinidad cuando existe o existió vínculo matrimonial son: el acto solemne del matrimonio y el vínculo de sangre o parentesco de sangre existente entre el marido o la mujer con sus respectivos parientes.

No es necesario en nuestro concepto entrar a probar el conocimiento

carnal, toda vez que éste se encuentra instituído como elemento del concepto de matrimonio como débito conyugal.

Caso distinto cuando se trata de lo preceptuado por el artículo 48, pues entonces sí, ya como elemento de la afinidad ilegítima, se exige expresamente a falta de vínculo matrimonial, el conocimiento carnal entre hombre y mujer.

El conocimiento carnal, así lo consideramos, a que se refiere el artículo 48 del Código Civil Colombiano, no es el acto con el sólo propósito e inequívoco de fecundar a la mujer con cada ayuntamiento, sino el acto normal de mutua satisfacción sexual, al lado del conjunto de sentimientos y afectos mutuos que sostienen la comunidad y estabilidad en la pareja. Como también tiene decir el doctor Arturo Valencia Zea, en su obra Derecho de Familia, tomo V, sexta edición, en la página 418, al referirse al concubinato: "1) La unión de hecho entre hombre y mujer con fines de orden sexual. (como elemento de concubinato) No tiene cabida dentro de esta concepción, las posibles uniones cuya finalidad no sean las relaciones sexuales..."

*

Da origen el acto sexual seguido de preñez y posterior parto viable a la filiación, mas no al parentesco de afinidad que se encuentra instituído en nuestra ley civil en los artículos 47 y 48.

No estamos de acuerdo con la forma como algunos autores interpretan y explican la existencia o inexistencia del vínculo de afinidad en el caso de la inseminación homóloga de la mujer, hasta el punto de interpretar el conocimiento carnal como sinónimo de relaciones sexuales como medio y único fin, la procreación. El conocimiento carnal a que se refiere la ley civil, como ya lo dijimos anteriormente, tiene que ver con el propósito de las relaciones, constituídas por un conjunto de emociones, efectos y satisfacciones de estas emociones.

La pareja puede controlar la concepción mediante los conocidos sistemas anticonceptivos; mas puede suceder, que sin aplicar esos sistemas, la mujer no puede tener hijos, sea por deficiencia en los órganos reproductores del hombre, de la mujer o de ambos; es cuando entonces, la pareja, ante la imposibilidad de fecundar por los medios naturales, puede recurrir a la forma artificial, y no por esto desaparece el ya efectuado conocimiento carnal entre la pareja.

Las normas de derecho sobre la afinidad no pueden ser interpretadas en forma casuística y entenderlas dirigidas a un sólo acto de inseminación natural. No pretendemos con esto ser dueños de la verdad; pero es tan ostensible que nuestro punto de vista no puede ser otro sobre la forma de interpretar el asunto en estudio.

En conclusión, estimamos que sí existe afinidad entre el marido-donante

y los consanguíneos de la mujer.

Es de suma importancia establecer si existe o no afinidad en este caso, por cuanto interesan al derecho positivo; tanto en la adecuada aplicación de la norma adjetiva como el cumplimiento del derecho reconocido en la norma sustancial.

3.2.1.2 Inseminación Heteróloga

Es la inseminación de una mujer casada con semen de un hombre distinto al marido. Este tipo de inseminación artificial tiene ocurrencia cuando le es negado al matrimonio un hijo por infertilidad irremediable del esposo y existen en la esposa buenas condiciones de fertilidad.

La inseminación heteróloga o con semen de donante, se puede utilizar en los siguientes casos:

- Cuando el esposo es absolutamente estéril
- Cuando existe una oligospermia grave e intratable
- Cuando la esposa está llegando al final de su edad reproductora (finales de los treinta y principio de los cuarenta) y el esposo muestra una calidad seminal tan pobre que son pocas las posibilidades de éxito en un tratamiento de fertilidad para él.

- Cuando existe enfermedad hereditaria en línea masculina
- Cuando hay incompatibilidad Rh con una esposa Rh negativo sensibilizada
- Cuando existe una infertilidad intratable con espermioaglutinación grave en el esposo o incompatibilidad inmunológica persistente hombre-mujer.

Desde el año de 1890 se inició en la práctica esta clase de inseminación, siendo el médico norteamericano Robert L. Dickenson el pionero de las mismas. Muchas iglesias en el mundo, entre ellas la católica, la luterana y la anglicana de Suecia, han condenado esta clase de inseminación y la consideran adulterio; otros grupos protestantes se han manifestado en favor o en contra de esta forma de inseminación.

Es importante en el caso de la heteroinseminación que el médico determina en forma científica la conveniencia o la inconveniencia de la pareja de dicho tratamiento. El médico es responsable de la elección de la pareja y del donante. Elegir sabiamente requiere algo más que capacidad y experiencia a medias, es esencial que el médico sepa comprender al ser humano y evaluar la relación matrimonial. La meta última de la inseminación con material aportado por un donante es el enriquecimiento del matrimonio por medio de niños bien dotados desde el punto de vista genético, que tendrán oportunidad de pertenecer a la comunidad.

En la elección de la pareja son de fundamental importancia los factores emocionales.

Cada miembro de la pareja debe estar adaptado y sentir que es feliz en su matrimonio. No se trata de un medio para salvar un matrimonio, carga de hecho demasiado pesada para ser llevada por cualquier niño.

Una pareja que adopta un niño sabe bastante poco acerca de la madre y aún menos respecto del padre. La adopción por medio de instituciones puede ser un proceso difícil y extenso, a pesar de que existen salvaguardas en el proceso de adopción que intentan de proteger a todos los implicados.

No es sensato aceptar a una pareja para la inseminación con semen de un donante demasiado pronto después de que ha sido descubierta la infertilidad del marido. Debe dársele tiempo para recuperarse del choque, a veces grave, que acarrea este conocimiento.

Un riesgo de la inseminación con semen de un donante es la posibilidad de que los niños así nacidos de un mismo donante (que son en ese caso, hermanastros) se casen entre sí y tengan niños, lo que aumentaría el riesgo de malformaciones genéticas. Sin embargo, si se consideran la población y la distancia existente entre las ciudades

es muy difícil que se produzca este caso.

3.2.1.3 Con consentimiento del marido

El consentimiento es un elemento necesario para la conformación de las convenciones que, en la mayor de las veces de estas, surgen obligaciones para los intervinientes en la celebración de la convención.

Cuando el marido autoriza la inseminación de su mujer y ella la ha solicitado, firmando los documentos o formularios existentes al respecto. Del contenido de estos documentos se puede conocer de manera cierta la verdadera intención del marido y la mujer. Existe una prueba indirecta para establecer de quién procede el semen por medio del cual se insemina a la mujer o se fecunda "in vitro"; esta prueba o pruebas, según la testimonial del médico o persona que proporciona el esperma, declaraciones sobre la certeza del origen del semen sin perjuicio de las impugnaciones y pruebas en contra que puedan presentar los interesados en dicha impugnación.

Como ya observamos, la inseminación heteróloga se hace en la mujer con semen de un donante o con semen mezclado del marido y el de un donante.

En la inseminación heteróloga, no es padre biológico el padre, pero

el hijo nacido en estas condiciones queda amparado por la presunción de paternidad que establece el artículo 214 del Código Civil Colombiano, cuando a la letra dice: "El hijo que nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre el marido".

Esta presunción relativa que trae nuestro estatuto civil puede ser desvirtuada de la manera como el mismo código lo establece en el segundo inciso del artículo 214. Es lógico pensar que para la época en que fue redactado el Código Civil no se imaginó siquiera don Andrés Bello que se pudiera preñar a mujer alguna sin el contacto directo mediante el miembro viril del hombre. Esta forma de excusar el reconocimiento de hijo fue concebida por don Andrés Bello para el caso concreto y único que se conocía en la época, la inseminación natural y directa mediante las relaciones sexuales. Querer adecuar esta norma concebida en esta forma, sería como, valga la comparación, llegar a la luna con un tiro de caballos.

Queremos decir con esto que, cuando de inseminación artificial se trata, el marido no podrá invocar la excusa antes dicha por no ser adecuada, antitécnica y en definitiva, no aplicable; y no lo es en razón de que una de las imposibilidades físicas a que se refiere el artículo sería la de no poder inseminar a su mujer por los medios naturales, pero ya es bien sabido que sí es posible concebir el hijo

sin necesidad del contacto sexual directo.

De qué manera podrá el putativo padre excusarse de la paternidad?

Se nos ocurre pensar que una de las formas de probar el padre que ese niño no es su hijo, es mediante el procedimiento establecido en la prueba antro-po-heredo-biológica, cuyos alcances de certeza son del 90%.

Nos encontramos siendo partícipes de un momento histórico de gran trascendencia, como que el derecho se ha visto beneficiado con los avances de la ciencia moderna en la práctica de las pruebas periciales.

Existirán algunos abogados, que exigirán a jueces y magistrados la aplicación exegética de la norma alegando que dura es la ley, pero es la Ley.

Cuando estudiamos principios de filosofía del derecho, recordamos que, desde los albores de la humanidad, la conducta de los asociados marcó la pauta o dio origen a la formación de la norma de derecho; como conclusión, el derecho marcha a la zaga de los hechos. Debe marchar en esa forma porque el legislador no puede hacerlo para el futuro previendo modificaciones en la conducta, en los efectos de las relaciones o interrelaciones de los asociados, salvo de aquellos en

55

que la mano del hombre o su intelecto no ha intervenido en la producción de esos efectos.

No bastará, para el caso de la heteroinseminación la práctica de la prueba antro-po-heredo-biológica, sino que además deberá probar que no prestó su consentimiento. Esta falta de consentimiento la deberá probar el padre putativo, solicitando la práctica de una inspección judicial en el instituto donde se realizó la inseminación o fecundación, o mediante la tacha de falsedad de los documentos que hubiere aportado la madre. Si prospera la acción de impugnación del marido, el hijo debe ser declarado natural de la madre y afín en primer grado del marido de la madre, por cuanto los consanguíneos de la madre son afines de su marido.

Tienen derecho a la acción de impugnación de la paternidad el padre dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.

En los mismos términos en que lo puede hacer el marido, lo pueden hacer también los herederos del marido que según lo dispuesto por el artículo 221 del Código Civil Colombiano, tendrán para provocar el juicio de ilegitimidad, sesenta días de plazo, desde aquel en que supieron la muerte del padre, en el caso del artículo 219, o en que supieron el nacimiento del hijo, en el caso del artículo 220.

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

Conceptuamos que no es necesario que para que exista fuerza vinculante y obligatoriedad moral del padre, el preestablecimiento de documentos; pero consideramos sí necesarios para mantener un orden y que cada institución que practica las inseminaciones comprometa su prestigio y ética.

La obligatoriedad del padre o de los padres puede bien estar consignada en escritura pública. Lo cierto es que se debe legislar en forma armónica y completa en relación con la inseminación artificial y la fecundación "in vitro".

Ya vimos que la inseminación artificial y la fecundación "in vitro" desvirtúan las acciones de impugnación de la paternidad cuando ésta se fundamenta en la imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

La práctica de la inseminación artificial debe tenerse en cuenta como imposibilidad pero del orden fisiológico, como una especie, dentro de la imposibilidad física.

Para destruir la presunción de paternidad legítima se debe probar:

- Que durante el tiempo en que se verificó la concepción, el marido no tuvo relaciones sexuales con la mujer.

3.2.1.4 Sin consentimiento del marido

Como ya fue materia de estudio la heteroinseminación artificial que sencillamente consiste en hacerlo con semen distinto al del marido, cuando es hecho sin consentimiento de éste es cuando se presentan más claramente situaciones que chocan contra sus derechos.

El niño nacido en estas circunstancias, no será consanguíneo del marido de la madre, en el evento en que el padre putativo impugne la paternidad dentro de las oportunidades legales y con conocimiento de causa obtenga fallo favorable. Es entonces cuando entramos a considerar que no tendrá como padre el marido de su progenitora; resuelto el problema de la filiación, el parentesco entre el niño y la madre será de consanguinidad en primer grado en línea directa y será un hijo extramatrimonial. El parentesco con el marido será de afinidad por ser consanguíneo de su cónyuge, esto en el evento en que la pareja estuviere unida mediante el vínculo del matrimonio. Porque no existiendo el vínculo, la afinidad sería ilegítima como lo establecen los artículos 47 y 48 del Código Civil Colombiano.

- Como Causal de Divorcio

Del examen del artículo 154 del Código Civil Colombiano encontramos que no existe causal alguna específica que consagre la heteroinseminación no consentida como causal de divorcio.

Se intentó por primera vez, pero en forma equivocada, establecer como causal de divorcio, la heteroinseminación no consentida, por habersele incluido como relación sexual extramatrimonial en el proyecto de ley 58 de 1975 o proyecto del doctor Santofimio Botero.

El aserto es claro porque no se trata de un acto sexual sino de un simple procedimiento científico donde a nadie se le puede ocurrir pensar que mujer y donante quisieron satisfacer la libido mediante la unión de los dos gametos.

Con relación a la primera causal A: Relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.

Respecto a este punto nos encontramos con diversos criterios considerando que existe en el caso de heteroinseminación, sin consentimiento del esposo, verdadero adulterio. Ilustrémoslo con algunos casos que tienen que ver con tribunales extranjeros:

- Caso Orford

La señora Orford, posterior a su luna de miel y habiendo regresado su marido al Canadá, país de origen, se hizo inseminar artificialmente. En posterior proceso sobre el asunto, el juez de la causa dijo no creer en la "historia esa de la inseminación artificial" y declaró culpable de adulterio a la mujer, como si hubiese tenido relaciones íntimas con un hombre en la forma ordinaria.

En esencia, continuó diciendo el juzgador, la ofensa de adulterio no está en el significado moral del acto pero sí en la sumisión voluntaria de una persona a los poderes o facultades reproductoras de otra; y cualquier sometimiento de estas facultades al servicio o placer de otra persona fuera del matrimonio, trae consigo insita la definición de adulterio.

- Caso Russell

Sucedió en 1924, se declaró culpable de adulterio a una mujer que se había hecho inseminar artificialmente con semen de un tercero aún con consentimiento de su esposo.

En la Cámara de Lores, donde había comentado el caso, dijo Lord, Dunedin:

"La demandante concibió y dio a luz un niño sin que se efectuaran las relaciones con hombre alguno...; el jurado llegó a la conclusión de que había sido fecundado "ab-extra" por varón desconocido; esta fecundación "ab-extra" es indiscutiblemente un adulterio".

Se decidió entonces que el niño era legítimo y se ordenó la persecución del donante como responsable del delito de adulterio.

Observamos que los tribunales extranjeros que han ventilado y resuelto casos de heteroinseminación, observación ésta que coincide con el punto de vista del ilustre doctor Hernán Gómez Piedrahita, están en su mayoría con la tesis del adulterio consumado.

En nuestro concepto, esta conclusión es del todo errada por ser un tratamiento inequívocamente asexual como antes fue explicado.

En el concepto del doctor Bernardo Gaitán Mahecha, sobre el tema heterinseminación no consentida y adulterio, dice que se estaría dentro de un adulterio "ingenere".

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

solamente de la fidelidad conyugal".

Raymon Rambaur considera que el elemento predominante en el adulterio es la violación de la fe conyugal, de ahí que, la práctica de un método que ha revolucionado el estado de la sexualidad en vigencia desde tiempo inmemorial, autoriza a que se lleve a cabo una revisión de la noción carnal de adulterio.

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

Causal B: Será la heteroinseminación una injuria grave? Existen criterios encontrados al respecto, uno de ellos el del doctor Fabio Naranjo Ochoa, quien dice: "Si partimos de la base de que la inseminación no es una conducta, sino un tratamiento contra la esterilidad de procreación, tendríamos que concluir que tal causal no es aceptable. Pero no habrá en ello un menoscabo en la personalidad del marido en el ámbito social? "

Otro punto de vista es el del doctor Hernán Gómez Piedrahita, cuya posición es la siguiente: Cuando se le hace la misma pregunta responde

de esta manera: "creemos que no cuando ha habido consentimiento del marido. En caso contrario, sí, por cuanto se ha violado por la mujer el deber de fidelidad al esposo y sobre todo porque esta conducta puede afectar gravemente la unidad familiar."

En consecuencia, consideramos que una demanda de divorcio en nuestro medio solamente podría invocar como causal la injuria grave, si el fundamento es la heteroinseminación sin consentimiento del esposo. En el caso de aceptación o consentimiento del esposo no habría lugar a ella por razones obvias.

Es a nuestro parecer considerar que aun cuando no existe en forma directa, clara, explícita y específicamente que se ha establecido como causal de divorcio la heteroinseminación sin consentimiento del marido, los jueces, al momento de dictar sentencia y entrar a considerar la causal invocada, su criterio puede estar orientado a dos fórmulas de solución: Primero el rechazar la causal invocada por considerarla inaplicable al no ser contemplado (según su criterio) que el hecho que supuestamente se invoca en la norma, no es el descrito por ella. Segundo: aceptar la causal invocada por dar aplicación en forma analógica y extensiva al hecho material de la "heteroinseminación no consentida por el marido", como hecho comprendido dentro de la causal que consagra el artículo 154 del Código Civil en su numeral tercero, los ultrajes (injuria grave)..., o se hace imposible

la paz y el sociago doméstico.

Para evitar estas dubitaciones y dualidades de criterios es menester que nuestros legisladores luego de 10 años de reforma de este artículo rectifiquen su posición y ahora sí, como causal independiente y obediendo al acto y no al hecho se tenga como causal de divorcio dentro del matrimonio civil.

En cuanto a la nulidad del matrimonio no existe causal alguna en nuestra legislación civil colombiana aplicable a este caso.

El ya citado profesor Hernández Piedrahita, en su obra sobre ese tema comenta del doctor Fernando Hinestrosa que "el código Civil no alude a la necesidad de actitud sexual, la impotencia coeundi". Sigue comentando el doctor Gómez Piedrahita que para realizar o consumir el matrimonio, o para realizar actos de suyo idóneos para la procreación, aun cuando ésta no se logre por cualquier motivo, como sí lo hacen el codex y otros ordenamientos civiles de lo cual se infiere que la potencia sexual no es allá requisito de validez, ni su carencia produce la nulidad del matrimonio.



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Ovando
Universidad de Cartagena

3.2.2 Inseminación artificial en mujer soltera

La mujer ha adquirido con el transcurrir de los años una mejor posición dentro de la sociedad. Sobre todo con relación a los derechos adquiridos dentro del matrimonio.

La mujer soltera como persona goza de los derechos naturales de todo ser humano tales como el derecho a la vida, ejercer esos derechos, contraer obligaciones, derecho a conformar una familia mediante la unión libre o el matrimonio.

Las actitudes del ser humano, sobre todo de la mujer, en el ejercicio de estos derechos se ve constantemente influenciada por cambios en la conducta social (colectiva); estas variantes de la conducta social son modificadoras de la moral, no proveniente de la Iglesia, sino del seno de la sociedad.

Esta situación así planteada nos enseña que debemos comprender la moral en su forma religiosa como regla inmodificable, y como regla cambiante, la moral de la sociedad que condena o admite determinadas conductas aun siendo contrarias a lo preceptuado por la Iglesia. Vr. gr. El aborto, que en un país como Italia, capital del mundo católico, sea permitido.

En nuestro medio aún se encuentran rezagos de formas primitivas de sociedad, amalgamados con influencias de otros tipos de sociedades como la norteamericana, europeas, etc., que en sus evolucionadas formas tratamos de copias sin tener una infraestructura humana y de condicionamiento moral que nos permite dar el salto evolutivo deseado.

La mujer de nuestros días en este medio se ve enfrentada a situaciones de tipo conflictivo cuando a definir su situación se trata. Puede tomar diferentes vías que en unas veces esa vía está trazada por el grupo de andanza, otra por la orientación clasista de la familia, otra vez por la formación educativa, en fin otras por un cúmulo conveniente de circunstancias que la llevan a tomar una determinación relacionada con los deseos a formar una familia (regular o irregular), tener o no hijos, escoger o que sea el acaso el que determine el padre de su(s) futuro(s) hijo(s).

Estas reflexiones nos llevan a pensar que cuando una mujer soltera decide tener un hijo puede optar por escoger al futuro padre o hacerse inseminar. En el primer caso quien va a ser elegido como padre (sea con su consentimiento o no) se encontrará sujeto a todas las reglas sobre paternidad y demás obligaciones que converjan con ella. Ese hijo será extramatrimonial y podrá ser legitimado por posterior matrimonio; como también el supuesto padre podrá ejercer las acciones de impugnación conforme a la ley.

Cuando la mujer se decide por el sistema de la inseminación artificial surgen situaciones que en el campo jurídico implican contradicciones en sus efectos.

Si bien la Ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño en su artículo 85 dice: "Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres", lo cierto es que lo presupuestado en esta norma entra en contradicción con la reserva que se debe guardar con relación a la identidad del donante. Ya en el proyecto de recomendación sobre la inseminación artificial en los seres humanos, elaborada por el Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad, encontramos que en su artículo 5° se dice:

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

No entraremos a estudiar en este punto lo referente a los derechos del niño, porque fue materia de ello en el punto 3.1.3.

4. DERECHO COMPARADO

4.1 EL PROBLEMA EN NORTE AMERICA

La Asociación Médica Norteamericana ha señalado que, en su opinión, ningún acto es ilegal a menos que lo prohíba una ley determinada, escrita o no. Por cierto que no existe una ley en contra de la inseminación artificial.

Con referencia a la inseminación con semen de un donante, el director de la División Legal de la Asociación Médica Norteamericana explica además:

Personalmente ducho mucho que la Asociación Médica Norteamericana tenga autoridad para indicar a los médicos norteamericanos cómo proceder con propiedad respecto de esta práctica. Están comprometidos los derechos de muchas personas en ella. Hasta tanto exista legislación al respecto, el médico que realiza la inseminación, el esposo, la mujer, el niño y el donante se encuentran todos en posición incorrecta respecto de la ley.

Por fortuna, hay diferencia entre una posición "ilegal" y otra

"incorrecta". En resumen, las autoridades no parecen indicar que se trata en la actualidad de un procedimiento ilegal.

El Departamento de Salud de la ciudad de Nueva York adoptó una medida en su código sanitario de 1947, según la cual requiere que los futuros donantes de semen se sometan a un examen físico completo.

En fecha posterior, por lo menos nueve estados norteamericanos dieron curso a legislación específica referente al tema de la inseminación artificial. Los estatutos de Nueva York, Kansas, Carolina del Norte, Oklahoma, Georgia y Connecticut señalan que todo niño nacido de una mujer casada por medio de inseminación artificial con consentimiento de ella y de su esposo se considerará hijo legítimo de la pareja para todos los propósitos legales. En Arkansas, un estatuto dictamina que el niño nacido por inseminación artificial de una mujer casada, con el consentimiento de su esposo, será tratado como propio de ambos para los propósitos de sucesión no testada (es decir, cuando no existe testamento válido).

Un estatuto de California dice que el esposo de una mujer que está gestando un niño por inseminación artificial consentida por él, es responsable de todas las necesidades de alimento, vestimenta, asilo y medicación del niño. Este estauto codifica el resultado de una decisión de la Corte Suprema de California en el caso Básico Gente vs.

Sorenson. Maryland ha adoptado un estatuto que señala que ninguna persona necesita ser requerida para llevar a cabo un procedimiento cualquiera de inseminación artificial o participar de él. Algunos de estos estatutos solicitan que la inseminación artificial sólo sea hecha por un médico autorizado, pero ninguno contiene las salvaguardias médicas (hasta el momento de la información) del código sanitario de la ciudad de Nueva York.

El consejo general de la Asociación Médica Norteamericana indica que, como en los otros procedimientos médicos, el médico no puede quedar libre de la obligación de utilizar el cuidado y la destreza adecuados al efectuar la inseminación artificial con el semen de un donante. Se sugieren los formularios de consentimiento médico-legal publicados por esa asociación para la protección del médico que aplica la inseminación artificial con semen donado.

- Aspectos legales de la inseminación con semen de un donante

Muchos interrogantes legales se plantean en relación con el acto de inseminación artificial con esperma de un donante. En primer lugar, muchos problemas legales afectan al niño resultante de inseminación artificial. ¿Es legítimo el niño en un sentido legal? ¿Tiene el esposo la obligación de mantener al niño? ¿Cuáles son los derechos del niño en relación con el esposo y el donante, respecto de situaciones

como por ejemplo la herencia?

Es lamentable que no existan reales respuestas a estas dudas. Al investigar el reducido grupo de leyes al respecto, se observa que las cuestiones de legitimidad y obligaciones de manutención se han resuelto en ambas direcciones, y que el problema de los derechos hereditarios depende en gran parte de la forma en que se ha respondido al problema de la legitimidad.

Además del estado legal del niño, la inseminación con semen donado origina interrogantes de importancia legal para el esposo. Si éste no consiente o no tiene conocimiento de la inseminación artificial de su esposa por medio de un donante, los juristas norteamericanos plantean una solución de esta manera: Si hay pruebas del consentimiento por parte del marido, es posible que se vea obligado a no tener derecho a objetar o repudiar al niño como propio.

Otra base legal, siguen comentando, para anular todo repudio del niño por parte del esposo, deriva de la presunción de legitimidad. Puede argüirse que, cuando un hombre consiente a la inseminación con semen de un donante en la persona de su esposa, queda excluida la posibilidad de cuestionar la legitimidad del niño; además, se lo podría obligar de hecho a adoptar al niño si, luego de nacido, el hombre lo hubiera tratado como propio.

La esposa se encuentra ante cierto riesgo legal si la inseminación se hizo sin conocimiento y consentimiento del marido. No obstante, frente a la ausencia de principios y precedentes, algunas cortes decidieron que, en ciertas circunstancias, la esposa era culpable o adúltera, aún con el consenso del esposo.

4.2 CHILE Y OTROS PAISES

Dentro del derecho comparado consideramos importante la transcripción del texto de la Ley N° 16.346 de Chile:

LEY N° 16.346

de octubre 20 de 1965

Establece la Legitimación Adoptiva

Por cuanto el Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente proyecto de Ley:

Artículo 1° - La legitimación adoptiva tiene por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones en los casos y con los requisitos que se establecen en esta ley.

Artículo 2° - Sólo podrán legitimar adoptivamente los cónyuges con

cinco años o más de matrimonio, mayores de treinta y no más de sesenta y cinco años de edad, con veinte años o más que el menor y que hubieren tenido a éste bajo su tuición o cuidado personal por un término no inferior a dos años. Si la legitimación adoptiva es concedida a un menor cuya edad sea más de siete años, la tuición o cuidado personal no podrá ser inferior a cuatro años.

También podrán efectuarla los cónyuges cuyo matrimonio hubiere sido disuelto siempre que exista la conformidad de ambos y la del actual cónyuge si estuviere ligado por nuevo matrimonio, cuando la tuición o cuidado personal del menor hubiere comenzado durante el matrimonio y el plazo de dos o cuatro años, en su caso, se hubiere completado durante la vigencia o antes de la fecha del nuevo matrimonio y con tal que concurran los demás requisitos que establece el inciso anterior. Asimismo, podrán otorgar el beneficio, bajo las mismas condiciones, el viudo o viuda siempre que acredite fehacientemente que el cónyuge fallecido tenía la intención de darlo y que la tramitación correspondiente se haya iniciado dentro del año siguiente a su fallecimiento.

La intención del cónyuge fallecido deberá haberse manifestado, a lo menos, desde un año anterior a la fecha de su fallecimiento y deberá probarse por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, no siendo suficiente la sola prueba de testigos; o por instrumento público o privado emanado del cónyuge

fallecido, del cual aparezca una confesión manifiesta de la intención de otorgar la legitimación adoptiva, y otorgamiento con la misma antelación. La persona que tenga descendencia legítima no podrá legitimar adoptivamente a más de dos menores; pero si alguno de éstos o ambos fallecieron, podrá legitimar adoptivamente a uno o dos más según el caso. Estas legitimaciones no regirán respecto de la legitimación adoptiva de los hijos naturales de ambos o de alguno de los cónyuges.

Artículo 3° - Sólo podrán legitimarse adoptivamente los menores de 18 años que estén abandonados, los huérfanos de padre y madre, los que fueron hijos de padres desconocidos y los hijos de cualquiera de los cónyuges.

También podrán serlo los internados en instituciones públicas o privadas de protección de menores, cuyos padres no hayan demostrado verdadero interés por ellos.

Para los efectos de esta ley, se presumirán abandonados los hijos que no hayan sido atendidos personal ni económicamente por sus padres durante los plazos mínimos de dos y cuatro años respectivamente, señalados en el artículo segundo.

Artículo 4° - La legitimación adoptiva será constituida por sentencia

judicial a petición escrita de los adptantes, y sólo procederá cuando concurren las circunstancias establecidas en los artículos precedentes, existan motivos justificados y ella ofrezca ventaja para el menor.

*

Artículo 5° - Los vínculos de filiación anterior del menor caducan en todos sus efectos, con las siguientes excepciones:

1. Subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5° de la Ley de Matrimonio Civil y 27 de la Ley N° 7.613, sobre adopción; sin perjuicio de que, en la nueva filiación, rija también la prohibición para contraer matrimonio en los términos establecidos en el artículo 5° de la expresada Ley de Matrimonio Civil.

2. El legitimado adoptivamente, y sólo éste, podrá impetrar los derechos patrimoniales que pudieren corresponderle derivados de su filiación anterior, tales como prestaciones alimenticias, asignaciones hereditarias, etc., sin más limitaciones que el respeto a los derechos que ya hubieren incorporado definitivamente al patrimonio de otras, y regirán, en lo pertinente, los numerales 4° y 5° del artículo 94 del Código Civil. Los padres por legitimación adoptiva no podrán recibir por herencia intestada, ni a título de legítima en la sucesión del legitimado adoptivamente, parte alguna de estos bienes, como tampoco tendrán el usufructo ni la administración de ellos, en su caso.

Artículo 6° - Será competente para conocer de la legitimación adoptiva el juez de letras de menores del domicilio de los legitimantes.



La tramitación se sujetará a las normas establecidas en la Ley de Protección de menores. La solicitud de legitimación adoptiva deberá ser firmada por la o las personas cuya voluntad o consentimiento se requiere, según lo dispuesto en el artículo 2° en presencia del secretario del Tribunal o de un Notario público, funcionarios que deberán certificar que se firmó en presencia de ellos y de la identidad de los comparecientes.

Artículo 7° - El juez verificará el cumplimiento de los requisitos legales y recibirá y decretará de oficio las pruebas y diligencias necesarias para comprobar los hechos y circunstancias que motiven y justifiquen la legitimación adoptiva, en especial el provecho del legitimado y, en su caso, su estado de abandono y la falta de interés y cuidado de los padres por el menor abandonado.

Sólo si el juez lo estima necesario o conveniente se oirá a los padres en las diligencias de legitimación adoptiva. En el caso de menores internados deberá oírse, siempre a la respectiva institución.

El juez apreciará en conciencia las pruebas que se le rindan y el

mérito de las diligencias que ordene practicar. Será antecedente grave favorable a la legitimación adoptiva, el hecho de que el menor sea hijo adoptivo con sujeción a las normas contenidas en la Ley N° 7.613, sobre adopción.

La sentencia que niegue lugar a la solicitud de la legitimación adoptiva será apelable ante la Corte de apelaciones respectiva, la que acceda a ella sólo será apelable por el respectivo defensor público. La Corte de apelaciones apreciará la prueba en conciencia y en contra de su sentencia no procederá recurso alguno.

Artículo 8° - La sentencia que conceda la legitimación adoptiva ordenará que el legitimado adoptivamente se inscriba en el Registro de Nacimiento de la oficina de Registro Civil que corresponda al domicilio de los legitimantes adoptivos como hijos de éstos, sin dejar constancia de que la resolución en cuya virtud la practica, determinará las condiciones que deberá contener la inscripción en conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley N° 4808, sobre registro civil, al tenor de los antecedentes que el juez hubiere reunido en la tramitación y ordenará la cancelación de la inscripción del nacimiento del legitimado adoptivamente y la destrucción de la ficha individual de todo otro antecedente que permita su identificación.

Cuando se legitimen adoptivamente dos o más hijos y la diferencia de

edad entre ellos fuere inferior a 180 días, la sentencia al precisar las fechas de nacimiento de cada uno, cuidará de que exista entre ellas por lo menos el plazo referido.

Artículo 9° - Ejecutoriada la sentencia que resuelva sobre la legitimación adoptiva, el tribunal oficiará a quien corresponda, ordenando el envío de la ficha individual del legitimado adoptivamente y de cualquier otro antecedente que permita la identificación de éste. El oficio será devuelto al tribunal con los antecedentes pedidos, los que serán destruídos por el secretario junto con los de igual naturaleza agregados a los autos, dejándose en éstos la respectiva constancia.

Cumplida esta diligencia, el tribunal remitirá los autos originales al Oficial del Registro Civil que le corresponda practicar la nueva inscripción de nacimiento, el que a su vez llenado su cometido, lo certificará en los asuntos, remitirá éstos al Jefe del Archivo General del Registro Civil. Este funcionario ordenará cancelar la antigua inscripción de nacimiento del legitimado adoptivamente y archivará los autos originales bajo su custodia en sección separada del archivo nacional, con numeración correlativa especial.

Artículo 10° - Los efectos de la legitimación adoptiva entre legitimante y legitimado y respecto de terceros, se producirá

a virtud de las inscripciones ordenadas en la sentencia que la declare.

Artículo 11° - Todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas, a que dé lugar esta ley, serán absolutamente secretas y los empleados públicos que violaren este secreto serán sancionados con la pena establecida en el artículo 244 del Código Penal.

Las actuaciones judiciales y administrativas a que dé lugar la presente ley estarán exentas de todo impuesto o derecho arancelario.

Artículo 12° - La legitimación adoptiva es irrevocable. Con todo, el legitimado por adopción podrá siempre pedir la nulidad de la legitimación adoptiva por fraude o dolo en la constitución de esta filiación.

El tribunal apreciará la prueba en conciencia.

Artículo 13° - Facúltase al Presidente de la República para modificar las leyes vigentes sobre registro civil, en lo que sea necesario para asegurar el secreto de los actos constitutivos de la legitimación adoptiva y del estado civil anterior y el resguardo de los derechos o prohibiciones que puedan derivar del primitivo estado civil. Facúltase también al Presidente de la República para modificar, con informe favorable de la Corte Suprema, las normas

procesales que se refieran a la actuación de los tribunales de justicia en las gestiones constitutivas de la legitimación adoptiva que sea necesario introducir con el exclusivo fin de asegurar el secreto de las actuaciones.

Santiago, 8 de octubre de mil novecientos sesenta y cinco.

5. INCIDENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL
EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA

5.1 INSEMINACION ARTIFICIAL Y EL PROCESO DE
INCRIMINACION

Los grupos religiosos fueron sin lugar a dudas los que impusieron su criterio para que fueran elevados a la categoría de delito determinadas conductas que eran atentatorias de algunas de sus reglas. La diversidad de religiones y credos en un país, hace que los cuerpos colegiados estén conformados por elementos de distintas tendencias y credos; de ahí que, como ya fue comentado en el título preliminar de esta obra, la separación de una moral religiosa y otra social ha creado divergencias que se patentizan en la fundamentación para elevar una conducta a la categoría de delito. Ya el fundamento religioso ha perdido fuerza en razón misma al imperio de la moral social, de esto, en nuestro país vr. gr. el adulterio que en una época fue considerado delito, hoy, ha perdido tal relevancia, aún para el Derecho Civil, cuando la causal de divorcio que se fundamente en las relaciones sexuales extramatrimoniales, no es absoluta sino por el contrario no

podrá alegarse cuando aquellas fueron consentidas, facilitadas o perdonadas por el cónyuge demandante.

La mayor parte de los países se hallan interesados en legislar sobre la inseminación artificial, dirigiendo sus esfuerzos a establecer un régimen penal que los contemple.

Sobre este tópico pueden señalarse tres direcciones:

- Los que dejan la cuestión al juego de las normas comunes del Código Penal;
- Los que tratan de establecer normas específicas que sancionen sólo casos muy especiales;
- Los casos que pretenden sancionar toda clase de inseminación artificial o sólo la permiten en casos excepcionales.

A esta última tendencia pertenecen los proyectos alemanes e italianos. A la segunda las legislaciones de Brasil y de Colombia. Y a la primera, la gran mayoría de códigos penales.

En un artículo sobre este tema, el doctor Romero Soto trae la siguiente compilación:

En Italia y en Alemania vienen publicándose artículos y obras sobre esta materia desde 1950 y debatiéndose en foros diversos prácticamente desde la misma época con intervención de médicos, abogados, psicólogos y, por supuesto, de la Iglesia. (Este por supuesto es la imposición dominante de este autor y su principio fundamentador de su criterio).

En Alemania se ocupó de ella el proyecto de código penal de 1960. Y también lo hizo el proyecto oficial de 1962.

Este último propuso:

Parágrafo 203. Inseminación Artificial (Künstliche Samenü bertragund)

1. El que ejecutare sobre una mujer una inseminación artificial, será sancionado con prisión hasta por tres años.
2. La mujer que ejecutare sobre sí misma o permitiere que alguien le ejecutare una inseminación artificial, será sancionada con prisión hasta por uno año o con arresto penal.
3. No se aplicarán los apartes 1 y 2 cuando un médico, con consentimiento de la mujer y del esposo, insemina con semen de éste a la mujer o cuando la mujer se insemine a sí misma con semen de su marido y con el consentimiento de éste.
4. Si el hecho del aparte 1. se ejecuta sin el consentimiento de la mujer, la pena será de prisión no inferior a seis meses.

COMENTARIOS:

Se está penalizando en el primer aparte la conducta de cualquier persona, un sujeto activo no calificado, necesitándose para la ejecución de tal hecho, persona con conocimientos científicos suficientes para llevar a cabo tal operación. No hacen distinción alguna en este proyecto de la calidad del sujeto activo, siendo necesario en razón de los conocimientos que se requieren.

En la exposición de motivos del mencionado Proyecto Oficial y luego de enfatizar la importancia de reglamentar penalmente las situaciones mencionadas, la referida exposición diferencia las dos formas -homóloga y heteróloga- de la inseminación para decir que, al paso que la primera no merece, fuera de la Iglesia reproche por los distintos estatutos, siempre que se haga, en el caso de los casados, con consentimiento de ambos cónyuges y contando también con éste en el de solteras; no ocurre lo mismo con la inseminación heteróloga que merece, según ellos, toda clase de reproches, en uno de sus apartes la comisión redactora expone lo siguiente:

Otra cosa es lo que sucede con la inseminación heteróloga. Es la única que suscita problemas. Ya que consiste en la fecundación de la esposa con semen distinto al del marido, se asemeja al adulterio. Nada cambia con el consentimiento de los interesados. Y cuando llega el momento del nacimiento del niño, se hace presente la influencia del extraño que ha donado el semen. Con perjuicio se le coloca en el lugar del esposo en las relaciones con la mujer y en

el del padre en lo que hace al niño. También influye perjudicialmente en las de la mujer con su marido. Sin que pueda menospreciarse la posible vinculación sentimental, de la esposa con el donante, lo que puede conducir, en un buen número de casos, al rompimiento del matrimonio o, por lo menos, al dé la armonía entre los esposos, frustrando así los fines que, seguramente, se trató de conseguir con la inseminación artificial. Sin contar con que, también por lo que hace al niño, se suscitan graves inquietudes. Su ubicación en el matrimonio se apoya en una mentira permanente de los esposos y puede ser discutida tanto desde el punto de vista social como del jurídico, particularmente cuando se presente una crisis en el matrimonio o cuando haya sido concebido contra el querer de uno de los cónyuges o cuando uno de ellos pierda su vinculación sentimental con el niño.

Importa, antes de pasar adelante, hacer dos observaciones a propósito de la norma o proyecto de norma comentado: la primera es que se hallaba ubicada en el mismo título de los delitos contra la familia, el matrimonio y el estado civil. Y la segunda, que no fue acogida en la redacción definitiva del código, es decir, no aparece en la actual reglamentación penal alemana.

48415

En los comentarios del doctor Gaitán Mahecha encontramos que al parlamento Italiano presentó Giuseppe Gonella en 1958 un proyecto de artículo en que se sancionaba a la mujer que, con consentimiento del marido, hubiere llevado a cabo prácticas insemiadoras sobre sí misma. Igualmente se sancionaba al marido, al dador del semen y cualquier persona que hubiera practicado sobre la mujer actos idóneos de inseminación artificial.

Al año siguiente, Russo Spena y Fruncio, presentaron también al parlamento italiano, una prolija reglamentación sobre la materia que, en esencia, contenía sanciones para todas las personas que participaran en la inseminación artificial, de una mujer, con o sin consentimiento de ésta o del marido, así como para éste, al igual que para la mujer soltera y terminaba por conceder al marido la facultad de desconocer el niño concebido mediante inseminación, aun con su consentimiento.

Se comentaba en la exposición de motivos del proyecto lo siguiente:

"La fecundación artificial constituye una clara violación de las leyes naturales y positivas que regulan el origen de la vida humana y un atentado a la institución del matrimonio, puesto que abre una brecha en la estabilidad de la familia".

A una corriente distinta, aquella que no sólo consagra normas expresas para la inseminación de la misma a casos extremos, corresponde el Código Penal del Brasil de 1969, que, además, ubica este delito entre los que lesionan la autonomía personal. En su artículo 408 dice:

"Artículo 408 - Inseminación Artificial Consentida. - El que insemine artificialmente a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años. La pena anterior se aumentará hasta en la mitad, si se tratare de una mujer casada, y la inseminación fuere heteróloga, o de soltera menor de 16 años, aún con su consentimiento".

Como se ve, tanto en su ubicación como en su redacción la norma que se acaba de transcribir corresponde, punto por punto, al artículo 280 del nuevo Código Penal Colombiano.

Definitivamente no concebimos conducta reprochable alguna cuando, por impedimentos biológicos en el hombre o la mujer, no pueden procrear con su simiente y recurran de común acuerdo a la práctica de inserminación artificial o fecundación "in vitro" con donante desconocido.

Tal parece que el doctor Romero Soto en sus comentarios nos ubica en una posición tal que no podemos sino recurrir a su alternativa cuando nos plantea que "una de las mayores dificultades es el proceso del señalamiento del bien jurídico tutelado".

Quienes se oponen, en forma total, a tales procedimientos, tienen menos hesitaciones pues el sitio lógico de esos delitos parece ser entre aquellos que ofenden la familia ya que se trata de sancionar no sólo a la mujer sino también al marido y a los copartícipes, así todos obren con consentimiento tanto de aquélla, como de éste, lo cual quiere decir que no se está violando la autonomía personal.

"Tal es el caso de los proyectos italianos en cuya exposición de motivos se dice, según se vio, que esos comportamientos sólo violan

las leyes naturales sino la institución de la familia".

¿Puede calificarse de aborto?

La hipótesis, por absurda que parezca a primera vista, ya ha sido planteada.

Hoy existe, dice Eduardo A. Zannoni, una nueva posibilidad de aborto que no supone la muerte del embrión en el seno materno y, por ende, la interrupción del embarazo. Se trata de la destrucción del embrión viable (mediante implantación en el útero), en la etapa en que aún se encuentra fuera del seno materno y sujeto a la manipulación de laboratorio. (Inseminación Artificial, Proyecciones Jurídicas, p. 93)

Ciertamente y dado que el tipo jurídico del aborto (artículo 343 CP) no requiere que el embrión haya alcanzado determinado desarrollo, bien puede darse interrupción del embarazo en los cuatro o cinco días primeros posteriores a la fecundación y cuando aún no se ha verificado la implantación de la llamada "mórula" en la pared del útero.

Empero, la figura del aborto tiene en derecho penal colombiano una connotación importante en cuanto a la conducta, al menos en la forma básica, y es que la mujer debe causar su aborto o permitir que otro se lo cause.

Ahora bien: el uso de las expresiones pronominales SU y SE están dando a entender que el comportamiento debe recaer sobre el cuerpo de la mujer.

O sea que el aplicar la norma al caso en que la destrucción del embrión se haga por fuera del cuerpo de la madre, es analogía "in malam partem" en el derecho penal y excluida expresamente del nuestro por mandato del artículo 7° del Código Penal incluido dentro de las normas rectoras.

El proyecto de 1978 introdujo el delito de que se viene tratando, ubicándolo en el capítulo de las infracciones contra la autonomía personal y limitando el sujeto pasivo a la mujer contra cuya libre determinación se haya llevado a cabo este comportamiento y sin tener en cuenta otros intereses que pueden resultar lesionados, como el de la familia.

La norma en mención, que en el proyecto tenía el número 408, quedó bajo el 280, que dice:

"Artículo 280. Inseminación artificial no consentida. El que insemine a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años".

La conducta punible consiste en inseminar artificialmente, esto es, introducir en la matriz un espermatozoide o un óvulo o ambas cosas a fin de que se efectúe la fecundación. En nuestro parecer, la conducta punible abarca la fecundación artificial o sea la unión del ovocito y el espermatozoide fuera de la matriz, "in vitro", y su posterior implantación en ésta.

Cuando esto se hace contra la voluntad de la mujer, se está también en presencia de la conducta incriminada.

El doctor Romero Soto como asistente al seminario sobre el tema, celebrado en Cali, hace unas "reflexiones finales", así:

La novedad de las situaciones que plantean tanto la inseminación como la fecundación artificiales, se reflejan en el campo jurídico, urgiendo no sólo su examen a la luz del derecho sino también la elaboración de normas positivas que contemplen los nuevos aspectos que se presentan en la vida diaria, sobre todo por lo que hace referencia a las relaciones familiares y a la autonomía de las personas.

Se pregunta, si la inscripción del niño nacido por medio de inseminación artificial, en el registro civil como legítimo, configura el delito de alteración del estado civil, contemplado en el artículo 262 del Código Penal.

La mayoría de los autores contesta que mientras no se haya ejercido

la acción de desconocimiento del hijo por parte del esposo o cualquiera otro de los titulares de esa acción (agregamos nosotros, a la muerte del padre), no puede entrar el donante, que no es titular de la misma, a afirmar el origen ilegítimo del niño.

O sea que no comete el delito de alteración del estado civil quien denuncia como legítimo el niño nacido de inseminación o fecundación heteróloga aun cuando éstas se hayan hecho sin o contra el consentimiento del esposo.

Al contrario: ¿Comete delito quien, en el caso propuesto, denuncia como ilegítimo el hijo nacido en las circunstancias expresadas?

Ciertamente la verdad jurídica es la de que se trata de un hijo legítimo. La verdad real es, empero, que se trata de un hijo ilegítimo.

¿Cuál de las dos debe prevalecer? A decir verdad, en nuestro concepto, la primera.

En efecto, si el esposo no desconoce al niño, éste a los ojos de la ley es un hijo legítimo y la prueba de ello es la partida de inscripción en el registro civil basada en un hecho cierto que es la concepción durante el matrimonio.

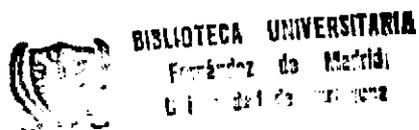
Con base en ese documento puede probar no sólo la filiación legítima sino todo lo con ella relacionado.

Es menester tener en cuenta otro criterio también autorizado, como lo es el del doctor Hernán Gómez Piedrahita, que con relación a este tema nos dice:

Se ha pretendido ubicar la inseminación artificial dentro del concepto de violación cuando no ha habido consentimiento de la mujer, y al efecto, se sostuvo por Savatier que lo que 'la ley reprueba esencialmente en la violación, no es el coito mismo, sino la violación de lo que el ser femenino tiene de más íntimo y más reservado, que solamente su libertad puede dar. Pues bien, se violará de un modo tan completo la intimidad de la mujer al someterla de mal grado a una inseminación artificial como al imponerle contra su voluntad un coito. Y las consecuencias sociales del primero de estos actos no son menos graves que las del segundo'.

En otras oportunidades se le ha tratado de vincular como estupro, incesto, a los abusos deshonestos (Cuello Calón rechaza la hipótesis) al adulterio (en Colombia no existe este delito, a las injurias (Martínez Val, De Martini y Chiarotti, así lo sostienen e incluso Cuello Calón llega a aceptar esta posibilidad.

Sin embargo, es evidente que el hecho típico tiene que estar definido y sancionado en la ley para que pueda configurarse como delito. Algunos autores sostienen que es procedente ampliar la conducta a la fecundación "in vitro", puesto que la conducta consistiría únicamente en el trasplante del ovocito fecundado al útero de la mujer. A pesar de que no rechazamos totalmente esta tesis, no obstante tenemos nuestras reservas por aquello de la tipicidad y por cuanto es diferente inseminar de transplantar.



92

ser apropiados, dirigidos por personas idóneas y recibir permanentemente control por parte de organismos oficiales de Salud Pública, para velar por la salud de los donantes y futuros niños fruto de la inseminación artificial, así como para velar por el cumplimiento de normas y controles;

- Que en la actualidad no existen normas que reglamenten el funcionamiento de los mismos;

Creemos recomendable reglamentar los institutos o instituciones dedicadas a bancos de semes y/o inseminaciones artificiales o fecundaciones "in vitro". Así como se reglamentó el trasplante de órganos mediante la Ley 9 de 1979 y el Decreto Reglamentario 2642 de 1980, es igualmente aconsejable el de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina, y los bancos de semen.

En cuanto a los bancos de semen, deben entenderse toda institución u organismo dedicado a la recolección, congelamiento, conservación y utilización del semen para fines terapéuticos.

Los bancos de semen deben tener una licencia otorgada por el Ministerio de Salud Pública y deberán ser dirigidos por un médico especialista en la materia (genetista) quien será responsable ante las leyes colombianas.

El cuerpo médico de dicha institución deberá estar integrado por un especialista en medicina interna, ginecólogos, genetistas psicólogos, sociólogos, bacteriólogos, microbiólogos, etc.

Los locales, acondicionamientos de ellos, los implementos, etc. que sean necesarios para la recolección, congelación y conservación del semen, deberán ser reglamentados por la ley correspondiente.

Estos organismos o instituciones, deberán llevar un libro de registros de donantes, foliado y que deberá estar registrado en el servicio de salud en el departamento donde corre previo visto bueno del Ministerio.

A cada donante se le deberá hacer una codificación para los efectos de la identificación del semen, que deberá ser colocada en las ampollitas o frascos que se conservan en el nitrógeno líquido. No obstante como ya lo comentamos anteriormente, la identidad del donante no deberá ser relacionada con el semen o con el recipiente.

El director del banco, tendrá la lista de relación del dador y el registro del semen, y será la única persona que lo podrá conocer.

El historial genético deberá ser indicado para evitar cualquier enfermedad hereditaria, hábitos indeseados o exposiciones hasta la tercera

generación en línea ascendente, y especialmente, para considerar algunas muestras deletéreas.

NOTA: Del griego que significa destructor, venenoso

Debe hacerse un análisis genético del donante y además deberá hacerse un profundo estudio de la historia familiar física y personal del donante para establecer las condiciones socio-culturales, étnicas, grupo sanguíneo, racial, enfermedades padecidas, personalidad, talentos especiales, aptitudes, etc.

El donante de semen no debe ser mayor de 25 años para evitar posibles anormalidades genéticas derivadas de la edad.

En lo relacionado con la inseminación artificial y la fecundación "in vitro" es necesario tener en cuenta, entre otros los siguientes aspectos que, en un estudio publicado en la revista de la Universidad de Villanova por el doctor Albert Massey Jr., presentó un proyecto de reglamentación que contiene en general los siguientes puntos:

- Determinar un organismo competente para que supervigile estas prácticas, el cual lógicamente, deberá ser en nuestro medio el Ministerio de Salud Pública.

- . Establecer que los niños nacidos por inseminación homóloga consentida expresamente por el esposo de la mujer inseminada son legítimos y como tales tienen derechos y deberes frente a la ley.

- . Establecer la inseminación heteróloga sin consentimiento del esposo o la donación de semen sin consentimiento de la esposa como causales independientes de divorcio de matrimonio civil.

- . Definir en forma clara y expresa los siguientes conceptos: donante, esposo, madre, médico y nipo, para efectos de reglamentación jurídica a que haya lugar.

- . Fijar las condiciones en que el donante debe actuar (sin coacción, con examen médico previo, descripción de las enfermedades que haya sufrido, diligenciamiento de un documento al cual la ley le dará pleno efecto, en el cual manifieste haber donado libremente, renunciar al derecho a intentar cualquier acción o pretensión posterior contra la filiación del niño o contra su madre.

- . Fijar las condiciones del esposo en la aceptación de la inseminación: consentimiento escrito, motivos, conocimiento del proceso, responsabilidad que asume ante el menor y la madre;

igualmente su renuncia al intento de demandar o impugnar la filiación del niño.

- . Las condiciones de la madre: razones para someterse al tratamiento, permiso del esposo, examen previo riguroso, declarar que se somete libre de toda coacción, y renuncia a cualquier tipo de demanda contra la paternidad del menor.

- . Establecer la responsabilidad del médico: establecer la culpa leve, obtención de los exámenes previos y los correspondientes permisos de la ley para proceder a la inseminación, además establecer en qué casos no es responsable del éxito del procedimiento.

- . Deben reglamentarse los bancos de semen, estableciendo las condiciones técnicas en que se debe guardar, las anotaciones, las pruebas que se exigen a los interesados y la autorización del médico para su distribución.

- . Se deben establecer sanciones del caso para la violación de los deberes que las partes interesadas deben cumplir.

7. CONCLUSIONES

El instinto animal lo lleva el hombre en lo más recóndito de su ser, trata de ocultarlo con amor, poesía, avances, expresión de la belleza en todos los órdenes e incluso buscar su origen en los confines del universo pero a fin de cuentas su preprogramado sistema de información genética lo conduce a buscar la otra mitad que según el Génesis lo volvería un solo ser, el hombre mujer del hálito creador.

La procreación no es ni lo podrá ser jamás mandato legal, es un mandato natural que sólo en sus efectos y como consecuencia del espíritu gregario del hombre y su interacción hacen posible la existencia de normas rectoras.

Qué sucede cuando las leyes de la naturaleza le juegan una pasada al hombre? Será acaso que deberá vivir condenado por siempre? No, nos parece que no mientras su espíritu creador y en defensa de una paz íntima, en la pareja o en la sociedad, lance a los hombres de ciencia a tratar de ayudar a corregir esas imperfecciones y no atenten contra el equilibrio universal que, aun cuando se considere

mitología, el mito del centauro dejará de ser mito si de la corrección de los errores naturales se pasa a la creación de seres.

Consideramos necesario por su importancia y actualidad comentar las conclusiones del doctor Jacques Testart (genetista francés). Ciertos escritores y pensadores a través de la historia han lamentado que la ciencia ocupe un lugar preponderante en la vida cultural y social, incluso la han acusado de tener efectos perversos. Esto ha ocurrido, incluso, con hombres de ciencia. Basta citar en el pasado a Charles Darwin, quien en su autobiografía confiesa que su actividad científica le había atrofiado su gusto estético, le había causado "un debilitamiento en la actitud para sentir emociones", y le había perjudicado tanto el intelecto como el carácter moral.

"El hombre, dice Testart, ha sido, es y debe seguir siendo el hijo del azar". Cita el ejemplo de la posibilidad de conocer el sexo del embrión inmediatamente después de la fecundación. Expresa dos temores: la posibilidad de que se suprima desde el embrión a bebés de determinado sexo por ser portadores de anomalías o enfermedades -los varones en el caso de la hemofilia- y, también que un método como la "fivet", imaginado inicialmente para que las mujeres estériles puedan tener hijos, se transforme en el instrumento del capricho de parejas que no quieran tener hijas, sino varones o viceversa.

Esta mutación de las aspiraciones es lo que más preocupa a Testart. Para él la ciencia abriría una caja de pandora, modificando radicalmente la moral.

Continúa diciendo Testart:

Todavía nos quedan algunos años felices, antes de ser capaces de manipular el género humano, pero ya sabemos establecer la carta genética, que es la verdadera tarjeta de identidad; también sabemos reconocer, cada vez más temprano, a los futuros indeseables, portadores de irreversibles desvíos a la norma. Con toda lógica, algunos desean generalizar esos diagnósticos para contrariar matrimonios, o evitar nacimientos, porque, según parece, en ellos está comprometida la calidad de una sociedad moderna.

BIBLIOGRAFIA

CENTRO COLOMBIANO DE FERTILIDAD Y ESTERILIDAD. Proyecto de Ley sobre Inseminación Artificial Humana. Médico Moderno Bogotá, 42:16 - 19, agosto, 1979

CUSINE, David. Aspectos Médico-Legal de la IAD (Inseminación Artificial por Donante). Boletín Médico de IPPF, Londres, febrero 1979

GAITAN MAHECHA, Bernardo. Inseminación Artificial en los seres humanos ante el derecho colombiano. Revista Universitas N° 29, 1975

GARCES LLOREDA, María Teresa. Autoridad Familiar Compartida. Bogotá, Derecho Colombiano, 1971

GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la Fecundación "in vitro" en seres humanos. Bogotá, 1984, 74p.

GOMEZ VELASQUEZ, Gustavo. Delitos contra la Asistencia Familiar. Medellín, Salesiana, 1976. 125p.

KLEEGMAN, Sophia. Inseminación Artificial con semen de Donante. Nueva York. Mesa Redonda, 1970

LUCENA QUEVEDO, Elkin. Inseminación Artificial: de los Arabes al Siglo XX. Bogotá, Médico Moderno, Septiembre 1978

NARANJO OCHOA, Fabio. La Inseminación Artificial, su incidencia en la Legislación Civil. Crítica de la razón jurídica. Volumen II, N° 5 - Medellín, octubre de 1986

PERIODICO EL TIEMPO, Bogotá, julio 26 y 27 de 1978

-----, Mayo 8 de 1985

REVISTA MEDICO MODERNO. Fecundación Fuera del Utero. Los Polémicos Hijos de doña Probeta. Bogotá, septiembre 1978

ROMERO SOTO, Luis E. Inseminación y Fecundación Artificiales en sus relaciones con el Derecho Penal. Cali, Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, 1983

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Temis, 1979, 270p

TESTART, Jacques. El Topo Monomaníaco. Bogotá, Revista Guión 9-11 octubre 1986

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia. Tomo V. Bogotá, 1985

6. PROPOSICIONES

6.1. REGLAMENTACION DE LOS BANCOS DE SEMEN Y/O INSTITUCIONES DE FERTILIZACION

De conformidad con el Decreto 2476 de 1968, por el cual corresponde al Ministerio de Salud Pública dictar normas de recuperación de la salud y protección, se encuentra la vía legal para la reglamentación de los centros de fertilidad y/o bancos de semen; y teniendo en cuenta que:

- La fertilización terapéutica es un método clínico, que requiere la aplicación de una metodología específica;
- Su proceso es de tal importancia y naturaleza que exige gran responsabilidad y conocimientos médicos, genéticos, de procesamiento y conservación del semen, de control de calidad;
- Los centros o bancos de semen donde habrán de funcionar deben

APENDICE: RECOMENDACIONES SOBRE INSEMINACION ARTIFICIAL HUMANA

PROYECTO

NOTA INTRODUCTORIA

Está para la consideración del cuerpo legislativo colombiano este proyecto, sus recomendaciones y reporte explicatorio fueron elaborados por los miembros del Centro Colombiano de Fertilidad y Esperilidad (CECOLFES). Por manera que los textos expuestos a consideración son provisionales mientras sufren el paso por el tamiz de las comisiones legislativas y por último y gracias a nuestra democracia cualquier oposición rabiosa atendiendo más a intereses de figureo partidista que beneficio comunitario.

PROYECTO DE RECOMENDACION SOBRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS

Los miembros del Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad, conscientes del avance que habrá que tomar en el país la técnica de la inseminación artificial, han considerado indispensable que el gobierno nacional entre a legislar sobre tan importante materia y con

base a que la inseminación artificial plantea múltiples problemas morales, legales, éticos y médicos y no existir en el país ningún tipo de reglamentación sobre el asunto. Se considera de otra parte que estas reglas sean uniformes y aceptadas por parte de las instituciones o profesionales privados que ejercen o vayan a ejercer en un momento dado este tipo de terapéuticas.

REGLAS

ARTICULO PRIMERO:

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

ARTICULO SEGUNDO:

- 1. La inseminación artificial sólo puede ser administrada cuando existen condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño.
- 2. Inseminación artificial será administrada únicamente bajo la responsabilidad del médico.

ARTICULO TERCERO:

- 1. Ningún semen será utilizado para inseminación artificial sin el consentimiento de la persona donante.
- 2. El consentimiento de la mujer, si es casada, de su marido, es necesario para administrar la inseminación artificial.
- 3. Es responsabilidad del médico que efectúe el procedimiento que este consentimiento sea dada en forma explícita y clara.

ARTICULO CUARTO:

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

ARTICULO QUINTO:

El médico o el establecimiento médico que reciba donación de semen, al igual que las personas que administren el acto propio de inseminación

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

ARTICULO SEXTO:

El donante percibirá honorarios por las muestras suministradas, los cuales se establecerán de común acuerdo entre las partes. Sin embargo, los miembros de CECOLFES consideran que en un futuro la donación de semen y cuando haya más concientización sobre el problema de la esterilidad masculina no deben recibir ningún tipo de honorario.

ARTICULO SEPTIMO:

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

permitirse procedimientos de mantenimiento o manutención futura contra el donante o por el donante contra el niño.

PROYECTO EXPLICATORIO DE LAS REGLAS

INTRODUCCION:

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

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

Muy pocos países del mundo tienen legislación al respecto y las que

existen tratan básicamente sobre el problema de filiación del niño. Es evidente que en el futuro próximo la mayoría de los países y especialmente aquellos donde IAD es practicada frecuentemente, introducirán una legislación específica en este campo, con el objeto de rectificar injusticias que puedan resultar de la aplicación de legislaciones tradicionalistas y obsoletas. De otra parte, es importante la legislación para restringir cualquier abuso de esta práctica.

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

Esta reglamentación contiene reglas que constituyen una solución mínima al problema de IAD. Está pues en manos del gobierno las sanciones penales por violaciones a estas reglas.

ARTICULO I:

Este artículo define el campo de aplicación de las reglas. Ellas se aplican solamente a la inseminación artificial de un ser humano con el semen de un donante anónimo.

Se excluyen de este campo la aplicación de reglas a la inseminación artificial con semen de marido vivo o muerto.

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

ARTICULO 2:

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

La situación es de alguna manera diferente.

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

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

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

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

ARTICULO 3:

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

Se requieren tres consentimientos: el del donante, el de la mujer y el de su marido si ella es casada. Esta previsión hace de la necesidad de que todas las personas que están involucradas en tan delicado

441

procedimiento para la sociedad, como es la concepción de un ser humano, estén completamente en conocimiento de las consecuencias y las acepten.

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

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

Es evidente que el primer requerimiento de la mujer para IAD es el consentimiento de la mujer a la cual se le va a practicar. Se considera que esta práctica sin el consentimiento de ella, constituiría una ofensa criminal.

En adición al consentimiento de la mujer, el artículo requiere también el consentimiento del marido, si es casada; si el marido rehusa, el médico o el centro médico no deben administrar IAD, aun si la mujer insiste; esto sería causal de divorcio y para repudio de la legitimidad del niño. Para evitar tal situación que sacudiría o hasta destruiría la unidad familiar y arriesgaría con dañar el futuro del niño,

este artículo prohíbe la práctica de inseminación artificial sin el consentimiento del marido.

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

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

ARTICULO 4:

Este artículo obliga a todo médico o establecimiento que reciba semen para inseminación artificial, el hacer averiguaciones médicas apropiadas y exámenes, con el fin de evitar por parte de la muestra donada transmisiones hereditarias o enfermedades contagiosas u otro factor que pudiera representar peligro para la salud de la receptora o el futuro del niño.

Por condiciones hereditarias, el artículo se refiere primeramente a condiciones dominantes hereditarias, pero también incluye otros factores genéticos que pueden ser de igual relevancia. Por enfermedades contagiosas se refiere a las que pueden ser transmitidas por el semen, por ejemplo, gonorrea; y por otros factores, se refiere a

factores, como por ejemplo, el Rheus y sus factores de sangre. Pero por supuesto, estos ejemplos no son absolutos si el médico o Centro Médico descubre cualquier traza de otra condición hereditaria o enfermedad contagiosa u otro factor que pueda crear peligro para el binomio. Inseminación artificial con el semen de ese donante no debe ser administrada. Aunque en la práctica es difícil que el problema se presente, hay que evitar cualquier grado de consanguinidad entre el donante y el recipiente, para ello el médico deberá en lo posible evitar el usar el semen de un donante en especial para un gran número de inseminaciones artificiales en una misma institución.

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

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

ARTICULO 5:

El secreto es un asunto de la más grande importancia al administrar



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

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

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

ejemplo en casos de donación por parte de un amigo o familiar cercano.

ARTICULO 6:

El artículo preve que el semen, siendo una sustancia humana debe evitarse el comercio del mismo; igualmente por parte de quienes reciben, conservan y lo tratan, pero el artículo hace claridad también en que el costo de producción, conservación y tratamiento puede ser recobrado.

ARTICULO 7:

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

El artículo prohíbe el establecimiento de una ligadura entre el donante y el niño con base en la IAD. Eso es lógico, pues el donante no intenta tener un hijo propio, sino solamente, hacer la inseminación posible. Si el niño, la madre o cualquier otra persona interesada tuviera el derecho a traer (sic) procesos para establecer la

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