UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA
No. INV. 4004557
PRECIO
FECHA 27 FEB. 2008
DONACION

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

PR-6105

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y SUS PROBLEMAS JURIDICOS

CLARA MADERA BARRANCO

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado.

Director: RAUL DIAZ CARDENAS

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
Barranquilla, 1.985

T
340.11
M-184

PERSONAL DIRECTIVO

Rector	: Dr. JOSE CONSUEGRA H.
Secretario General	: Dr. RAFAEL BOLAÑO M.
Decano(E)	: Dr. RAFAEL BOLAÑO M.
Secretario Académico	: Dr. CARLOS LLANOS S.
Director de Tesis	: Dr. RAUL DIAZ CARDENAS

La Facultad de Derecho de la Universidad no se responsabiliza por los conceptos emitidos en esta TESIS, los cuales se toman como propios del autor.

Nota de aceptación

_____

_____

_____

_____

Presidente del jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Barranquilla, Noviembre de 1985

Barranquilla, Noviembre 14 de 1985

Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
Secretario Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. M.

Apreciado Doctor:

Como profesor designado por la Universidad para desempeñar la función de Director de Tesis del proyecto presentado por la egresada CLARA - MADERA BARRANCO, y observando que dicho trabajo se ajusta al plan general esbozado para el desarrollo del mismo en el proyecto de Tesis, de inmediato paso a rendir concepto así; La monografía presentada por la estudiante en mención, y con la que aspira a que la Universidad - le otorgue el título de abogado, contiene esfuerzos por lograr un análisis objetivo del tema por ella escogido, contribuyendo con su pro - yecto de Tesis "LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y SUS PROBLEMAS JURIDICOS" a plantear serias inquietudes acerca de un tema, sobre el cual no se ha legislado aún en el país.

Por estas consideraciones, estimo justo rendir CONCEPTO FAVORABLE a - la elaboración y aspiraciones de la estudiante CLARA MADERA BARRANCO.

Del Señor Secretario, Atentamente,

Dr. RAUL DIAZ CARDENAS

MOTIVACION

Es el deber del jurista, mantener una revisión constante de la legislación vigente, para mediante su estudio razonado adaptarla a las necesidades de la vida moderna, sobre todo cuando involucra a la familia, célula fundamental de la sociedad que hoy día se enfrenta a un hecho que conmueve sus mismas bases; la procreación humana sin necesidad de cohabitación y sobre lo cual no existe reglamentación alguna en nuestro país.

Esta consideración y la de que toda persona que ha escogido la profesión de abogado como disciplina para realizarse profesionalmente aspira a que su tesis sea un trabajo científico producto del análisis jurídico del tema escogido y no una simple compilación de escritos de otros, ni tampoco una demarcación y catalogación de trabajos anteriores, son las que me llevaron a escoger a la inseminación artificial como tema de mi estudio, ya que tengo la pretensión de realizar en él un aporte personal en este campo del derecho.

OBJETIVOS GENERALES

Analizar los diferentes conflictos que podría suscitar la práctica de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina en nuestro país.

Plantear posibles soluciones a dichos conflictos a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

Llamar la atención acerca de la necesidad de una regulación de estas actividades directamente por el Legislador, por cuanto ellas estremecen los principios que inspiran nuestro derecho de familia.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

Presentar un breve estudio sobre la evolución histórica de la Inseminación Artificial y establecer el profundo interés que ésta ha despertado en los diferentes grupos científicos de todo el mundo, así como también mostrar el rápido incremento que este método de procreación humana ha tenido en los últimos años.

Fijar la posición de la iglesia Católica frente a la Inseminación Arti-

ficial y la fecundación extrauterina por cuanto estos procedimientos repercuten fuertemente en instituciones canónicas que nos rigen .

Exponer una serie de fallos judiciales pronunciados por tribunales extranjeros al entrar a considerar los conflictos suscitados por la práctica de la Inseminación Artificial.

HIPOTESIS

Siendo la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina procedimientos científicos contra la esterilidad en seres humanos; su utilización es perfectamente moral desde el punto de vista médico, jurídico, ético y religioso y el legislador debido a las honda repercusiones que dichos métodos pueden tener en nuestra institución familiar, debe precisar sus alcances mediante la reglamentación adecuada.

LIMITACIONES

Este trabajo no tiene la intención de ser un tratado de la materia. En el no se encontraran grandes teorías, sino apenas un intento serio por lograr un análisis objetivo del tema en él desarrollado.

Los dos primeros capítulos contienen una exposición sumaria y abreviada de las nociones históricas y del aspecto científico de ésta forma de procreación humana.

El tema propiamente dicho comienza a desarrollarse a partir del tercer capítulo, en el que se destaca un concepto básico de mi exposición, este es el de la filiación, refiriéndome exclusivamente a la legítima, - para determinar cuales son los supuestos fundamentales en que se basa y como pueden verse afectados esos supuestos por la aplicación de la - Inseminación Artificial, tanto la homóloga como la heterólogа, buscando precisar ante todo como pueden ser protegidos los derechos del ser procreado de esta manera, si puede o no, ser desconocida o reclamada - su paternidad, y quienes podrían ejercer tal acción. Todo esto basada en nuestra legislación civil vigente.

Este capítulo también toca algunas causales de divorcio, pero no para analizar cada una de ellas o el fenómeno del divorcio en sí, nada más lejos de mi ánimo, sólo pretendo establecer si la inseminación artificial heteróloga especialmente la no consentida, puede estar incluída - dentro de las causales de separación legal que contempla al código civil Colombiano o si puede constituir una causal aparte.

El capítulo cuarto se refiere a la fecundación extrauterina con relación al comienzo de la personalidad, con el fin de estudiar si introduce o no cambios en ésta noción, y ya que el derecho protege la vida del que está por nacer, cuestiono si constituye o no aborto la manipulación y destrucción de óvulos fecundados.

Otro tema del capítulo es el de la Eugenesis en cuanto podrían realizarse experimentos para el logro de un embrión genéticamente superior, pero más bien a manera de inquietud ya que los avances científicos en este campo, se hallan todavía en el terreno de la hipótesis.

Respecto a la maternidad mi interés está dirigido a si puede o no ser controvertida la filiación legítima del hijo que nace por ésta técnica.

Sobre los Bancos de semen y los arrendamientos de útero la información presentada es somera. Su propósito básico en el primer tema es informar que existen tales instituciones y que requisitos se le exigen generalmente a un donante de esperma. En el segundo tema plantear que no sólo es posible un contrato en el que se pague a una mujer para que -

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

conciba y de a luz a un niño que deberá luego entregar a sus "padres" sino que ya se han presentado varios casos en los Estados Unidos.

El capítulo quinto no es un estudio exhaustivo del derecho canónico, más bien busca presentar cual es la posición de la iglesia y de sus - teòlogos respecto estos particulares métodos de procreación.

El sexto capítulo trata de la Legislación Colombiana. Su único objetivo es establecer que a excepción de los tres artículos contemplados en el código penal, no existe en Colombia normatividad - respecto a la inseminación artificial, y recordar mediante la trascripción de un proyecto de Ley que sobre inseminación artificial hizo CECOLFES la necesidad de reglamentar sobre la materia.

El séptimo capítulo entra a considerar la forma enque fallaron tribunales extranjeros al solucionar conflictos que la práctica inseminatoria ha suscitado. Los casos relacionados son solamente algunos de los más conocidos. También se encuentra en este capítulo información de - proyectos de ley que sobre esta práctica se han presentado en otros - países.

TABLA DE CONTENIDO

		Página
	INTRODUCCION.....	1
I.	SINTESIS HISTORICA.....	4
I.1.	LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN PLANTAS Y ANIMALES.....	4
I.2.	LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS	6
I.3.	FECUNDACION EXTRAUTERINA Y PARTOGENESIS....	11
II.	ASPECTO MEDICO.....	16
II.1.	LA INSEMINACION ARTIFICIAL.....	16
II.1.1.	Definición.....	16
II.1.2.	Sinonimia.....	16
II.1.3.	Casos en que se práctica.....	17
II.1.4.	Técnica.....	22
II.2.	LA FECUNDACION EXTRAUTERINA.....	24
II.2.1.	Definición.....	24
II.2.2.	Técnica.....	24
II.3.	CONSIDERACIONES SICO-SOCIALES.....	25
II.4.	PROBLEMA ETICO MEDICO.....	27

II.5.	RESPONSABILIDAD MEDICA.....	32
III.	LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y SU PROBLEMA- TICA JURIDICA.....	36
III.1.	LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FILIACION.	36
III.2.	LA INSEMINACION HOMOLOGA DENTRO DEL MATRI- MONIO.....	39
III.3.	LA INSEMINACION HETEROLOGA DENTRO DEL MA - TRIMONIO.....	47
III.3.1.	Con consentimiento del marido.....	48
III.3.2.	Sin consentimiento del marido.....	50
III.3.3.	Como causal de divorcio.....	52
III.3.4.	Impugnación de la paternidad legítima ejer cida por herederos del marido.....	55
III.3.5.	Paternidad reclamada por donante del semen	56
III.4.	LA INSEMINACION ARTIFICIAL FUERA DEL MATRI MONIO.....	58
IV.	CONSIDERACIONES JURIDICAS RESPECTO A LA FE CUNDACION EXTRAUTERINA.....	62
IV.1.	LA PERSONALIDAD.....	62
IV.2.	EL ABORTO.....	64
IV.3.	EUGENESIA.....	66
IV.4.	MATERNIDAD.....	67
IV.5.	BANCOS DE SEMEN.....	69
IV.6.	ALQUILER DEL UTERO.....	71
V.	LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y EL DERECHO - CANONICO.....	74

VI. LEGISLACION COLOMBIANA..... 83

VI.1. DERECHO CIVIL..... 83

VI.2. DERECHO PENAL..... 84

VI.3. DERECHO LABORAL..... 87

VI.4. REGLAMENTACION DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION EXTRAUTERINA..... 89

VII. OTRAS LEGISLACIONES..... 94

CONCLUSIONES..... 107

BIBLIOGRAFIA..... 108

INTRODUCCION

A través de mis estudios, ya de las materias humanísticas propiamente dichas, ya en las diferentes disciplinas jurídicas tuve ocasión de aprender que la profesión de abogado implica la valoración del hombre como hombre y del hombre en relación con sus congéneres y, que el deber del jurísta es tratar de orientar, asistir, dirimir, en fin, buscar soluciones a las controversias que puedan surgir en la convivencia con nuestros semejantes para lo cual es menester acudir a las normas plasmadas por nuestro legislador en el derecho positivo.

Pero hay ocasiones en que no será posible la aplicación de estas normas por hallarnos ante situaciones no previstas por el Legislador. Este es el caso de la Inseminación Artificial, procedimiento tan desarrollado y difundido en veterinaria que tropieza con serios reparos éticos, psicológicos y religiosos cuando se aplica en seres humanos, pero cuya práctica se generaliza día a día sin que el Estado haya proporcionado los mecanismos legales conducentes a controlar la práctica de esta nueva forma de procreación humana.

Es por esto que el presente trabajo está dedicado al intérprete, por

cuanto es a él a quien le corresponde, adaptar la ley a los nuevos hechos y costumbres del medio social en el cual vive para dar soluciones a los conflictos que se plantean, aún cuando el Legislador no haya hecho la respectiva concordancia.

El estudio que presento contiene esfuerzos por enfocar a la inseminación artificial, desde diferentes ángulos para contribuir a su mejor comprensión y sobre todo por encontrar como resolver al amparo de nuestro derecho vigente las controversias que a raíz de la aplicación de este método de procreación pudieran presentarse; sin pretender con esto responder definitivamente a todas las inquietudes que al respecto se susciten, sino por el contrario estimular esas inquietudes de manera tal, que otros se interesen por pensar, analizar y profundizar en este fenómeno favoreciendo un entendimiento posterior más avanzado del mismo y promoviendo a la vez una reglamentación que precise los alcances éticos y jurídicos de estas actividades.

Estoy convencida de la importancia de este tema por cuanto involucra a la familia, base fundamental de cualquier sociedad y quien al decir de LOUIS JOSSERAND, aparece siempre en cualquier aspecto que se le considere como una institución necesaria y sagrada, por lo que no justifico que en nuestro país, en los tiempos actuales haya todavía quienes no le concedan la debida importancia so pretexto de ser muy pocos los casos que puedan presentarse pero, analicemos que tan cierto puede ser esto, hace tiempo hablar de Inseminación Artificial hubiera sido considerado como ciencia ficción sin embargo hoy es una alarmante reali -

dad y la experiencia de otros países donde existen estudios serios al-respecto nos muestra el rápido incremento de nacimientos de niños procreados con ésta técnica y la serie de conflictos que esto ha traído consigo. Colombia no es una isla, sino parte integrante de un mundo - que no se detiene. Nuestro derecho no puede permanecer indiferente ante los avances científicos y técnicos.

La institución de la familia, el derecho a tener descendencia y los - derechos del niño son los pilares en que se apoyan los criterios ex - puestos en esta monografía, que hoy, pongo a consideración primero del jurado, y luego de aquellos que tengan oportunidad de leerlo, los cuales ojalá hicieran sugerencias que me permitieran mejorarlo.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

I SINTESIS HISTORICA

I.1. LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN PLANTAS Y ANIMALES

Desde tiempos muy remotos ya el ser humano conocía que la reproducción no iba necesariamente acompañada de sexualidad, por ejemplo, los árabes y los babilonios practicaron la inseminación artificial con las palmeras,para obtener mayor y mejor calidad de dátiles.

En la piscicultura se ensayó también la inseminación artificial en el siglo XIV bajo la experimentación de un monje borgoñón de la Abadía de Reaume, prácticas que fueron proseguidas por el famoso anatómico holandés Juan Van Swammerdan.

En cuanto a los mamíferos, la inseminación siempre se consideró ligada el coito, hasta que, en el año 1922, un jeque árabe de Darfur consiguió esperma de un hermoso y afamado semental de una tribu enemiga, mediante un manojo de orines mojados en el semen, que luego exprimió en los genitales de una yegua en celo, y así obtuvo un potro. Pero en realidad no existen pruebas que así lo demuestren.

La demostración científica de que no era indispensable el acoplamiento

de los animales de distinto sexo para lograr la reproducción, fué realizada en marzo de 1977 por el célebre naturalista italiano y monje - LAZARO SPALLANZANI[1], quien primeramente realizó experimentos con animales inferiores, y es así como tras varios experimentos logra con 2 granos de esperma fecundar artificialmente óvulos de rana y sapo, sin coito de ninguna clase. Posteriormente logró éxito al inseminar a una perra con semen de un macho de su propia especie en el año de 1782. Este fué propiamente el comienzo de la inseminación artificial en las especies animales.

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

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

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

---

[1]SPALLANZANI LAZARO. Nació el 10 de Enero de 1729 en Scandiano, lugar cerca del reino de MOdena(Italia). En 1780 revela sus trabajos sobre fecundación en animales.

En 1917 los rusos aplican ampliamente la iseminación artificial en - animales.

I.2. LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS

En un ensayo titulado "La fecundación Artificial en la especie humana", el Dr. López Saiz afirma que MUNTER, en una descripción que hizo de su viaje a España y Portugal a fines del siglo XV, refiere en detalle el "modus operandi" como médicos españoles practicaron la inseminación artificial en Doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV "el impotente", con esperma del monarca que afirman era acuoso y estéril.

En el año 1799, un médico cirujano inglés llamado JOHN HUNTER no tuvo inconveniente alguno en practicar la inseminación artificial en seres humanos, cuando consultado por un Lord que sufría deformación en la uretra le propuso el método de la inseminación artificial para poder- tener descendencia. El cirujano intervino personalmente en la opera - ción, y logró mediante una jeringa inyectarle a la señora esperma de su esposo y conseguir el anhelado embarazo.

En 1838 un profesor francés llamado GIRANLT perfeccionó el método in- yectando el esperma en el cuello uterino, mediante una sonda uretral que impelía por èl extremo opuesto. Obtuvo resultado positivo en 8 - mujeres, en una de las cuales logró obtener un embarazo gemelar.

El Dr. JAMES MARION SIMS en 1886 tuvo la idea de aplicar el esperma di-

rectamente al útero, obteniendo tras varios esfuerzos resultados positivos.

GIGON DANGULEME, en 1871 publicó algunos experimentos seguidos de éxito en los que operó con una jeringa especial al día siguiente de la mes - truación haber cesado. En 1872 el Dr. FELIX ROUBAUDE presentó a la academia de medicina una jeringuilla que ofrecía según su autor, particulares ventajas para la inseminación. El catedrático SANCHO MARTIN presentó a la sociedad ginecológica Española un aparato de su invención para practicar esta clase de experiencias, provocando una serie de animadas controversias, al oponerse la mayoría de los socios a la práctica de tales experimentos por considerarlos ineficaces y creerlos atentatorios a la moral de la mujer, del hombre y del médico.

Otros ginecólogos que se ocuparon del nuevo procedimiento de fecundación, fueron el médico Inglés Sir EVERETT MILLARS, el ruso REPIQUET, - así como LUTAUT y PAJOT, quien en principio rechazó estos procedimientos por considerarlos repulsivos, más, sin embargo, aceptó el método, utilizando para ello un instrumento llamado "fecundador". PIQUANTIN, un alumno suyo, en su tesis de grado denominada "Contribución al Estudio de la esterilidad" (París 1873), se refirió a la inseminación artificial haciendo violentas críticas.

DODERLEIN y ROHLEDER, practicaron la inseminación en mujeres con muy buenos resultados. Es precisamente ROHLEDER quien escribió, al decir de TH. VAN DE VELDE "La descripción monográfica más detallada de este

método" intitulada "Mongraphie uner die Zeugung des Menschen" (Mono - grafía del ser humano).

En 1883, la sociedad de Medicina Legal de París a propósito de la sentencia dictada por el Tribunal de Burdeos al día 25 de Abril de 1883, en la que al tenor del artículo 6 del Código Civil Francés, denegó el pago de tres mil francos que el Doctor Lajarte reclamaba por su intervención médica en heteroinseminación. El Dr. LEBLOND dijo: "Cuando la inseminación la practica un hombre honrado con todas las reservas que la situación requiere, no vemos de que manera podría hallarse ofendida la moral. Por otra parte, practican la fecundación artificial en nuestros días médicos cuyos nombres son una autoridad en ciencia. Bastenos, en efecto, citar a COURTY, PAJOT, SINETY, en Francia; MARION SIMS, GAILLAR THOMAS en América. Por eso lejos de condenar la fecundación artificial, como parece ha deseado el Tribunal de Burdeos, estamos dispuestos a recomendarla.

MANTEGAZZA congela espermatozoides a quince grados centígrados y posteriormente los revive; esto en el año 1886. En ese mismo año el Dr. WILLIAM PANCOAST utiliza el semen de uno de sus alumnos para fecundar, con una jeringa a una mujer anesteciada.

El Papa LEON XIII se vé en la necesidad en el año de 1897 de promulgar una Bula que prohibe y condena el estudio y práctica de la insemina - ción artificial cualesquiera que sean sus fines. Sin embargo, las investigaciones y experimentaciones continuaron.

En Francia el Dr. SCHOROHWA trabajó con éxito en sus experimentos y en Estados Unidos el Dr. GARY. En Alemania se distinguió en sus investigaciones el Dr. H. K. F. SCHULTZE.

La práctica de la inseminación artificial se ha convertido en nuestro siglo en el método más común para combatir la esterilidad parcial. Y en países como Estados Unidos, Inglaterra y Suecia, está práctica se ha multiplicado en forma realmente alarmante.

En 1941, los americanos SEYMOUR y KOERNER, apoyaron sus conclusiones en 9.580 casos.

Desde 1945, se desarrollaron y propagaron, los llamados "Bancos de semen", especialmente en Estados Unidos, en donde se conserva el esperma de muchos varones valiéndose de cámaras frigoríferas y previa ficha correspondiente de cada una de las características biológicas, corporales y sicológicas de dichos varones.

En 1945, según el jurista Barrel, nacieron en los Estados Unidos 20.000 niños como fruto de la práctica de la inseminación artificial, los cuales fueron declarados por el juez HENRY GRENBERG en la Corte Suprema de Nueva York, hijos legítimos.

En Suecia, en 1947, el gobierno nombró una comisión para la formación de un proyecto relativo a la reglamentación de la inseminación artificial. Esta comisión realizó su trabajo en colaboración con comisiones

análogas de los restantes países nórdicos, con excepción de Islandia. En Suecia, los obispos de la iglesia portestante en 1951 declararon que no se oponían a la inseminación artificial homóloga, pero que en los demás casos es contraria a sus principios. En ese mismo año se celebró un gran congreso de juristas de todos los países nórdicos, donde se trató entre otros temas la inseminación artificial.

De acuerdo a las agencias noticiosas solo en Estados Unidos deben haber venido al mundo unos 80.000 niños producto de la inseminación artificial. La cifra de fecundaciones con éxito se habría elevado de unas 15.000 a 20.000 por año, y el 80 % de los ginecólogos habrían practicado la inseminación artificial.

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

En Inglaterra cada año nacen 6.000 niños por inseminación artificial, siendo que el semen procede del marido solo en un 10 a un 15 % de los casos. Las estadísticas mencionadas son del año 1950 en que se publicó el estudio del Dr. Palmer[2]. Esto motivó a que la real academia para el matrimonio y el divorcio de la Gran Bretaña realizará un intenso estudio que incluyó conferencias, encuestas y consultas con organizaciones

[2]PALMER RAOUL. Jefe de los trabajos de ginecología en la facultad de medicina de París. Autor de varios escritos entre ellos "Aspectos médicos de la fecundación artificial".

relacionadas con la vida matrimonial, durante 4 años, al cabo de los cuales en 1955 publicaron un informe sobre los medios para respaldar la seguridad del matrimonio y determinar las causas del divorcio, recomendando la introducción de la inseminación artificial sin consentimiento del marido, como causa del divorcio.

En 1949 el Dr. A. S. PARKER descubre en Londons National Institute - Ford Medical Research, que el gliserol es un excelente agente protector de los espermatozoides.

En Australia en el año 1953 el número de niños procreados por inseminación artificial era de seis mil.

En Colombia se viene practicando hace algunos años, siendo permitida - y aceptada tácitamente por nuestras autoridades. Los médicos, en ge - neral, lo consideran perfectamente moral.

I.3. LA FECUNDACION EXTRAUTERINA Y LA PARTOGENESIS.

Desde finales del siglo pasado se venían realizando diversas investigaciones sobre octogénesis en conejos, ranas, etc. El notable zoólogo Británico GREGORY GOODWIN PINCUS (1903 - 1967) obtuvo hacia finales - de los años 30 un promisorio resultado: logró activar artificialmente un óvulo no fecundado de una coneja y el primer parto de un conejo - vivo sin padre. Sus investigaciones prosiguieron en el área de la biosíntesis de las hormonas suprarrenales. PINCUS llegó a ser el padre de la

píldora, al obtener el primer compuesto anticonceptivo por vía oral, la FDA, lanzada al mercado de Norteamérica en 1963.

De la década de 1940 en adelante las experiencias e investigaciones en este sentido se extendieron a seres humanos. Así tenemos las experimentaciones de los científicos ROCK y MENKIN en 1944, LANDIUM y SHETTLES 1953, PETROV 1958, MORICARD 1959. Todos ellos lograron fecundaciones in vitro aunque no pudieron prolongar la vida del embrión más de 5 ó 6 días.

Entre 1960 y 1961 el biólogo italiano DANIEL PETRUCCI, investigador de la Universidad de Bolonia, logró el desarrollo de embriones in vitro,- unos de los cuales se mantuvo vivo durante casi 60 días en el tubo de ensayo y cuya evolución fué filmada. Esta experiencia fué condenada - por la iglesia Católica y por petición suya el biólogo interrumpió su investigación.

A Petrucci se debe un notable avance en el estudio del desarrollo embrional desde la fecundación.

En 1974, el médico británico DOUGLS BEVIS anunció públicamente la implantación de 3 embriones en tubos de ensayo que culminaron en nacimientos normales sin embargo, el hecho no fué comunicado científicamente a los centros de investigación y por ello no se le prestó mayor credibilidad.

El 26 de Julio de 1978 se dió a conocer públicamente el nacimiento del primer bebé concebido fuera del seno materno, mediante la fecundación de un óvulo de su madre, lograda en el laboratorio. Se llegó pués a la culminación de una larga serie de experimentaciones en el campo de la "ectogénesis o gestación en tubo de ensayo". El hecho tuvo lugar en el OLDHAM HOSPITAL situado a pocos kilómetros de Manchester, Gran Bretaña, en la localidad de Oldham Mumps. El proceso estuvo a cargo de los doctores PATRICK STEPTOE, ginecólogo y ROBERT EDWARS, fisiólogo. La paciente fué LESLEY BROWN, inglesa de 32 años de edad, estéril por obstrucción de las trompas de Falopio. Mediante la extracción de un óvulo maduro de la señora Brown que, en condiciones termostáticas y químicas adecuadas, fué fecundado in vitro con esperma de su esposo, John Brown, y luego de obtenida esta fecundación fué implantado en el útero de la señora Brown en donde cumplió normalmente las etapas del desarrollo fetal que culminó con el exitoso alumbramiento de una niña de 2.300 Kgs. de peso.

Luego de las experiencias de los doctores EDWARDS y STEPTOE se han anunciado procedimientos similares y también con éxito en Estados Unidos y Australia.

En Abril de 1982 los esposos Brown anunciaron el nacimiento de su segundo hijo obtenido por el mismo procedimiento.

Estas experimentaciones no quedan aquí. Hoy se habla de la Partogénesis, conocida también como CLONING o reproducción asexuada dentro de las ciencias biológicas. Mediante estímulos físicos o químicos se puede llegar a producir la segmentación del óvulo. El biólogo de Oxford,

J. B. GURDON, logrò por este procedimiento, en 1960, reproducir ra - nas.

En los mamíferos ha sido practicada con éxito.

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

Se ha tratado de utilizar este sistema en el género humano, actual- mente solo está en vías de expetimentación. Abanderada de esta nueva- técnica con posibilidad de aplicarla al género humano, es la Dra. - SPURWAY de nacionalidad inglesa.

Siguiendo a M. IGLESIAS[3], podemos sintetizar la historia de la inse - minación artificial de la siguiente manera:

PRIMERA EPOCA: desde la práctica de los árabes en 1922 posiblemente, hasta los experimentos de Lázaro Spallanzani en 1780.

SEGUNDA EPOCA: Desde Spallanzani hasta los experimentos de ELIA IWA - NOFF, HOFFMAN, BRASSI, AMANTEA e ISAKAWA.

TERCERA EPOCA: desde la anterior hasta 1917 en que los rusos la apli - can ampliamente en animales.

---

[3] IGLESIAS M. Aborto, Eutanasia, y fecundación artificial. Ediciones - y publicaciones, Barcelona 1954

CUARTA EPOCA: Investigaciones realizadas por los demás experimentado - res del mundo fuera de los rusos. Conservación del material seminal - durante cierto tiempo fuera del organismo. Ya en ésta época se estu - dia más a fondo el problema, se previenen los factores de consaguini- dad masal, la selección rigurosamente dirigida y el transporte de se- men conservado a largas distancias, empleando el diluyente de esper - mas, con fórmula de los científicos PAUL PHILLIPS (de Madison Wiscon- ssin), y GLEAN SALIS BURY (de Ithaca, N.Y.).

QUINTA EPOCA: desde la anterior hasta nuestros días, incluyendo la po- sibilidad de la partogénesis en la especie humana y los experimentos que como el de DANIELLE PETRUCCI puedan continuar realizándose (1960, 1961).

SEXTA EPOCA: de 1978 en adelante en que los doctores PATRICK STEPTOE - y ROBERT EDWARDS obtuvieron en OLDHAM MUMPS (Inglaterra) el ciclo com- pleto de fecundación extrauterina con el nacimiento de una niña.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

II ASPECTO MEDICO

II.1. LA INSEMINACION ARTIFICIAL

II.1.1. Definición.

"Inseminación Artificial es la aportación del eyaculado del varón al- aparato genital femenino realizado sin cohabitación ".

La inseminación artificial consiste, ante todo, en aplicar a la vagina o en el útero de la mujer, esperma del esposo o de un tercer donante, para tratar de obtener por este sistema el embarazo de la mujer, como recurso extremo en el tratamiento de la esterilidad masculina y femenina.

II.1.2. Sinonimia.

La inseminación artificial ha recibido varias denominaciones:
EUTELEGENESIA (inseminar a Distancia), término utilizado en el Dere - cho Español.
ESPERMATEISFORA ARTIFICIAL (llevar líquido sexual hacia dentro).
ESPERMIOSEMINA ARTIFICIAL, en Italia.

Algunos autores la denominan FECUNDACION ARTIFICIAL, aunque en sentido riguroso está mal empleada, pues la fecundación sólo se produce cuando la célula espermática se une con la célula ovular, fenómeno que no es posible producir artificialmente en la especie humana.

Se conoce también con las siglas A.I.D. y A.I.H. que corresponden a las frases en inglés "Artificial Donated" y "Artificial Insemination Husband".

La primera se conoce también como inseminación heteróloga, por cuanto se práctica con semen de tercero que no es el marido. La segunda se conoce con el nombre de homóloga, por cuanto la inseminación se realiza con semen del propio esposo.

II.1.3. Casos en que se práctica.

Se puede practicar en los siguientes casos:

En la esterilidad del varón o la impotencia, o por transtornos de tipo fisiológico que hagan imposible la fecundación. El Dr. T.H. VAN DE VELDE[4], en un apéndice al capítulo XI, de su obra "fertilidad y esterilidad en el matrimonio" dice que " de acuerdo con la tabla de Nurnberger (capítulo de la esterilidad, en tratado de Halban-Seitz tomo III) se deben tener en cuenta las siguientes indicaciones en lo que a fe

[4]T.H. VAN DE VELDE. Fertilidad y Esterilidad en el matrimonio apéndice al capítulo XI.

cundación artificial se refiere:

EN EL HOMBRE

1. TRASTORNOS QUE IMPIDEN LA PENETRACION DE LA ESPERMA

a) Trastornos de la erección: tamaño anormalmente pequeño del miembro viril; posición anormal de un miembro de tamaño normal en caso de hernias inguinales, hernias del saco testicular (escroto); adiposis; acodamientos curvaturas anormales del miembro; endurecimientos plásticos de los cuerpos cavernosos; epispadias; debilidad eréctil en caso de diabetes o adiposis, trastornos de los centros de excitación cerebral o medular, que conducen a la impotencia síquica, además de la impotencia por tabes y demás enfermedades de la médula dorsal.

b) Trastornos de la eyaculación; eyaculación ante el pórtico vaginal; eyaculación demasiado precoz; espermatismo.

2. Trastornos que impiden la entrada de los espermatozoos en el eyaculado; azoospermia por obliteración, congénita o adquirida.

EN LA MUJER

1. EL ESPERMA NO LLEGA AL UTERO.

a) Debido a un movimiento de retroceso, de índole patológico de los espermatozoos; salida del esperma de la vagina inmediatamente después de realizado el coito.

b) Por impedir el estrechamiento del hocico de tenca exterior, etc.,- el movimiento fisiológico de ascención de los espermatozoos.

c) Por destrucción de los espermatozoos en la vagina debido a la se - creción vaginal alterada patológicamente.

2. EL ESPERMA NO LLEGA NI SIQUIERA A LA VAGINA.

a) Por estenosis de la vulva y de la vagina.

b) Por trastornos sicosexuales como vaginismo, etc.

Este cuadro es completado con el realizado en base de un estudio del mexicano JULIO CESAR VERA HERNANDEZ y de la obra RAYMOND RAMBAUR:

Inseminación Homóloga

Esta inseminación se aconseja:

a. Por anomalías físicas y síquicas del esposo o de la mujer.

b. Imposibilidad de ascensión de la esperma.

a. Anomalías físicas del varón

a. Epispadias.

b. Hipospadias.

c. Fimosis.

Anomalías síquicas del varón

a. Eyaculación prematura.

b. Impotencia "coeundi".

Anomalías físicas de la mujer

a. Estenosis (estrechez vaginal).

b. Tabiques en la vagina.

c. Inhospitalidad cervical.

Anomalías síquicas de la mujer

a. Frigidez.

b. Hiperexcitación.

c. Ninfomanía.

d. Eteromanía.

b. Imposibilidad de ascención de la esperma o Atenospermia

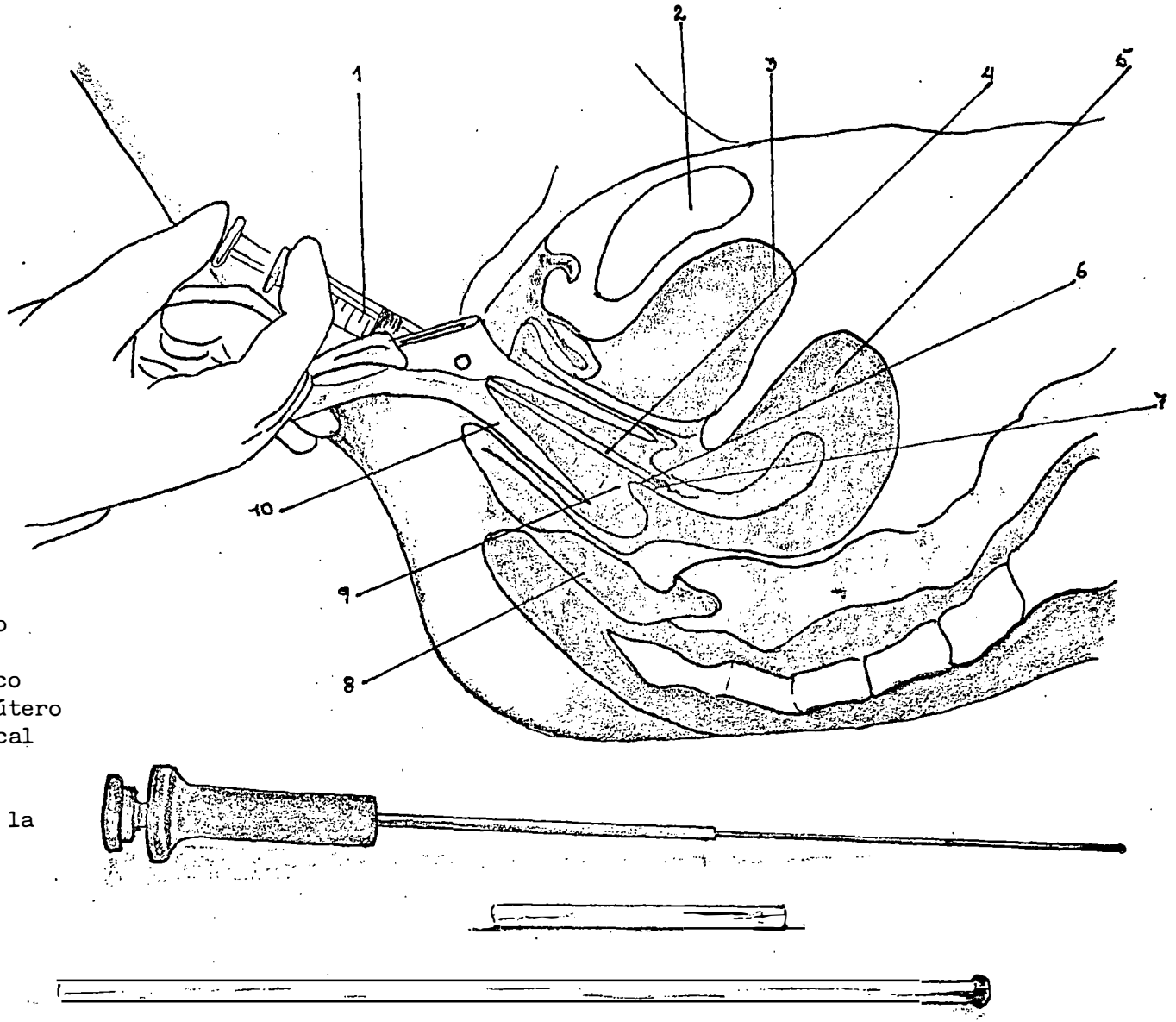
Inseminación Heterologa

Esta inseminación se aconseja:

1. Por esterilidad absoluta en el matrimonio, originada por: azoospermia, oligospermía, astenospermia, necrospermia.

2. Por ser indeseable la fecundación mediante el marido puede ser causa de esto: el cortar taras hereditarias, evitar el resultado del factor "Rheusus", cuando anteriormente se ha tenido hijos con idiocia - amaurotica, o cuando existe disautosomia familiar, ya que ambas anomalías se heredan.

INSEMINACION ARTIFICIAL MEDIANTE JERINGUILLA



1. Jeringuilla
2. Hueso Púbico
3. Vejiga
4. Tubo plástico
5. Cuerpo del útero
6. Canal cervical
7. Semen
8. Intestino
9. Abertura de la cerviz
10. Espéculo

II.1.4. Técnica

La inseminación se realiza normalmente por vía paracervical. La paciente es colocada en posición ginecológica, con las caderas ligeramente altas. La mayor parte de los médicos prescinden de una limpieza por taponamiento de la secreción cervical o de una desinfección del orificio uterino. El esperma se coloca en una jeringa de cristal estéril seca, que se ha dotado con una cánula metálica acodada.

Se introduce la punta de la cánula unos milímetros en el interior del conducto cervical y se inyecta el contenido mediante una vigorosa presión intermitente sobre el émbolo. La esperma retrocede a la vagina y forma un pool al hocico de tenca.

El introito se taponará herméticamente con una torunda, a fin de que no se manchen las prendas de vestir de la paciente cuando ésta se incorpore luego.

El espéculo puede extraerse cuidadosamente o dejarse en situ en principio. En este último caso, la hoja posterior retiene el pool de semen y se encuentra inmediatamente junto al orificio uterino. La paciente retira las piernas del soporte y la mesa de exploración y se coloca en posición horizontal. La receptora debe permanecer veinte minutos con las piernas extendidas, en reposo, y muy juntas entre sí.

Tras este intervalo, la paciente puede levantarse y dedicarse en seguida a sus labores cotidianas. La torunda colocada en el introito

puede extraerse cuando lo crea oportuno.

La utilización de un capuchón o casquete cervical constituye una de - las modificiaciones de la técnica estandar descrita. Son de material plástico o de goma. Colocados sobre el cuello uterino y cargados con esperma mantienen el semen en contacto con el orificio uterino externo.

Puede colocarse primero el capuchón cervical in situ e introducir - luego el esperma con una aguja de inyección entre la pared cervical y aquel artefacto.
También hay tipos especiales de casquetes que tienen una pieza adi - cional para el cono de la jeringa.

Otra modificación del método consiste en la inseminación intrauterina. En ésta técnica se propulsa hacia adelante, a través del conducto cervical y hasta el orificio uterino interno, un delgado catéter de polietileno. Se inyecta lentamente 0.1 cm^3 de esperma con ayuda de una jeringa de inyección de 1 cm^3 de capacidad.
Si se inyecta una cantidad superior la paciente nota considerables - dolores espasmódicos por lo cual expulsa toda la esperma inyectada. Antes de aspirar con la jeringuilla 0.1 cm^3 de esperma es preciso añadir a la cantidad total de esperma 200.000 Unidades de penicilina, o bien 0.25 gramos de estreptomicina como medida profiláctica contra - la infección.

II.2. LA FECUNDACION EXTRAUTERINA

II.2.1. Definición.

"Es toda operación que tiene por objeto hacer germinar el óvulo con - los espermatozoides masculinos, recurriendo a procedimientos no naturales". El modo más llamativo de ésta técnica es el que se efectua - in vitro. Así se logra el desarrollo del óvulo fuera del útero materno.

Puede ocurrir que se realice la inseminación artificial de la mujer, - y en cambio, que no se produzca la fecundación que se esperaba. La - intervención del hombre en la inseminación, no hace artificiales los fenómenos consiguientes al encuentro de los 2 gametos. Por insemina - ción artificial se entiende las maniobras realizadas por el médico - para introducir en el órgano femenino el semen previamente recolectado.

II.2.2. Técnica.

a. La mujer es tratada con hormonas para estimular la maduración de - los óvulos en el ovario.

b. Para localizar el ovario se usa un sistema óptico llamado laparoscopio a través de una incisión en las paredes abdominales. Una aguja - es incertada entonces dentro del ovario para sacar el óvulo, operación observada directamente a través del laparascopio.

c. El óvulo es colocado entonces en un recipiente que contiene suero de sangre y nutrientes, al cual se le agrega el esperma para la fertilización.

d. Una vez que el óvulo es fertizado por uno de los muchos espermatozoides, es transferido a otro de los recipientes, también con suero sanguíneo y nutrientes. De los tres a los seis días siguientes el óvulo fertilizado se divide dando origen a una agrupación de células llamadas blastocitos.

e. Después que la mujer recibe un tratamiento adicional de hormonas para preparar el forro del útero y allí se une a las paredes; un embrión normal prosigue entonces su evolución.

II.3. CONSIDERACIONES SICO-SOCIALES

Como hasta ahora no se dispone de observaciones convincentes respecto a la forma de reaccionar de los matrimonios después de una inseminación artificial heteróloga, es necesario proceder con urgencia a estudios sociológicos y de sicología profunda sobre el particular.

Desde el punto de vista terapéutico el método es muy satisfactorio, tal como lo confirma el elevado número de clientes que han tenido dos o tres hijos gracias a la inseminación artificial.

Según varios sicólogos la inseminación artificial homóloga origina una

escasa tensión adicional en el matrimonio, aunque el hombre puede experimentar una sensación de fracaso si la esterilidad es debida a problemas de eyaculación o de erección. Es posible que, en el caso de un problema fisiológico como el de bajo nivel de esperma, crea que debe ser capaz de resolver por sí mismo sus problemas sicosexuales. Sin embargo, tanto el hombre como la mujer deberían comprender que el padre del niño es verdaderamente el marido, y en la mayor parte de los casos las parejas se sienten muy felices de haber superado sus dificultades tras años de frustración, especialmente si han quedado resueltos algunos problemas fisiológicos psicosexuales antes de que tenga lugar la inseminación artificial homóloga.

Pero la inseminación artificial por donante presenta problemas diferentes. Cualquiera que fuere la situación del matrimonio, antes de llevarse a cabo una situación por donante será preciso dedicar mucho tiempo a examinar los pros y los contras de la cuestión. Para que el niño sea completamente aceptado, el marido debe tener la seguridad de que desea que a través de este procedimiento tenga un hijo su mujer. Es muy corriente el caso de maridos que se han sentido coaccionados para aceptar la inseminación artificial por donante o que se han considerado emocionalmente chantajeados hasta llegar a aceptar el hecho en razón de su sensación de culpabilidad por no ser capaces de tener un hijo. Si la situación conyugal es verdaderamente insegura, no debe realizarse la inseminación artificial por donante. Los sentimientos de fracaso de un marido o el resentimiento de una esposa por no ser capaces de concebir naturalmente, cada uno, son suficientes para

destruir esa unión.

Otros sicólogos opinan que es el sentimiento de inferioridad creado - o incrementado en el hombre que ve confirmado en el niño su propia - esterilidad lo que puede llevar a el deterioro de la pareja. La mujer por su parte puede comenzar a fantasear acerca del dador, entrando - este necesariamente en el mecanismo sicosexual de la pareja. Se establece así una fuerte intimidad entre la mujer y el donante que es percibida consiente o inconsientemente por el marido.

Además aunque el niño ignora su origen, lo más probable es que perciba la destrucción de la pareja de sus padres es por su culpa; y de - llegarse a enterar de su concepción sufriría una gran crisis.

Sin embargo, una doctora, Margaret Jackson que ha tenido oportunidad de seguir a 110 familias a las que se había realizado inseminación artificial heteróloga con éxito, tiene la impresión de que los niños son criados y educados correctamente y que los padres se sienten muy satisfechos con los resultados obtenidos.

Lo real es que la inseminación artificial está estrechamente vinculada a motivaciones de naturaleza afectiva y sobre todo esto cualquier afirmación categórica puede resultar peligrosa.

II.4. PROBLEMA ETICO MEDICO

Ha existido polémica entre médicos, moralistas, y juristas acerca de las incidencias de la inseminación artificial.

A menudo surge la siguiente pregunta ¿Falta a la ética el médico que práctica a una mujer casada o a una soltera la inseminación?

Tanto en las legislaciones orientales, como en sus creencias, la esterilidad de la mujer era mirada como signo de ignominia para el hogar.

En la antigua Roma, la esterilidad era motivo de divorcio y aún hoy - es generalmente aceptada como motivo de disolución del vínculo matrimonial.

En los tiempos del Derecho Romano el tener descendencia era considerado deber de ciudadano, pues la continuación de la estirpe era absolutamente necesaria para el culto de la "sacra privada", así pues, podría considerarse indigna la persona que moría sin dejar descendencia.

En nuestro derecho la ley consagra la procreación como uno de los fines del matrimonio. El c.c. en el Artículo 113 establece: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de convivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente".

El valor de la inseminación homóloga es discutible cuando en ninguno de los cónyuges se descubre un factor causal de infertilidad. En cuanto a la inseminación heteróloga el médico debe asegurarse que la este

rilidad del cónyuge es incurable y no solo de índole pasajera, debida por ejemplo, a un proceso febril.

En Colombia se práctica desde hace mucho tiempo la inseminación artificial en sus diferentes modalidades, en 1965 se hicieron encuestas entre algunos ginecólogos quienes respondieron en la siguiente forma: "Creo que la inseminación artificial puede llegar a ser una buena solución para los hogares sin hijos, en casos muy especiales y seleccionados, siempre y cuando en el país se legisle sobre el tema y los productos de las concepciones logradas por este método tengan aclarada su situación frente a la ley".

"La inseminación artificial puede ser una verdadera solución para muchas mujeres solteras que pueden ver con ella satisfecho su anhelo maternal, sin que necesariamente tengan que recurrir al matrimonio para lograrlo".

"Considero que en nuestro país es un paso difícil de dar por múltiples factores, entre ellos uno muy poderoso, el religioso".

Autores de tan distinguida prestancia como TH. VAN DE VELDE, afirman que:

"La inseminación artificial es un método absolutamente libre de objecciones, desde el punto de vista médico, jurídico, ético y religioso."

El Dr. MAGNUS HIRSCHFELD, dice que:

"En los casos en los que no se puede obtener el semen del propio esposo, o que, de que obtenerse, resulte inadecuado, muchas mujeres debido al ardiente deseo de tener un hijo, suelen a veces acariciar la idea de la fecundación artificial, valiéndose del esperma de un extraño. Pero muchas mujeres no quieren prestarse, en modo alguno, a la simple cópula, puesto que en dicho contacto ven tan solo la posesión de su cuerpo por un hombre extraño, mientras que consideran la transferencia del semen como una especie de acto impersonal, un procedimiento menos ofensivo para la unidad y felicidad del matrimonio.

Otros defensores de la licitud de la inseminación Artificial son los doctores LE MON CLARK, y la Dra. MARGARET HADLEY, principal portavoz de la A.I.D. en Ingalterra. Asimismo, el Dr. ALAN F. GUTTMACHER, director del Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital Mount Sinaí de New York, dijo en mayo de 1961, a la revista LUZ:"Estos niños significan más a la familia que los concebidos en forma natural , pues sin la inseminación artificial la maternidad le habría estado negada a la esposa. Las criaturas concebidas en esta forma son niños deseados, a menudo desesperadamente. No conozco un solo caso en mi práctica que los resultados hayan sido malos".

La asociación de Médicos Americanos en 1955 la consideró ética, moral y deseable en la declaración de la Sociedad Norteamericana para el estudio de la esterilidad (revista Luz, mayo 1961, vol. 19, núm. 5).

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Los doctores HORNSTEIN, FALLER y STRENG, en su obra VIDA SEXUAL SANA, consideran la inseminación artificial como ilícita, inmoral y contraria a los principios religiosos.

En Inglaterra, el informe de la Comisión FEVERSH opinó que el procedimiento era inmoral y que los hijos nacidos por este procedimiento eran ilegítimos.

Aquí en Colombia la ley 23 de 1981 dictó normas en materia de ética médica. Del estudio somero de dicha ley se ha concluído que en ninguna parte se rechaza la práctica de la inseminación artificial.

El jurista HERNAN GOMEZ PIEDRAHITA[5], analizando esta ley nos dice que: En la declaración de principios (Art. 1 numeral 1º), se dice que la medicina es una profesión que tiene por fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana..., No podemos bajo ningún punto de vista argumentar que con la inseminación artificial se cause daño alguno a la especie humana, pues al contrario no solamente se puede seleccionar un proceso adecuado de fecundación, sino también que el hecho biológico de tener un niño, perfecciona la pareja. Por lo tanto este procedimiento no violaría este primer principio. En iguales condiciones-

[5]PIEDRAHITA GOMEZ HERNAN. Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos.

los principios 2, 3 y 4, que establecen la obligatoriedad de aplicar métodos científicos..., salvaguardando los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad, a su vez que exigiéndole estricta reserva profesional. No puede por tanto inferirse violación a los principios generales de la ética, siempre y cuando el procedimiento se haga bajo la voluntad de los pacientes".

"Es también necesario que el médico explique a la paciente los riesgos justificados, solicitando el consentimiento para aplicar o proceder al tratamiento médico indicado y que puede afectarla física o siquicamente (art. 15). El médico igualmente debe tener presente el art. 50 en el cual se establece como falta grave contra la ética, el certificar en documento alguno distinto a acreditar el nacimiento, el estado de salud, el tratamiento prescrito o el fallecimiento de una persona".

En el art. 54 se establece que el médico atenderá las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial".

Nuestro ordenamiento jurídico solamente legisla en materia de inseminación en los artículos 280, 328, 345 y 347 del C. Penal y 54 de la Ley 23 de 1981.

II.5. RESPONSABILIDAD MEDICA.

La responsabilidad del mèdico significa lo que la ley exige de el en relación a las personas que se verán afectadas por su acción. En el caso de inseminación artificial por donante hay 3 grupos de personas que es probable se vean afectados y son: el donante, la mujer (y seguramente el esposo) y la criatura.

En este aspecto hay 2 requisitos importantes: uno es evitar las lesiones, lo cual es de vital importancia respecto a la mujer y a la criatura, y el otro es el secreto profesional que tiene interés especial para el donante. La obligación de evitar lesiones consiste en tomar precauciones razonables, si fallan estas en un caso particular puede calificarse de negligencia, dando lugar a un proceso por responsabilidad.

El Donante; Puesto que muchos donantes prefieren permanecer anónimos, lo interesante a este respecto sería lo referente al secreto profesional. Francia, Holanda, Italia, Colombia imponen sanciones a quienes revelan secretos profesionales. En Gran Bretaña por ejemplo, no hay legislación en este aspecto. No obstante, los Tribunales pueden exigir al médico que revele información de interés público.

La Recipiente: Ningún médico procederá a la inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer, y para que sea válido debe darse con pleno consentimiento y esta, debe estar al corriente de los riesgos que puede tener la inseminación artificial por donante. Sería prudente que el esposo particupara en todas las etapas.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

El Consejo de Europa ha preparado un proyecto de resolución sobre inseminación artificial y preveé que antes de proceder a la inseminación, se requiere el consentimiento expreso del donante del esperma, de la mujer, y si es casada, del esposo.

La Criatura: La tercera persona que se vería afectada por la acción del médico sería la criatura pero puesto que los donantes son relacionados cuidadosamente es muy probable que la incidencia de criaturas minusválidas sea baja, Sin embargo, si la criatura naciere incapacitada física o mentalmente, se podría arguir y atribuirlo a negligencia del médico. Ejemplo; que no se han hecho ciertas pruebas o análisis y el donante tenía anemia drepanocítica o talasemia (que se da en personas de ciertos grupos étnicos).

Es por esto que los médicos, deben tener en cuenta ciertas recomendaciones tales como:

1. Mantener absoluto anonimato entre el dador del semen y el matrimonio.

2. Antes de la inseminación heteróloga debe conocerse a fondo la capacidad intelectual y estabilidad emocional del matrimonio, y de ser posible la solidez y duración de su unión.

3. Recordar que la inseminación artificial hateróloga no debe adoptarse jamás de una forma precipitada.

4. En lo que se refiere al aspecto comercial, el médico ha de someter-

se a ciertas limitaciones.

Las inseminaciones heterólogas no debe incluirse dentro del grupo de procedimientos lucrativos.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

III. LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y SU PROBLEMATICA JURIDICA

III.1. LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FILIACION

La relación que existe entre ascendientes y descendientes, se llama - filiación, la cual puede ser legítima, ilegítima o adoptiva. Intere - sándonos para este estudio la filiación legítima.

El artículo 213 del Código Civil preceptua "El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es legítimo". El artículo 214, párrafo 1º nos dice "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta - días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en el y tiene - por padre al marido".

La concepción del hijo dentro del matrimonio determina su legitimi - dad. Solo se exige que los padres estuvieren casados en aquel momento, es decir, que no se afecta la legitimidad porque más tarde se destruya aquel matrimonio por divorcio o nulidad. Aunque en principio no - sean legítimos, los hijos concebidos por padres que no están casados entre si, sin embargo esta legitimidad puede alcanzarse por el posterior matrimonio de los padres; así lo consagran los artículos 236 y - siguentes del C.C.

El artículo 214, párrafo primero, establece una presunción muy importante: El hijo concebido en matrimonio tiene por padre el marido, alrededor de la cual se basa el presupuesto de la paternidad legítima.

Mediante el procedimiento de la inseminación artificial la esposa podría concebir un hijo que genéticamente es del marido, incluso después de la disolución del matrimonio por fallecimiento de aquel. Sería al caso del hijo póstumo dado a luz por la viuda después de los 300 días posteriores a la muerte del esposo, si se logra probar fehacientemente que la viuda fué fecundada con semen de su cónyuge premuerto obtenido con anterioridad al deceso. Vemos como el supuesto de la legítimidad de la concepción pierde su claridad; en el caso comentado , que calidad puede otorgarse al hijo así concebido? Podría negarsele su legítimidad?

Resulta igualmente afectado el presupuesto de la presunción de la paternidad legítima que establece el artículo 214: el hijo concebido por la mujer en el matrimonio tiene por padre al marido, sustentada la paternidad en las relaciones sexuales exclusivas que el marido sostiene con la mujer.

Podría ocurrir, mediante el proceso de inseminación artificial, que aún existiendo imposibilidad material del marido de tener con su esposa relaciones sexuales durante el período legal de la concepción,la esposa acreditara que la fecundación se obtuvo mediante la inseminación artificial con esperma del marido, y que este hubiera consentido

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

remitir a distancia su propio semen.

También en el caso en que el marido probara ser impotente para el coito, más no estéril, y accediera a que se le extrajera semen fecundante con el cual se practicaría la inseminación artificial posteriormente.

En estos ejemplos, podría el marido impugnar la paternidad alegando imposibilidad de cohabitar con su mujer?

Si contemplamos el fenómeno desde el punto de vista de la inseminación heteróloga se nos muestra aún más complejo. Generalmente se recurre a este procedimiento por causa de esterilidad del marido y que la esposa cuente con el consentimiento del mismo para ser inseminada con esperma ajeno. Consideremos el aspecto legal y biológico del problema: la paternidad genéticamente hablando, corresponde a un tercero. Desde el punto de vista jurídico, la presunción de paternidad del marido rige plenamente, se dice que opera aquí la voluntad procreacional" y por lo tanto, corresponde al marido y no al donante del semen fecundante, que lo proporcionó con un fin impersonal, sin pensar en ese hijo.

Sin embargo, no es esta voluntad el supuesto de la presunción pater is est. Pueden admitirse como válidas estas razones para impedir que el marido desconozca la paternidad del hijo voluntariamente asumido al consentir la inseminación heteróloga de su esposa, pero, tradicio-

nalmente, la paternidad se funda en la atribución que pre__supone - relaciones sexuales exclusivas, ello es coitos fecundantes, exista o no la mentada voluntad pro-creacional en cada uno de ellos.

En resumen, el derecho de filiación legítima se basa en dos supuestos fundamentales: Uno biológico, el hijo es legítimo por que fué concebido por el marido y su esposa. Otro institucional, el hijo es legítimo por que fué concebido en el matrimonio.

III.2. LA INSEMINACION HOMOLOGA DENTRO DEL MATRIMONIO

La filiación en Colombia se base en dos artículos fundamentales:"El - hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo", artículo 213 C.C. y "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él - y tiene por padre al marido"., artículo 214 párrafo 1º.

Recoge así nuestro legislador fundamentos institucionales y biológicos, pues el hijo así concebido conserva los caracteres genéticos de sus - padres y además, la concepción ocurre dentro del matrimonio. No hace - pues nuestro legislador otro tipo de exigencia para establecer la fi - liación legítima.

En este orden de ideas se puede sostener que de acuerdo con la legis - lación vigente en nuestro país el medio utilizado para lograr la con- concepción del hijo es indiferente, siempre que en tal concepción, inter

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

vengan exclusivamente los componentes genéticos del marido y la mujer, y que ella tenga lugar dentro del matrimonio.

Es decir, que el hijo concebido durante el matrimonio, por la esposa- mediante inseminación homóloga, utilizando semen del marido, es legítimo por cuanto se dan las exigencias biológicas e institucionales de la filiación legítima.

Tenemos entonces que los cuestionamientos acerca de la inseminación - homóloga se reducen a dos posibilidades:

a). Inseminación homóloga mediando imposibilidad de acceso entre el - esposo y su mujer en el período legal de la concepción.

b). Inseminación homóloga practicada a la esposa con semen del marido, después del fallecimiento de este.

Veamos estas dos posibilidades por separado:

a). Inseminación homóloga mediando imposibilidad de acceso entre marido y mujer en el período legal de la concepción.

Nos enfrentamos a la hipótesis del hijo que fuera concebido mediante - inseminación homóloga a su madre y cuyo marido, después, pretendiera - desconocer la paternidad alegando que existió imposibilidad física de acceso durante el período legal de la concepción. Tendría lugar en el caso de que el marido hubiese consentido en remitir a distancia su propio semen, tal como ocurrió a los soldados americanos que lucharon en

la guerra de Corea, o en los casos de impotencia coeundi, que no implique esterilidad.

Tradicionalmente, la doctrina ha contemplado tres categorías de causales sobre impugnación de la paternidad: de orden físico, de orden moral y de orden fisiológico.

De orden físico son la ausencia, la impotencia, o la simple impotencia temporal.

La ausencia implica un hecho negativo: la no presencia del marido en el hogar en toda la época de la concepción. "La imposibilidad de cohabitación -dice la Corte-resulta establecida si se acredita fehacientemente que durante los 120 días en que se presume la concepción, el marido se encontraba alejado de su mujer. Y es que hasta hace poco tiempo parecía físicamente imposible la procreación sin mediar coito entre hombre y mujer, por eso todas las legislaciones atribuyeron poderosa fuerza a la imposibilidad del coito como destructor de la presunción de paternidad atribuída al marido de los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio.
Se inferia que la sola prueba de la imposibilidad física del coito era suficiente para descartar la paternidad. En los casos de separación de los esposos, la imposibilidad material es resultante inevitable de su alejamiento.

La impotencia es de dos clases: la coeundi que impide realizar la có-

pula, es otra de las causales de impugnación de la paternidad y resulta razonable por cuanto para el coito es necesario aptitud genital, - existencia de órganos, erección del pene,etc... sin ella no se hubiera podido engendrar aún cuando el marido impotente, no fuere estéril. La otra impotencia la generandi hace imposible la generación, descarta la inseminación homóloga.

Si el marido desconociese la paternidad legítima que la Ley le atribuye (por la presunción de los artículos 213 y 214 del C.C.), la mujer podría oponer como hecho impeditivo a tal desconocimiento: La - prueba de inseminación con semen de aquel. Así hubiera mediado imposibilidad física o material de cohabitación en el período legal de la - concepción, la prueba de la inseminación determinaria de modo directo y no por vía de presunción, el hecho constitutivo de la procreación.

Las causales de impugnación de orden moral comprenden el adulterio y enemistad profunda entre los cónyuges, que presuntamente conducen a - suponer que el cónyuge ofendido se abstiene de cualquier relación sexual con el otro cónyuge, naturalmente estas causales serían desvir - tuadas con más rapidez que las primeras con la prueba de la inseminación artificial homóloga.

Las causales de impugnación de orden fisiológico tienen como fundamento razones de tipo heredo-biológico mediante la cual se puede descartar con un alto índice de probabilidad, la paternidad. En cuanto el - valor de una prueba heredo-biológica, la jurisprudencia y la doctrina

han sido unánimes en reiterar que el juez siempre goza de la libertad de iniciativa para fallar. Estaríamos en la hipotesis que el marido - no aceptara la prueba de que su mujer ha sido inseminada artificialmente por lo menos en forma homóloga y tratara.de desvirtuarla mediante la prueba heredo-biológica.

b). Hijo concebido mediante inseminación practicada después del fallecimiento del marido.

Se presume que solo los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio tienen por padre el marido, y se presume así mismo, la legítimidad en función del período de la concepción del hijo. Se hallan - amparados con la presunción de paternidad legítima, todos los hijos que según el artículo 92 del C.C. se presumen concebidos durante el - matrimonio, es decir, durante la existencia del vínculo matrimonial. Esta presunción se aplica, en primer lugar, al hijo que nace expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio de sus padres (C.C. artículo 214); se aplica igualmente al hijo nacido dentro de los 300 dìas subsiguientes a la disolución del matrimonio por muerte del marido; o - por la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, o por el divorcio.

Los hijos dados a luz por viuda después de los 300 días desde que sumatrimonio quedo ipso jure disuelto por fallecimiento del marido no - se presumen concebidos en ese matrimonio, ni, por ende, el marido premuerto será reputado padre.¿ Qué pasaría si la viuda alegara y en su

caso probara que ese hijo fué concebido con semen del marido obtenido antes de su fallecimiento?

El Código Civil dice en el artículo 220 que: "A petición de cualquier persona que tenga interés actual en ello, declarará la ilegítimidad del hijo nacido después de expirados los 300 días subsiguientes a la disolución del matrimonio".

Si aplicamos literalmente este artículo llegamos a las siguientes conclusiones:

a. Los hijos dados a luz por la mujer viuda, después de expirados los 300 días subsiguientes a la muerte del marido, se tendrán por legítimos.

b. Se concede acción a cualquier persona que justifique un interés actual, para pedir la declaración de ilegítimidad. Si no se ejerce la acción de desconocimiento, tales hijos se tendrán por legítimos.

Observando la interpretación literal del artículo 220 del código Civil la legítimidad del hijo nacido después de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio es impugnable. Es así como la doctrina ha reputado que el hijo o su representante legal y la madre podrían alegar y ofrecer probar que la concepción tuvo lugar postmorten con semen del marido, adecuadamente conservado.

El Doctor Arturo Valencia Zea[6], al tratar en su obre el tema de la - filiación legítima y referirse al artículo 220 del código civil dice:

"La sabia corrección que realizó el legislador francés del antiguo - artículo 315 mediante la citada ley del 3 de Enero de 1972, debe hacerla la doctrina y la jurisprudencia Colombianas mediante una correcta interpretación de los diversos textos legales que se refieren a esta cuestión. En efecto, los artículos 92, 213 y 214 del Código establecen que hijo legítimo es el concebido dentro del matrimonio de - sus padres; que la gestación del ser humano dura entre 180 y 300 días; en consecuencia, hijos dados a luz por mujer después de los 300 días de disolución de su matrimonio, no quedan cobijados con la presunción de paternidad legítima. Al lado de dichos textos legales, nos encontramos con el artículo 220, que, por grave error, afirmó que el hijo- dado a luz por mujer después de los 300 días de disolución del matrimonio es hijo legítimo, y es necesario impugnar semejante legítimidad. Ante la contradicción entre el principio de los artículos 92, 213 y - 214 por una parte, y la del 220, es necesario hacer prevalecer lo estatuido por los dichos artículos 92, 213 y 214 dejando sin efecto - la absurda regla del artículo 220.

---

[6] VALENCIA ZEA ARTURO. Derecho Civil Tomo V Editorial Temis Bogotá - 1978. Página 431.

En este momento se nos plantea lo que ha dado en llamar Zannoni[7], una dicotomía entre lo biológico y lo institucional, llama el citado autor a este caso una " concepción genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial".

Si consideramos principalmente el aspecto genético como determinante de la filiación, la paternidad es atribuible al marido premuerto, - quien genéticamente hablando es el autor de la concepción. El hijo - como producto de la concepción de marido y mujer, es legítimo.

Desde el punto de vista institucional sólo son legítimos los hijos - concebidos por la mujer durante el matrimonio. El hijo concebido con semen del marido pero con posterioridad a la disolución del matrimo - nio es hijo extramatrimonial, utilizando los nuevos términos de la - ley 29 de 1982. Los herederos del marido premuerto podrían siempre - reconvenir demostrando que el hijo no fué concebido durante el matrimonio, artículos 92, 213 y 214 del código Civil.

Sin embargo, el hijo, o su representante legal o la madre, puede re - clamar judicialmente, que antes de morir el marido aceptó expresamente la extracción del esperma para su conservación con el fin de engen

[7] ZANNONI EDUARDO, Inseminación Artificial y fecundación extrauterina, Astrea 1978.

drar un hijo con su mujer y que la concepción se produjo con esa es - perma. Por lo tanto, probados los extremos que fundan el presupuesto biológico de la filiación, la reclamación de cualquier interesado ten- diente a impugnar la filiación legítima del hijo así concebido fracasará.

III.3. LA INSEMINACION HETEROLOGA DENTRO DEL MATRIMONIO

Tiene ocurrencia en el caso de esterilidad del marido, los cónyuges - recurren a la utilización del semen de un tercero o "donante" para - practicar la inseminación. Intervienen en la fecundación componentes genéticos extraños a marido y mujer.

A este tipo de inseminación se oponen consideraciones éticas, tales - como: que los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que interven- ga en la fecundación el elemento activo del tercero y este, el terce - ro, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear.

Se dice además, que la inoculación del semen de un tercero produce un resultado similar a la fecundación adulterina. Se ataca también el - significado que tiene el matrimonio, la trasmisión de la vida: Obra - personal e indelegable de los esposos.

El hombre no puede éticamente disponer, ceder o transferir sus com -

ponentes genéticos. Es contrario a la moral ofrecer semen fecundante a quien no es la esposa y resulta también contrario recibirlo, teniendo en cuenta que el hijo es la participación personal de los esposos en la procreación.

III.3.1. Con consentimiento del marido.

Aquí nos interesaría el caso de que el marido de la mujer que dió a luz al hijo, no obstante haber accedido a la inseminación de aquella con esperma fértil de un tercero, pretendiera luego probar judicialmente, que el hijo no es genéticamente suyo. Recurriendo a diversas pruebas y a la acreditación fehaciente de la inseminación heteróloga misma, desconoce judicialmente la paternidad presumida legalmente.

Existen dos corrientes doctrinarias en cuanto a la solución de esta hipótesis. La una le da prevalencia absoluta al elemento genético de la paternidad, entiende que la acción de desconocimiento debería prosperar, a pesar que el propio marido impugnante haya consentido en que su esposa fuera inseminada. Zannoni nos relata el fallo de un tribunal italiano que admitió la acción de desconocimiento de la paternidad aludiendo partícularmente al fundamento biológico de toda relación de filiación "Que no puede ser desvinculada de una correspondiente relación biológica o de sangre". Según esta teoría, el consentimiento o voluntad del marido sería irrelevante, pues operaria el principio de la indisponibilidad de los derechos de familia .

El otro sector doctrinario, indica que si el consentimiento del marido no fué revocado hasta que la inseminación se practicó, este no podrá desconocer la paternidad del hijo que de a luz su mujer. Las razones que exponen son: Ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido constituyen objetivamente un acto ilícito aún cuando pueda ser discutible su valorización ética. Además, el marido que luego de consentir a la inseminación heteróloga, planteara el desconocimiento del hijo, estaría obrando deslealmente, contrariando una conducta anterior. Estaría ante el supuesto en que corresponde aplicar la llamada doctrina de la buena fé, según la cual es inadmisible una pretensión contradictoria de quien, habiendo asumido una conducta jurídicamente relevante, lícita, luego intenta obtener un resultado contrario al exigible o esperable en razón de aquella. La lesión de la buena fé-lealdad es evidente. Este consentimiento del marido, implica el compromiso vinculante entre ambos cónyuges de asumir la maternidad y la paternidad, aún cuando los componentes genéticos sean extraños. Se traduce pues, ese consentimiento, en un elemento voluntario suficiente para responsabilizar al marido.

Podría algún tribunal considerar ilegítimo al hijo dado a luz por mujer casada cuando el marido acepta y hasta insinua la inseminación de su mujer con semen de un tercero?. Debe tenerse en cuenta que al declarar ilegítimo al hijo se le condena a no tener padre, ni siquiera natural, como sucedería en los casos en que el laboratorio es quien suministra el semen sin saber su procedencia. Ningún orden jurídico puede ir tan lejos, estaría en mejores condiciones el hijo adoptivo,

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

cuando lo que precisamente se propusieron en principio marido y mujer fué colocar al hijo en una situación mejor.

Además, la filiación no encierra solamente un elemento biológico, se exige también el elemento institucional. Si se dá prevalencia a este último nos lleva a una solución socialmente más valiosa, que la que resulta de anteponer el factor genético, pues si se acepta la impugnación de la paternidad legítima, quedaría el hijo ante la realidad de una paternidad incierta y por lo demás, casi imposible de establecer.

III.3.2. Sin consentimiento del marido

Aquí en este caso, además de que el hijo no es biológicamente del marido, se añade la circunstancia de que él no asumió voluntariamente la concepción, es más, pudo oponerse a tal situación.

El marido deberá entonces impugnar la paternidad presumida legalmente.- Debe entonces, probar plenamente en juicio que el no es el padre. La ley establece para esta acción dos pruebas : a). Que durante el tiempo que se presume la concepción, el marido no tuvo relaciones sexuales con su esposa. b). Que durante el mismo tiempo la mujer tuvo relaciones sexuales con otros hombres.

En este estudio nos interesa el primer tipo de prueba y las repercusiones que ella conlleva. El marido puede basarse en el artículo 214

de C.C. que dice: " El marido, con todo no podrá reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo que, según el artículo 92 pudiera presumirse la concepción, estuvo imposibilitado de tener - acceso carnal con su mujer".

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de Febrero de 1970 - declara que la imposibilidad física de tener acceso carnal con la mujer, implica que no solo los casos en que el varón está imposibilitado para realizar el acto sexual, "sino también al de la IMPOTENCIA - GENERANDI, pués el acceso carnal a que se refiere la Ley no es el de una relación sexual cualquiera, sino el que por su naturaleza es idóneo para producir una concepción... Resultaría absurdo, por contrariar la naturaleza misma de las cosas, que por el solo hecho de encontrarse el varón capacitado para realizar el acto sexual, se le tuviera - como padre del hijo concebido por su mujer o su concubina, si, por - otra parte, es evidente que carece de aptitud para engendrar".

Así las cosas, una vez probada la incapacidad para engendrar del marido, su acción tendiente a impugnar la paternidad del hijo concebido mediante la inseminación heteróloga de la mujer contra o sin el consentimiento de dicho marido puede prosperar favorablemente.

Ahora si el marido no ejerce la acción de impugnación de la paternidad, el hijo, según nuestra legislación seguirá gozando de la presunción de la paternidad legítima que como hijo nacido después de ciento ochenta días y dentro de los trescientos después de la disolución del

matrimonio de sus "padres" le asigna la ley.

III.3.3. Como causal del divorcio

En nuestra legislación el matrimonio civil tiene divorcio, a partir - de la vigencia de la ley primera de 1976. Veamos entonces, si de acuer do a las causales que existen, se puede sostener válidamente que el - proceso inseminatorio puede originar algunas de las causales que trae la ley para decretar el divorcio: a). " Relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante, las haya consentido, facilitado o perdonado".

Este punto ha creado mucha controversia, pues la inseminación artificial heteróloga ha sido asimilada a adulterio, sobre todo la que hace a la heteroinseminación no consentida.

En el estudio de la cuestión planteada debe establecerse previamente si la inseminación artificial es un acto sexual o no.

Si respondemos afirmativamente, habría que aceptar también que incu - rren en adulterio el marido que entrega el semen para inseminar a la mujer que no es su esposa. Lo mismo se aplicaría al médico y a la enfermera que realicen dicha técnicas.

Desde el punto de vista etimológico la voz adulterio significa ascender al lecho ajeno. En este sentido dicho vocablo alude a relaciones

venéreas cumplidas en lecho conyugal extraño.

A través de los tiempos se ha considerado como uno de los elementos esenciales del adulterio, la unión carnal del hombre y la mujer y en las legislaciones actuales se ha mantenido el mismo criterio. Por ejemplo, código Penal de España, del año 1848, habla de mujer casada, que "yace con varón"; el argentino, de "acceso carnal", el Uruguayo de "conjunción carnal" etc.

Por lo tanto teniendo en cuenta el concepto tradicional de adulterio, como acceso carnal cumplido por la mujer casada, con varón diferente del marido, no sería procedente aplicar esta causal, ya que las relaciones sexuales implican necesariamente acople carnal, la entrega mutua de cuerpos y en este caso nada de eso se da. Ningún acto más asexual que este, donde solo se desea combatir la esterilidad.

Sin embargo existen autores que buscándole un sentido sociológico a la palabra adulterio, concluyen que es procedente sostener que en la inseminación artificial, si existe adulterio. Entre ellos RAMBAUR y la mayoría de los canonistas que asimilan este acto al adulterio. GARCIA BARBERENA llama "adulterio casto" a la inseminación sin consentimiento del esposo.

La ley canónica asimila la inseminación heteróloga al adulterio, reconoce sin embargo que el hecho de la heteroinseminación no constituye propiamente adulterio, ya que si la inseminación artificial no puede

dar lugar a la consumación dentro del matrimonio, tampoco constituirá formalmente adulterio cuando tenga lugar fuera de aquel.

Otra de las causales de divorcio a la que ha sido asimilada la inseminación artificial heteróloga es: b)."Los ultrajes, el trato cruel, y los maltratamientos de obra, sin con ello peligra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposible la paz o el sosiego doméstico. En el concepto de ultraje se debe incluir la injuria grave, la cual puede asumir forma verbal, escrita o de hecho, aunque sea sin intención o animus injuriandi".

Será la heteroinseminación una injuria grave?
No. Si se ha hecho con consentimiento del marido. En caso contrario, si, por cuanto el esposo puede sentirse gravemente ofendido y esta conducta afectaria gravemente la unidad familiar.

Otros autores entre ellos el Dr. Hernán Gómez Piedrahita, sugieren considerar la heteroinseminación como un abandono de los deberes de esposa y madre teniendo presente que entre estos deberes figura la fidelidad, y el hecho de obtener la procreación con semen de un tercero constituye un acto de deslealdad para con el otro cónyuge, que no ha sabido ni autorizado tal procedimiento.

Hubiera sido preferible que los redactores de la ley 1ª de 1976 consideraran como causal autónoma de divorcio a esta variedad de insemi-

nación artificial.

III.3.4. Impugnación de la paternidad legítima ejercida por los herederos del marido.

En principio, nuestra legislación solo otorga al marido y al hijo presumido legítimo, la facultad para iniciar la acción de impugnación de la paternidad legítima.

El artículo 217 del C.C. concede al marido un término de 60 días contados desde cuando tuvo conocimiento del parto; lo cual presume, la ley, fué conocido por el marido, desde el nacimiento del hijo si residía con su esposa; si el marido se hallase ausente, el término comenzará a contarse desde su regreso al hogar.

Sin embargo, si el marido no alcanza a impugnar la legítimidad del hijo, dentro de los términos establecidos en el artículo 217 del C.C., por sobrevenirle la muerte, la acción se concede a los herederos del marido e inclusive a cualquier personal a quien la pretendida legítimidad irrogare perjuicio actual; en tal caso y según el artículo 219, se dispondrá del término que falte para cumplir los 60 días concedidos al marido; si la muerte de este sobreviene cumplido el término de 60 días, nada habrá que alegar.

Tampoco prosperará la impugnación cuando el marido haya reconocido en forma expresa como suyo al hijo ya portestamento o por otro instrumen

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

to público.

En lo que se refiere a la inseminación artificial homóloga, en el supuesto del hijo concebido después de muerto el marido, ya se explicó en su oportunidad el procedimiento y las defensas que la madre o el hijo pueden oponer a la pretendida impugnación.

Con respecto a la inseminación heteróloga consentida por el esposo, los herederos no pueden desconocer la paternidad que la ley presume de aquel, debido a que tal como ya se expuso existen fuertes argumentos para que tal impugnación ejercida por el marido no prospere. Los herederos tendrían menos oportunidad de éxito siendo que la acción debe estar acorde a los términos en que podría ejercerla el marido, es decir que los supuestos procesales son comunes en ambos casos.

En la hipótesis de la inseminación heteróloga no consentida por el marido, los herederos podrán iniciar la acción con los mismos presupuestos que el marido muerto hubiera podido proponer, ajustándose a los términos de los artículos 219 y 220 del C.C.

III.3.5. Paternidad Reclamada por el donante del semen.

Aunque sería un caso de difícil ocurrencia, podría suceder, que el dador del semen conociendo a la destinataria pretenda reconocer al hijo como suyo y es más, reclamarlo como suyo judicialmente.

ZANNONI[8], intenta resolver el problema así;

"Fuera de todo ámbito legislativo, creemos que debe negarse tal pre - tensión con semejante fundamento. Quien consintió en donar o entregar su semen para su utilización por el matrimonio infértil, si bien puede alegar que el hijo es genéticamente suyo (en lo que a la paterni - dad se refiere) deberá, en cambio, aceptar que el hijo no es institucional, ni voluntriamente suyo. Aquí también le está vedada toda reclamación en función de la prohibición de ir contra sus propios actos. Al desprenderse de su esperma fecundante abdicó voluntariamente de su paternidad jurídica".

El "donante" al desprenderse de su esperma, como la persona que dona su sangre ignora a quien o a quienes favorecerá, por lo tanto ha abdicado a su paternidad jurídica, aunque el hijo biológicamente es suyo, y con tal fundamento podría alegar al respecto, pero como lo plan tea Zannoni se encontraría en una contradicción con sus propios actos.

Es más, institucionalmente no podría proceder porque de acuerdo con - nuestro estatuto civil, "mientras viva el marido, nadie podrá recla - mar contra la legítimidad del hijo concebido durante el matrimonio, -

---

[8]ZANNONI EDUARDO. Inseminación artificial y fecundación extrauterina, Astrea 1978.

sino el marido mismo". (art. 216 C.C.). Es decir, solo el marido puede impugnar la paternidad, aunque este sepa que el hijo no es biológicamente suyo, si guarda silencio, el hijo adquiere definitivamente el estado de hijo legítimo, aunque el "donante" sepa y pueda explicar la realidad. Es la solución lógica, porque además de proteger el orden y la seguridad familiar, el marido que ha autorizado que su mujer sea inseminada y asume la paternidad demuestra querer a ese hijo, mientras que quien no tuvo reparos en separarse voluntariamente de su potencia fecundante no puede luego pretender que la ley anteponga sus intereses a la armonía y estabilidad de las instituciones familiares.

Distinto sería el caso si el marido desconociese la paternidad y el hijo concebido mediante heteroinseminación se encontrara sin paternidad conocida. Queda pues, en situación de ser reconocido por quien dice ser su padre, claro está, la filiación en este caso responderá a las reglas de la filiación extramatrimonial.

III.4. LA INSEMINACION ARTIFICIAL FUERA DEL MATRIMONIO

Además de la familia legítima, cuya fuente única es el matrimonio, existe la familia natural que surge de la unión, sin vínculo matrimonial, entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos.

Los hijos que en base a esta unión se procren son considerados extramatrimoniales.

En el supuesto de la inseminación homóloga entre concubinos los hijos así concebidos serán extramatrimoniales. Las consideraciones hechas - para los concebidos en unión matrimonial son aceptados para el concubinato con la salvedad de que ya no opera directamente la presunción de paternidad y debemos atenernos a lo que establecen la ley 45 de - 1936, artículo 4º, nueva redacción de la ley 75 de 1968 que dice que solo en seis casos se presume la paternidad natural y por lo tanto hay lugar a declararla judicialmente. a). Caso del rapto o de la violación sobre la mujer que luego fué madre. b). Cuando ha habido seducción c). Confesión de paternidad en carta u otro escrito. d). Relaciones sexuales notorias entre la madre y el presunto padre en la época en - que se presume la concepción. e). Por el trato personal dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto. f). Por la posesión notoria del estado de hijo. Además, puede operar el reconocimiento voluntario del presunto padre.

Mediante la inseminación artificial resultaria más fácil establecer - la paternidad por cuanto lo que antes era una presunción por tratarse de hechos ocultos a los ojos de los demás, hoy se realiza mediante un procedimiento científico del que pueden dar testimonio las personas - que intervinieron en el como por ejemplo los médicos, las enfermeras, laboratoristas, etc.

En el caso de la inseminación heteróloga consentida, el consentimiento prestado por el concubino a su compañera para someterse a tal proceso lo obliga y compromete como en el supuesto tratado anteriormente

para parejas casadas. El hijo así concebido se reputará hijo extramatrimonial del concubino que autorizó a su compañera a recurrir a la heteroinseminación.

Tal como se consideró para el matrimonio, la heteroinseminación no consentida por el marido, en este caso el concubino, no conlleva ninguna responsabilidad para el, pues la mujer ha obrado por su cuenta y le corresponde asumir las consecuencias de su acto.

En la hipótesis que una mujer pretendiera que su concubino reconociera al hijo extramatrimonial suyo, concebido contra o sin su consentimiento por heteroinseminación y lo demandara para tal reconocimiento, puede él, excepcionar basándose en las facultades que le confiere la ley 45 de 1935 y la ley 75 de 1968,así: a). Demostrando la imposibilidad física que tuvo para engendrar durante el tiempo de la concepción. b). Probando que la madre tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres. c). Puede demostrar en general, que no es verdaderamente el padre, utilizando para ello todas las pruebas posibles con la única condición de que se establezca concerteza la no paternidad. El concubino puede demostrar la heteroinseminación y su falta de consentimiento, al mismo procedimiento.

Con respecto a la inseminación artificial en mujer soltera por fuera de una organización familiar los tratadistas hacen reparos de orden moral, por cuanto consideran afecta la institución de la familia como célula primaria de organización social. Otros hablan de las graves

consecuencias sicológicas que traería al hijo enterarse de cual fué - su concepción.

Zannoni se expresa así al respecto:

"En tal sentido concordamos en que la procreación no es una pura función biológica que puede ser objeto de consideración independiente, - de la función institucional que aquella cumple socialmente".

Ahora, la mujer podría oponer a estas consideraciones el derecho que tiene a tener descendencia y la gran cantidad de niños que nacen y se crian fuera de una comunidad familiar ocasionado esto, por la gran - cantidad de separaciones y por el incremento de madres solteras.

IV. CONSIDERACIONES JURIDICAS RESPECTO A LA FECUNDACION EXTRAUTERINA

La perspectiva de la concepción fuera del seno materno, nos enfrenta a una serie de interrogantes en el campo del derecho.

La posibilidad de extraer quirúrgicamente del ovario uno o más óvulos femeninos y ensayar su fecundación in vitro implica alterar al menos jurídicamente los presupuestos de la concepción y consecuentemente la protección del que está por nacer.

IV.1. LA PERSONALIDAD

La existencia biológica del ser humano comienza con la concepción, esto es, mediante la fecundación del óvulo por un espermatozoides; pero la personalidad, solo se otorga a los seres humanos que nazcan vivos (C.C. artículo 90).

Para el código civil, el nacimiento se verifica, cuando el ser humano se ha separado completamente de la madre. El ser humano debe haber vivido, una vez realizada la separación completa del vientre materno, - un momento siquiera (art. 90 C.C. párrafo 2).

Por último se exige que el nacido con vida sea un ser humano. No ha - de ser, según la frase romana, "un mostrum ni un prodigium".

Según estos planteamientos la fecundación artificial o in vitro, no - introduce cambios a la noción del comienzo de la personalidad en nues tra legislación, lo que si ocurre en otras legislaciones. Por ejemplo en el derecho Argentino la personalidad jurídica humana comienza desde la concepción; a este respecto el código civil de Argentina siguió la doctrina enseñada por los Freitas, apartandose de la doctrina Romana. En efecto, el artículo 70 del C.C. Argentino dice:"desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas".

La fecundación extrauterina provoca la concepción fuera del medio físico natural y facilita el encuentro de las células germinales a través de procesos físicos y químicos adecuados. Sin embargo, ahí in vitro, en la probeta, existe a partir de ese momento el embrión humano, el ser en potencia. Está allí la persona?

No obstante, el principio que rige el comienzo de la existencia de las personas, se ha dicho que hasta que el embrión no sea implantado en el seno materno esto es en el útero, no existe jurídicamente la persona. Por lo tanto en los casos de fecundación extrauterina el comienzo jurídico de la personalidad no coincide con la concepción que lo es, - fuera del seno materno, sino con la implantación del embrión.

Eduardo A. Zannoni, considera que el artículo 70 del C.C. Argentino -

no puede ser en este punto interpretado literalmente, teniendo en cuenta, que a mediados del siglo pasado, aludir a la concepción humana dentro del seno materno era normativamente una redundancia; pero no lo es hoy. Se impone entonces una interpretación funcional acorde con la evolución de los conocimientos de la biología y las posibilidades que la genética humana nos brinda.

IV.2. EL ABORTO

La fecundación in vitro supone la concepción fuera del seno materno, pero aún así se acepta que en ese momento queda fijada la individualidad genética del nuevo ser y por ende puede reputarse perfecta esa concepción.

Para lograr la implantación del óvulo fecundado in vitro en el útero de la mujer, se impone la necesidad de experimentar con varios óvulos, y luego de ser todos fecundados se escogería uno; el que ofrezca mayor vitalidad o viabilidad. Acaso estos embriones no constituyen vida humana?

Aunque el ser apenas concebido no se reputa persona aún, sin embargo, el derecho protege la vida del concebido (art. 91 del C.C.) y es así como se han dictado una serie de normas para tal efecto, siendo una de ellas la tipificación del aborto como conducta delictiva, consagrado en el artículo 343 de nuestro código penal; "La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno

de uno a tres años".

Los católicos y los cristianos que creen que la vida comienza en la - concepción, están también ante el problema de la manipulación de los óvulos fertilizados.

En nuestro estatuto penal no se erige en conducta delictiva los hechos antes descritos, y aplicando el principio "nullum crimen nulla pena - sine lege" nos damos cuenta como escapan aquellos a la actividad jurisdiccional del Estado.

A pesar de que la sociedad moderna propugna por la abolición del aborto como figura delictiva, las razones en que se fundamenta son de - tipo socio-económico que no vienen al caso reseñar; lo que se trata - ahora es de poner un límite a la experimentación, el juego con la vida humana.

Tal vez previniendo los conflictos que surgieran con la práctica de la fecundación extrauterina, la O.M.S. a instancias de la O.N.U. publicó recientemente un estudio sobre problemas de esta índole, y creó una - comisión para la protección de sujetos humanos en la investigación biomédica.

Una serie de hechos relacionados con la investigación, junto con los - experimentos realizados con fetos humanos procedentes de abortos pro - vocados, han producido una reacción de la opinión mundial y puesto en

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

marcha mecanismos de defensa a través de organizaciones internacionacionales.

En 1968 la Asamblea General de la O.N.U. pidió que se investigaran las implicaciones del progreso científico sobre los derechos humanos. La O.M.S. fué encargada de este trabajo y publicó en 1978 un informe- sobre diversos supuestos en los que la acción médica puede entrar en conflicto con los derechos del hombre.
Los campos conflictivos según dicho informe son: Intervenciones para salvar la vida del recién nacido con enfermedades congénitas; utilización de los fetos humanos para investigación; castracción; manipulación genética aplicada al hombre (el caso de la fertilización de óvulos por ejemplo); Definición del momento de la muerte; trasplante de órganos; libertad individual y medidas obligatorias de protección de la salud.

IV.3. EUGENESIA

La palabra eugenesia etimológicamente significa bien nacido. Procede del griego eu, bien y génesis, engendramiento.

Se ha definido como el estudio de las posibilidades de mejorar la especie humana mediante procedimientos que influirán en las características hereditarias de las generaciones.

La experimentación en el campo de la Embriología ha demostrado, hasta

ahora suponemos que solo en animales, que es posible incidir en los carácteres genéticos contenidos en el óvulo y los espermatozoides o, en el embrión ya formado, mediante la agregación "de las características genéticas de terceros". Sería algo así como el logro de un em - brión genéticamente superior o de características genéticas predeterminadas.

Aunque el avance científico se encuentra en el terreno de la hipótesis alguna de éstas han sido confirmadas con la experimentación en embriones animales.

No obstante, el derecho no puede permanecer indiferente a l aspecto ético que encierra esta cuestión,debe llamar la atención. La creación de la vida humana tiene repercusiones que exceden del campo puramente biológico.

Es así como debe recharse todo procedimiento selectivo que no conduzca al estricto propósito de posibilitar la procreación cuando existen impedimentos funcionales, y en condiciones biológicas que predeterminen los caracteres biológicos propios.

IV.4. MATERNIDAD

En principio, la maternidad se determina por el parto de la mujer que dió a luz al nacido, es decir, que debe presumirse que la madre es la mujer que pare el niño, tal como sucede en la inseminación heteróloga

acerca de la paternidad legítima. Si el nacimiento acaece dentro del matrimonio, es decir, en los términos que hacen presumir que la con - cepción tuvo lugar dentro del matrimonio, el hijo se reputará legítimo, el marido se presumirá padre del mismo.

El artículo 335 del C.C. establece que "La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, - podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero".

Se le otorga el derecho a impugnarla a:

a. El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legítimidad del hijo;
b. Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos los derechos de familia en la suya.
c. La verdadera madre para exigir alimentos al hijo.
d. Toda persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o ab-intestato de los supuestos padre y madre. (Arts. 335 y 337 del C.C.).
e. Por el hijo para reclamar su verdadero estado civil. (Art. 406 del C.C.).

La fecundación extrauterina mediante óvulo que no es el de la esposa y la posterior implantación del embrión en el útero de ésta, desde el

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

punto de vista biológico podría dar cabida al supuesto que una mujer pueda parir un hijo que no es suyo.

Si la fecundación con óvulo de una "donante" ocurrió contando la mujer con la aprobación de su marido, si es dicho marido el que ejerce la acción aplicamos el principio que se hizo valer para impedir el desconocimiento de la paternidad del hijo concebido por la mujer con esperma de un tercero.

Si la fecundación se hubiere obtenido con un óvulo ajeno sin o contra el consentimiento del marido se aplica el principio aceptado para el caso de heteroinseminación practicada a la mujer, sin consentimiento del esposo o concubino.

En la hipótesis que sea la "donante" la que impugne la maternidad legítima, al igual que el donante de esperma fértil utilizado en la inseminación, carece de acción para reclamar la maternidad, si el hijo no ha sido desconocido por quienes están habilitados con interes legítimo. Aceptar tal pretensión significaría vulnerar la prohibición de ir en contra de los propios actos.

IV.5. BANCOS DE SEMEN

Con el descubrimiento de que el gas carbónico sólido de glicerol al 5 y 10 % , permite la supervivencia de las células germinales y la conservación de las mismas durante bastante tiempo, se llegó a la

creación de bancos de semen congelados.

En estos lugares, el semen de cada donante es fichado y calificado de acuerdo con sus parámetros de raza, grupo sanguíneo y factor RH, altura, peso, color de ojos y cabellos.

Para ser "dador" de un banco de Semen deben llenarse ciertos requisitos: perfecto estado de salud; edad no superior a 40 años, casado, donación del semen aprobado por su esposa, hijos normales, y de un coeficiente de inteligencia normal.

Se aguarda absoluta reserva con respecto a la identificación de los - "donantes" de estas instituciones y por lo tanto ni el médico que realiza el procedimiento de la inseminación, ni los que serán los futu - ros padres sabrán quien es realmente el padre.

Los donantes de semen son remunerados económicamente. En el año de - 1975 el banco del Dr. Netter de Francia pagaba 25 dólares a sus favorecedores. Es este uno de los aspectos que crea mayores reparos éticos al sistema. Se pregunta si los donantes sistemáticos no practican una forma de prostitución.

Es responsable el Banco de Semen frente a los receptores por cualquier anomalía biogenética que llegare a presentar el fruto de una inseminación, pues, daría lugar a pensar que no se hicieron los respectivos - análisis heredero-biológicos tanto en el semen del donante como al do

nante mismo, y a los de la pareja receptora; los análisis siquiatri - cos y sicológicos de la pareja que busca la inseminación y los del - donante.

IV.6. ALQUILER DEL UTERO

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

Esta práctica denominada arrendamiento o alquiler de útero consiste en contratar a una mujer (madre prestada) para que mediante la Inseminación Artificial o la Fecundación Extrauterina, conciba y de a luz un hijo que inmediatamente debe entregar a los "padres" de la criatura.

Indudablemente esta situación plantea algunos interrogantes de tipo - moral. El hijo demostrado el hecho de que no es de la esposa, resul - taría natural, por cuanto no estaría amparado por la presunción de - legítimidad que tiene, cuando es la esposa la que concibe y da a luz.

Hasta ahora toda la doctrina se ha manifestado en contra de los lla-

mados "Contratos Eutelegenésis" (la posibilidad de contratar úteros) por considerarlos pactos de contenido inmoral y contrario a las bue - nas costumbres.

El abogado norteamericano Noel Keane[9], autor del libro Surrgate Mo - thers (Las madres prestadas) considerado uno de los forjadores de es- te concepto, estima que los contratos entre madres prestadas y la pa- reja no son ejecutables si no existe buena fe por parte de todas las personas. Plantea el mismo abogado que en el estado en que están las leyes si la madre prestada, después de haber aceptado el dinero y ha- ber salido embarazada, decide retener la criatura, no solo tiene que devolver los honorarios, sino que tiene el derecho legal de exigir - del padre, el pago de mantenimientos hasta que el hijo arrive la ma - yoría de edad.

Autores como DE VECIANA[10], dice que "si la eutelegenesia en si, extra- matrimonial, debe ser considerada como una práctica inmoral y antiso- cial, es lógico, pues, que la posición del derecho en este punto no - pueda ser otra que la de no reconocer valor, ni eficacia alguna, a los

---

[9] KEANE NOEL. Abogado Norteamericano, autor de Surrgate Mothers (las - madres prestadas)

---

[10] DE VENENCIANA RAMON MARIA. "La eutelegenesis ante el derecho canóni- co "Editorial BOsch, Barcelona". Pág. 105.

actos y contratos que en relación con estas prácticas se llevan a cabo O sea bajo nulidad de pleno derecho o nulidad propiamente dicha".

MANUEL BATLE[11], CASTAN[12] y PEREZ SERRANO[13], sostienen la inmoralidad del acto, y manifiestan que no puede tener amparo legal alguno ni - quienes la solicita, ni el médico que práctica tal procedimiento.

La proposición de negar toda reclamación derivada de un pacto seme - jante abarca todas las dimensiones legales del proceso: el contrato, el pago, la intervención de servicios sociales,etc.

Sin embargo, a pesar del rechazo que en la actualidad pueda suscitar este tipo de acuerdos, no debemos olvidar que el derecho no pueda dar la espalda a los avances científicos y menos a las técnicas que utili cen las diferentes ciencias que debe reglamentar el Derecho.

---

[11] La Eutelegenesia y el derecho Revista general de la Legislación y - jurisprudencia Nº 6.

---

[12] "Los problemas civiles de la llamada Inseminatio Artificialis en los seres humanos" en libro a la memoria de Juan Moneva y Puyol, Zaragoza 1954 - 1956.

---

[13] En revista del foro canario. Ver de Venenciana, obra citada.

V. LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y EL DERECHO CANONICO

La práctica de la inseminación artificial en seres humanos tiene importantes repercusiones en el ámbito del derecho matrimonial canónico.

En el año 1897 la iglesia Católica resolvió una duda presentada a los Inquisidores Generales de Congregación General de S.R. y U.J. y en presencia de los Eminentisimos Cardenales, referente a la procedencia de la fecundación artificial de la mujer.

En esta ocasión las autoridades eclesiásticas no analizaron a fondo el problema, se limitaron a decir simplemente que NO ERA LICITA la práctica de la inseminación artificial, sin aducir razones para fundamentar su respuesta. La iglesia demostró oposición absoluta, sin distinción alguna al respecto, condenando así todo tipo de inseminaciones.

En 1949, siendo 29 de Septiembre el Papa Pío XII se dirigió a los participantes del IV Congreso Internacional de Médicos católicos de la siguiente manera:

"He aquí que se pone en primer plano una cuestión que reclame con no menos urgencia que las otras, la luz de la doctrina moral católica: - la fecundación artificial.

No podemos dejar pasar la ocasión presente, sin indicar brevemente,a grandes rasgos, el juicio moral que se impone en esta materia:

a. La práctica de la fecundación artificial, cuando se trata de hom - bre, no puede ser considerada ni exclusivamente, ni aún principalmen te, desde el punto de vista biológico y médico, dejando de lado la - consideraicón moral y jurídica.

b. La fecundación artificial fuera del matrimonio hay que condenarla- pura y simplemente como inmoral. Tal es, en efecto la ley natural y - la ley divina positiva, que la procreación de una nueva vida no pue - de ser fruto más que del matrimonio. Solo el matrimonio salvaguarda - la dignidad de los esposos (principalmente de la mujer en el caso - presente), su bien personal. En si solo él provee al bien y a la edu cación del hijo. En consecuencia, sobre la fecundación y su condena - fuera del matrimonio no es posible divergencia alguna entre los ca - tólicos. El hijo concebido en esas condiciones sería, por este hecho ilegítimo.

c. La fecundación artificial en el matrimonio, pero producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral y como tal hay - que reprobarla sin apelación. Solo los esposos tienen derecho recí - proco sobre sus cuerpos para engendrar una vida nueva, derecho exclu- sivo, intrasferible, inalienable. Y esto debe ser así en considera -

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

ción al hijo. A quien quiera que dé vida a un pequeño ser la naturaleza le impone, en virtud de este mismo lazo, la carga de su conservación y educación.

Pero entre el esposo legítimo y el niño, fruto del elemento activo de un tercero (aunque el marido consintiese) no existe ningún lazo de origen, ningún lazo moral y jurídico de procreación conyugal.

d. En cuanto a la licitud de la fecundación artificial dentro del matrimonio, nos basta, por el instante, recordar los principios del derecho natural; el simple hecho de que el resultado que se desea se obtenga por esta vía, no justifica el empleo del medio mismo, el deseo en sí, de los esposos de tener un hijo es muy lógico, pero no basta para probar la legítimidad del recurso de la fecundación artificial. Sería falso pensar que la posibilidad de recurrir a este medio pudiera tornar válido el matrimonio entre personas ineptas para contraerlo a causa del impedimento de impotencia.

Por otra parte, es superfluo observar que el elemento activo no puede jamás procurarse licitamente mediante actos contra natura. Aunque no se puede apriori, excluir los nuevos métodos, por el solo motivo de su novedad, sin embargo, en lo que respecta a la fecundación artificial, no solamente hay que ser extremadamente reservado, sino que es absolutamente necesario descartarlo. Al hablar así no se proscribe necesariamente el empleo de ciertos medios artificiales destinados únicamente a facilitar el acto natural, sea a hacer conseguir su final acto natural normalmente realizado.

Que no se olvide: solo la procreación de una nueva vida según la voluntad y el plan creador conlleva a un grado sorprendente de perfección la realización de los objetivos perseguidos. Está conforme a la vez, con la naturaleza corporal y espiritual y con la dignidad de los esposos, con el desarrollo normal y dichoso del hijo.

El mismo Pío XII, reitero sus puntos de vista en sus alocuciones ante el Congreso de la Unión Católica italiana de Comadronas, en Castelgandolfo, el día 29 de Octubre de 1951 y ante el II Congreso Mundial de la Fertilidad, el día 19 de Mayo de 1956, donde además agrego:
"Respecto de las tentativas de la fecundación artificial humana "in vitro", nos basta observar que es necesario rechazarlas como inmorales y como absolutamente ilícita".

El cardenal Bernar W. Griffin, Arzobispo de Westminster en mensaje dirigido a los médicos católicos de Inglaterra el 9 de Abril de 1945 dijo que:
"Tal práctica ofende la dignidad del hombre, atenta a la ley de la naturaleza, y es injusta con la descendencia producida. El donador de semen es reducido al status de un caballo padre; además el método utilizado para obtener el semen (la polución) es gravemente inmoral hasta en el caso de que sea obtenido del marido. El acto de la mujer por el que recibe el semen de uno que no es su marido tiene la malicia de adulterio".

Algunos teólogos aceptan que no es ilícita la fecundación cuando úni-

camente se trata de completar el acto generador. Son de este parecer P.P. PAYEN y VERMEERSCH.

Por su parte el Dr. Duvergey dice que este sistema no tiene mucha aceptación dentro del cuerpo médico y que se debe obrar con mucha prudencia antes de ir a practicarlo.

La doctrina canónica rechaza la heteroinseminación con o sin el consentimiento del marido, por considerarla inmoral y asimila esta figura al Adulterio, sin olvidar por supuesto que para que exista adulterio en sentido estricto y riguroso, "es necesario que tenga lugar el acto carnal que puede calificarse de cópula perfecta, a tenor de los conceptos aludidos". No obstante, reconocer la doctrina que materialmente no puede haber adulterio en la inseminación artificial, "el derecho debe considerar como lesivos a la fidelidad matrimonial no solo los actos de suyo aptos para la generación de la prole secundum naturam (cópula) sino también los actos de suyo aptos para la generación de la prole contra naturam (inseminación artificial).

" El objeto de la fidelidad conyugal es la cópula apta para la generación. Si el derecho a efectos de separación perfecta amplia el concepto de cópula a otras relaciones carnales que siendo copulativas no son aptas para la generación, también es lógico que extienda la separación a otros actos que, siendo actos para la generación, no son copulativos".

" El criterio, pues que deberá dominar en el futuro para sustentar el

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

derecho a la separación perpetua, debe ser el de la violación de la fidelidad conyugal. Pero fidelidad final o aptitud para la generación se debe entender que la fidelidad queda violada por el desconocimiento de cualquiera de los 2 elementos esenciales de la fidelidad: bonum ex integra causa, malum ex quocunque defectu".

Sin embargo a pesar de tener la inseminación como figura similar al adulterio, la iglesia tiene sentado que cuando no ha habido cópula y sí inseminación, el matrimonio no se considera consumado. Al respecto Germán Gómez Piedrahita, opina que así como en el caso de la hetero inseminación se trata el problema como figura análoga al adulterio, debe darsele aquí el tratamiento de figura análoga a la cópula, cuando de inseminación homóloga se trata.

Veamos ahora más específicamente como puede repercutir la inseminación aritificial en el matrimonio canónico:

El matrimonio de conformidad con los teólogos es una institución de derecho natural elevada a la categoría de sacramento por Cristo Nuestro Señor (canon 1012).
El codex no lo define pero da sus conceptos y sus fines. Es asì como el canon 1013 dice que "La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio: la ayuda mutua y el remedio a la conscupcencia es su fin secundario".

El canon 1015 dispone que el matrimonio se divide en matrimonio Rato

y matrimonio Consumado. El matrimonio se llama Rato si todavía no se ha consumado, y es rato y consumado si entre los cónyuges ha tenido - lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial y por el que los cónyuges hacen una sola carne.

El matrimonio completo, o perfecto o indisoluble es el rato y consumado. La iglesia Católica fija como requisito indispensable para la indisolubilidad del matrimonio, que haya sido consumado. La consumación se realiza mediante la cópula perfecta.

La cópula perfecta es según el Cardena GASPARRI, "Cuando el varón penetra con su miembro viril erecto, en la vagina de la mujer, y allí emite verdadero semen viril, o sea elaborado en los testículos".

Se exige por lo tanto, no solamente la aptitud física de penetrar por parte del hombre, con su miembro en la vagina de la mujer, como la - emisión de verdadero semen producido en los testículos, con lo cual - los esposos se hacen una sola carne.

El canon 1068, establece como impedimento dirimente para contraer matrimonio, la impotencia si es antecedente y perpetua al matrimonio, la cual puede ser padecida por uno cualquiera de los cónyuges. La impo - tencia debe estar plenamente establecida pues si hay duda no se dirime el matrimonio. Tampoco la esterilidad ni dirime ni impide el matrimonio.

Teniendo en cuenta estos conceptos veamos ahora algunos casos hipoteticos y como los resolvería el derecho canónico.

Una pareja se casa pero por enfermedad del marido no han podido tener relaciones sexuales. La esposa se hace inseminar con semen del marido. Nace un niño.

Se podrá considerar ese matrimonio rato y consumado por el nacimiento del niño?

La iglesia responde en forma negativa, pués exige, la cópula perfecta. Una sentencia de la Rota Romana el 20 de Marzo de 1926. "El matrimonio, no se consuma con la generación sino con la cópula, la cual permanece siempre de la misma naturaleza, tanto si de la eyaculación del semen viril en el orificio de la vagina se sigue la generación, como si no, y la cual, por ende, así en otra hipótesis, es inepta por sí para la procreación de la prole, siempre que falte la introducción del pene en la vagina.

El niño de ese matrimonio será legítimo? De conformidad con el canon 1114 tiene la condición de legítimo.

Si la pareja que se somete a la inseminación no es casada y luego del nacimiento del hijo deciden casarse. Cuál es la condición de ese hijo? Pues de conformidad con el canon 1116 quedó legitimado por el posterior matrimonio de sus padres.

Siendo la impotencia en determinadas condiciones impedimento dirimente, si la esposa después de tener un hijo de su esposo por inseminación, decide demandarlo basada en el impedimento de impotencia. Podrá prosperar esta demanda? Aquí aplicaríamos el canon 1068 que establece la impotencia antecedente y perpetua al matrimonio como causal de nulidad.

Si la madre acuerda que todos los hijos serán por inseminación artificial ya que los dos o uno solo de ellos tiene repudio a la relación sexual. ¿Será válido este matrimonio? Según el canon 1086 no es válido por cuanto han excluido el derecho al acto conyugal, así uno de los fines primarios (procreación). Otro tanto ocurriría en aquella pareja que se casa para disimular un contrato de alquiler de útero.

En los casos de inseminación heteróloga, ya vimos que la iglesia la equipara aún con consentimiento del esposo, al adulterio. Y en el caso de la heteroinseminación sin consentimiento del esposo la considera causa de separación perpetua que puede hacer valer el cónyuge inocente.

VI. LEGISLACION COLOMBIANA

VI.1. DERECHO CIVIL

El Código Civil de 1873 no armoniza ni con el estado socio-económico, - ni con los avances científicos o técnicos de nuestro tiempo; tampoco es un reflejo fiel del espíritu de la nueva legislación civil vigente en la república. La legislación Civil posterior ha modificado profundamente los pensamientos capitales del código elaborado por Don An - drés Bello.

La estructura y orientación del libro I y IV han cambiado en forma - obstensible por la ley 28 / 32, la 45 / 36, 75 / 68, la 1ª / 76, la 20 / - 74, la 5ª / 75, la 22 / 82, el decreto 1260 / 70, el decreto 2820 / 74.

Por otra parte la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justi - cia mediante construcciones jurisprudenciales, ha cambiado el sentido de muchas instituciones civiles, por una parte, y por otra, ha complementado el código con una serie interesante de nuevos principios ge - nerales y de doctrinas no consagradas en el código, de que son ejem - plos los principios del abuso del derecho, del enriquecimiento injus-

to, de la buena fé etc.

Gracias al método de la interpretación de la evolución histórica (lógico objetivo) ha sido posible adaptar el código Civil de 1873 a la época presente y es así como han venido los juristas solucionando por este medio los conflictos hasta ahora presentados en defecto de reformas sustanciales.

En el desarrollo de esta exposición se han planteado las posibles soluciones a los conflictos que podría suscitar la práctica de la inseminación artificial en nuestro país a la luz de nuestro ordenamiento jurídico actual.

No obstante se hace imperiosa la regulación de esta materia por el legislador, por cuanto ella estremece los principios que inspiran nuestro derecho de familia. Me refiero específicamente a las siguientes materia: De la existencia de las personas, de la filiación legítima, Presunción de Paternidad, hijo póstumo, Causales del divorcio.

VI.2. DERECHO PENAL

La mayoría de las legislaciones no han tipificado la inseminación artificial como delito. Y ello es explicable por cuanto es un asunto relativamente novedoso al cual muy pocos juristas han dado la importancia que tiene.

Se ha pretendido ubicar a la inseminación artificial dentro del concepto de VIOLACION cuando no ha sido consentida por la mujer, y al efecto, se sostuvo por SAVATIER[14], 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 íntima y más reservado, que solamente su libertad debe 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".

También se ha tratado de ver en la inseminación artificial un tipo de INJURIA, tesis sostenida por Martínez Val, De Martini y Chiarotti. - Otras veces como ADULTERIO, (pero en nuestro país no existe este delito). También se le ha relacionado con ESTUPRO, ABUSOS DESHONESTOS. Es necesario, sin embargo, que el hecho típico esté 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", conducta que consistiría en el trasplante del ovocito fecundado al útero de la mujer, tesis que otros rechazan por que es diferente inseminar que trasplantar.

---

[14] SAVATIER RENE. La inseminación artificial ante el derecho positivo-Francés, en la obra Fecundación artificial en seres humanos.

El nuevo Código Penal Colombiano(Dcto. 100 / 80) tuvo el acierto de tipificar algunas conductas antijurídicas relacionadas con la práctica de la inseminación artificial. Se consideró por primera vez en la comisión de 1979 tal como aparece en el acta Nº29 del proyecto de reforma.

En escrito presentado por el Dr. Giraldo Marín a la comisión redactora intitulado Eutelegenesia o inseminación artificial, analiza las conductas delictivas a la luz del Código Penal de 1936, rechazando su ubicación entre los delitos sexuales puesto que considera no se podría hablar aquí de violencia carnal.

El nuevo Código Penal quedó así:

Título X. Delitos contra la libertad Individual y otras garantías. Capítulo III. De los Delitos Contra la Autonomía Personal.

Artículo 280.- Inseminación Artificial no 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 tratara de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga o de soltera menor de 16 años.

En el Título XIII. Delitos Contra la vida y la integridad Personal. - Capítulo III. Del Aborto, se consagra un atenuante a esta conducta delictiva.

Artículo 345.- Circunstancias específicas: La mujer embarazada como - resultado de acceso carnal violento abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo causare incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por esta circunstancia.

También el Capítulo IV que se refiere al abandono de personas desvalidas, siguiendo el mismo criterio que inspiró la anterior disposición estableció en el Artículo 347.- Abandono del hijo Fruto de Acceso Carnal Violento, Abusivo o de Inseminación Artificial No Consentida. La madre que dentro de los 8 días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de seis meses - a 2 años.

VI.3. DERECHO LABORAL

En un periódico de San Francisco (EE.UU) se publicó la noticia de un hombre que había contratado los servicios de una mujer para que se dejara fecundar con su semen y por ello pagó la suma de 7.000 dolares - más 3.000 que corespondían a gastos médicos, clínica, etc.
Se realizó pues un contrato de Alquiler de Utero.

Cuál es la situación legal del médico que realiza una labor como esta?

LEBLOND, en su obra "Notas sobre la fecundación Artificial a propósito de un juicio en el tribunal de Burdeos" publicado en 1885 refieren el caso de un médico, el Dr. LAJARTRE que inseminó a una mujer con el consentimiento de su esposos ya que padecía de algunas deficiencias que le impedían quedar embarazada normalmente. Terminadas sus intervenciones profesionales el Dr. Lajartre cobró sus honorarios profesionales los cuales le fueron negados por la pareja. Presentada la correspondiente demanda fué desestimada por la Justicia Laboral en el célebre fallo citado, indicando que el acto era inmoral e ilícito y que por lo tanto no había lugar a pago de honorarios.

Autores como Batle, Castan y Pérez Serrano están por la tesis de la inmoralidad del contrato y por lo tanto de su ilícitud.

Sin embargo, está demostrado que la inseminación artificial, o la fecundación "in vitro" es un tratamiento de orden médico contra la esterilidad parcial o total de los esposos. Para ello se debe recurrir a los servicios especializados de un médico o grupo de ellos. Y si se realiza con el consentimiento de la mujer, se está efectuando una intervención médica completamente lícita. De allí que quienes contraten los servicios de un profesional deberá cancelar el correspondiente valor de los honorarios, y no podría alegar a su favor que la inseminación es inmoral, por tratarse de un tratamiento regurosamente científico. Además la Ley 23 de 1981 en su artículo 54 no la proscribe, sino por el contrario la permite siempre y cuando se cumplan los parámetros de la ética médica mundial. Lo contrario sería permitir que

quien solicita los servicios profesionales se apoyara en su propio dolo para eludir el pago, contrariando el principio jurídico que dice "Nemu auditur propiam turpitudinem allegans potest" (Nada puede alegar a su favor su propio dolo o malicia).

IV.4. REGLAMENTACION DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION EXTRAUTERINA

Es conveniente recordar que la inseminación artificial y la fecundación extrauterina son conceptos diferentes. En el primer caso se coloca el semen en el útero de la mujer que ha de ser inseminada. En el segundo caso se extrae el óvulo femenino se fecunda y luego es trasplantado al útero de la mujer que lo llevará en su vientre durante el período de gestación.

Un proyecto de reglamentación de la inseminación artificial y de la fecundación extrauterina debe tener según la doctrina, entre otros los siguientes aspectos:[15]

a.- Determinar un organismo competente para que supervigile estas prácticas.

b.- Establecer que los niños nacidos por heteroinseminación con el

[15] PIEDRAHITA GOMEZ HERNAN. Problemas jurídicos de la inseminación y la Fecundación extrauterina en seres humanos.

consentimiento expreso del esposo de la mujer inseminada son legítimos.

c.- Establecer que la heteroinseminación sin consentimiento del esposo, o la donación de esperma sin consentimiento de la esposa como causal independiente de divorcio para efectos civiles.

d.- Definir en forma clara y expresa el concepto de donante, esposo,- madre, médico y niño para efectos de la reglamentación jurídica a que haya lugar.

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

f.- Fijar las condiciones del esposo en la aceptación de la inseminación; (consentimiento escrito, motivos, conocimiento del proceso, responsabilidad que asume frente al menor y la madre, etc.).

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

h.- Establecer la responsabilidad del médico (establecer la culpa leve); obtención de los exámenes previos y los permisos de ley para proceder a la inseminación y determinar en qué casos no es responsable (calidad del esperma, éxito de la operación o salud del niño).

i.- Se debe igualmente reglamentar los bancos de esperma, estableciendo las condiciones técnicas en que se debe guardar, las anotaciones, las pruebas que se exijan a los interesados y la autorización del médico para su distribución.

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

En Colombia existen centros de fertilidad Humana en Bogotá, Medellín y Cali, donde se está practicando la fecundación "in vitro" homóloga. Por lo tanto es necesario reglamentar esta actividad, así como se reglamentó el trasplante de órganos, mediante la Ley 9 de 1979 y el Decreto reglamentario 2642 de 1980.

Los miembros del Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad CECOLFES realizó un proyecto sobre inseminación artificial humana, cuyas reglas son:

REGLAS

Artículo primero: Estas reglas se aplican solamente para la insemina-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

ción artificial de una mujer con el semen de un donante anónimo.

Artículo segundo: a). La inseminación artificial solo puede ser administrada cuando existen condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño.

b). Inseminación artificial será administrada únicamente bajo la responsabilidad del médico.

Artículo tercero: a). Ningún semen será utilizado para inseminación artificial sin el consentimiento de la persona donante.

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

c). Es responsabilidad del médico que efectua el procedimiento que este consentimiento sea dado en forma explícita y clara.

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

Artículo quinto: El médico o el establecimiento médico que reciba la

donación de semen, al igual que administren el acto propio de la in - seminación, debe guardar secreto de la identidad del donante, al igual forma de la mujer y si es casada la del marido, al igual el hecho de la inseminación. El médico no deberá administrar inseminación artificial si las condiciones hacen dudoso mantener este secreto.

Artículo sexto: El donante percibirá honorarios por las muestras su - ministradas las cuales se establecerán de común acuerdo entre las partes. Sin embargo, los miembros de Cecolfes consideran que en un futuro la donación de semen, cuando haya más concientización sobre el problema de la esterilidad masculina, no debe recibir ningún tipo de honorario.

Artículo séptimo: a). Cuando la IAD ha sido administrada con el con - sentimiento del marido, la criatura debe ser considerada como hijo legítimo de la mujer y el marido y nadie puede objetar la legítimidad en base solamente a la inseminación artificial.

b). No debe establecerse ninguna relación entre el donante y el niño concebido como resultante de la IAD. No deben permitirse procedimientos de mantenimiento o manutención futura contra el donante o por el donante contra el niño°

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

VI. OTRAS LEGISLACION

La práctica de la inseminación artificial se ha extendido mundialemente y es así como los tribunales de diferentes países han entrado a considerar los conflictos que tal práctica ha suscitado.

Recordemos el caso del caso del médico LAJARTRE, que inseminó a una mujer con el consentimiento del esposo y luego le fueron negados los honorarios. El Tribunal rehusó ver en el empleo de este método una causa lícita de obligación y por lo tano no admitió la demanda del Dr. Lajartre.

En el anteproyecto de reforma del Código Civil Francés se estableció en el artículo 490 que el matrimonio, no podría desconocer al hijo si se acreditaba que fué concebido por medio de inseminación artificial ya sea por obra del marido o de un tercero, con consentimiento del marido otorgado por escrito. Este artículo no recibió sanción legislativa en 1972.

La agencia FRANCE PRESS, en una noticia intitulada "La Moral Sexual", publicada en el diario caleño OCCIDENTE el 30 de Agosto de 1964, dice que el IX Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en la Ha-

ya con intervención de más de 400 juristas de 54 países, recomendó - que las legislaciones nacionales reconozcan la posibilidad de aborto legal y admitan la inseminación artificial en caso de consentirlo el- esposo.

En 1921, el mes de Enero el Tribunal Supremo de Ontario resolvió una demanda presentada por alimentos; El Señor y la señora ORFORD se casaron en 1913 en Canadá, pasaron su luna de miel en Inglaterra. Tres- meses más tarde el señor Orford regresó al Canadá, su esposa permaneció en Inglaterra. El matrimonio no se había consumado por defectos - físicos de la mujer y así quedó demostrado en el expediente. La esposa presentó una demanda por alimentos para su niño dado a luz por inseminación artificial, sin el consentimiento del esposo, puesto que - ella vivía en Inglaterra. Dijo el Tribunal que aunque la historia de la inseminación fuere cierta este hecho constituía, no obstante, verdadero adulterio. La parte demandante replico que para la existencia de adulterio era necesario relaciones íntimas entre hombre y mujer.El Tribunal conceptuó: el término adulterio no tiene una definición exac ta, ni universal, ni es el mismo concepto en todos los sistemas le - gales. El abogado demandante sostuvo que el acto esencial del adulterio consistía en la vileza moral del acto en que había relaciones íntimas como se entiende ordinariamente. El tribunal contesto: que con este argumento no estaba de acuerdo, y que en esencia el adulterio, - es considerado como violación de los derechos maritales del esposo o de la esposa. Cuando la incontinencia es cometida por la esposa es - más reprobable y más que un pecado constituye una ruindad dar a otro

lo que solo el esposo tiene derecho a recibir. El lazo matrimonial - tiene como fin la perpetuación de la especie. Que no se encuentre que una autoridad haya dicho que la inseminación artificial, directa o indirectamente es adulterio, no es sorprendente. Este es, dice el Tribunal, la primera vez en la historia que un tribunal conoce de tales - hechos y más adelante continua diciendo: Aceptando que el "cuento de la señora sea cierto" lo que ocurrió fué la introducción del semen de un hombre que no era su esposo, en su cuerpo. De ser necesario-afirma el fallador-diríamos que esto equivale a relaciones íntimas y es indiscutible, que ese acto realizado contra la voluntad de la mujer - constituye violación.

Y finaliza diciendo, que en caso de que la parte técnica corriera por cuenta de una mujer, quizá se le podría tener como cómplice.

En Inglaterra, en 1924 se presentó el caso RUSSEL, en el cual se declaró culpable de adulterio a una mujer, que se había hecho inseminar con semen de tercero, aún con consentimiento del esposo.

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

"La demandante concibió y dió a luz un niño sin que se efectuara penetración por hombre alguno..., el jurado llegó a la conclusión de que había sido fecundada ab-extra por varón desconocido; esta fecundación ab-extra es indiscutiblemente adulterio". Se decidió que el niño era ilegítimo y se ordenó la persecución del dador como responsable de -

complicidad en el delito de adulterio.

En Diciembre de 1955, la Real comisión para el matrimonio y el Divorcio de Gran Bretaña, recomendó, por acuerdo unánime de todos los miembros de la comisión la introducción de la inseminación artificial sin consentimiento del marido como nueva causal de divorcio.

En 1956, Carla Casaroti dió luz a una niña concebida por el procedimiento de la inseminación artificial. El presunto padre de Rita, que así se llamó la niña, impugnó su filiación negándose a reconocerla. Se discutió si rita era ilegítima y su madre era adúltera. El tribunal de primera instancia absolvió a la maestra al considerar que en el caso propuesto no se daban los elementos configurantes del delito de adulterio, entendido este, a falta de descripción legal, en el sentido común y corriente como el yacimiento de mujer con hombre casado y veceversa. La sentencia fué apelada y el tribunal de segunda instancia, el 16 de Febrero de 1959, reformó la sentencia y declaró a la mujer culpable de adulterio por haberse unido a un hombre distinto al marido y sobre esta sustentó su fallo. La Corte de Casación le aplicó la amnistía al declarar que el adulterio había sido abolido como delito en la legislación Italiana. Sobre el caso concreto nada se dijo.

En Escocia, en el año de 1958 corespondió a la High Court of Sessions decidir el caso MAC LENNAN vs. MAC LENNAN, en el cual se discutía si una mujer que se había hecho inseminar con permiso del esposo había cometido o no adulterio. El Tribunal declaró que no existía en ese ca

so adulterio y se mostró en desacuerdo con los puntos de vista de Lord Dunedin en el caso Russel, juzgado en Londres.

En la exposición de motivos del proyecto Alemán del Código Penal de 1960, se estableció que las maniobras de inseminación artificial con semen de hombre diferente al marido equivalen a adulterio, sin que influya para nada el consentimiento de los interesados.

El proyecto del Código Alemán, en el art. 203 del grupo de delitos contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas, prevee la transferencia artificial del semen así:

a. "El que ejecutare sobre una mujer una inseminación artificial, será castigado con prisión hasta de dos o con arresto penal".

b. "La mujer que permitiere sobre si misma una inseminación artificial, será castigada con prisión hasta de dos años o con arresto penal.

c. "Los párrafos 1º y 2º, no serán aplicables cuando un médico, con consentimiento de ambos cónyuges insemine con semen del marido a su mujer".

d. "Si el hecho del párrafo 1º fuere ejecutado o sin consentimiento de la mujer, la pena de prisión no será superior a seis años".

Eugenio Cuello Calón[16], al comentar el citado proyecto Alemán del - Código Penal de 1960, afirma que "por primera vez la inseminación artificial, en su aspecto más dañoso e inmoral, la denominada heterólo- ga, aparece prevista como hecho delictuoso. Agrega, que como la inseminación artificial trastorna las raíces de la vida, común humana, un moderno código Penal no puede descuidarla".

En Italia se han presentado dos proyectos en el parlamento, sobre - prohibición de la inseminación artificial. El primero fué presentado por Giussepe Gonella, en estos términos:

"La mujer que permite sobre si con semen total o parcialmente distinto al del marido, prácticas inseminadoras, será castigada con reclu - sión hasta de un año. Con la misma pena será castigado el marido que haya consentido, así como también el tercero dador del semen, y cualquiera que sobre mujer casada cumple actos idoneos de inseminación - artificial".

El otro proyecto fué puesto a consideración el 8 de Abril de 1959, entre otros, por Reccio Raffaello Russo Spena y por Fruncio,así:

---

[16]CUELLO CALON EUGENIO. "En torno a la inseminación artificial en el campo penal", Revista anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, - Mayo-Agosto 1961. Página 203. Madrid, España.

Artículo Uno. "La mujer casada que permite sobre si la inseminación artificial heteróloga, aunque haya existido consentimiento del marido, será castigada con reclusión de tres meses a tres años.

Artículo Dos. "La mujer soltera que permite sobre si la inseminación artificial, será castigada con reclusión de seis meses a tres años".

Artículo Tres. "El que realice prácticas inseminatorias sobre mujer, aún con consentimiento será castigado con reclusión de tres meses a tres años".

"La misma pena se aplica al marido que haya consentido la inseminación artificial heteróloga de su esposa".

Artículo Cuarto. "Los cónyuges que solicitan y permiten la inseminación artificial homóloga, serán castigados con reclusión de tres a seis meses".

Artículo Quinto. "El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio mediante inseminación heteróloga, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235 del Código civil".

Al discutirse el anterior proyecto en la comisión respectiva del parlamento se le dió informe favorable, pero se rechazó el Artículo 4, que prohibe la inseminación artificial homóloga.

Es la jurisprudencia de los Estados Unidos de Noteamérica la que ha - sido hasta ahora la más abundante en decisión de casos de Eutelegenesia. Algunos casos de los más conocidos son:

Caso HOCH vs. HOCH, en 1948, la Circuit Court of Cook Country Illinois dió el fallo. Se trataba de una mujer que se había sometido a la inseminación artificial heteróloga,sin consentimiento del esposo. El - tribunal aceptó las razones de este y le concedió el divorcio por - adulterio natural de la mujer. El juez de la causa en opinión oral, - sostuvo que la inseminación artificial con semen de tercero, no constituía adulterio si había consentimiento del marido.

Caso DOORNBOS vs. DOORNBOS, tuvo ocurrencia en Illinois, seis meses - después del anterior, le correspondió a la Superior Court of Country, Illinois. La mujer se sometió a heteroinseminación con expreso consentimiento del esposo. No obstante, el permiso que mediaba la Corte decidió que la mujer era adúltera y el hijo ilegítimo.

Caso STRNAD vs. STRNAD, en New York en 1948. Se trataba del caso de - un hombre que reclamaba el derecho de visitar a su hijo, nacido por - heteroinseminación con consentimiento suyo. El tribunal le concedió - el permiso solicitado y rechazó la oposición de la mujer, que decía - que su esposo no tenía derecho a visitarlo porque no era hijo suyo. - Expresó el tribunal que cuando se práctica esta inseminación el permiso del marido equivale a una semi-adopción y que por lo tanto el peticionario tenía los mismos derechos que el padre adoptivo. Que el ni -

ño en ese caso era legítimo y tiene un status similar al nacido fue - ra del matrimonio y legitimado posteriormente.

Caso GURSKY vs. GURSKY. 1963 Supreme Court of Kings Country of New - York. La mujer se había hecho inseminar con permiso de su esposo. No obstante, el juez Constantino no aceptó los principios de la senten - cia del caso Strnad y se guió por los principios comunes de niños na- cidos fuera del matrimonio, declarando por lo tanto ilegítimo con ba- se en la sentencia Doornbos, sin embargo, agregó el juez, que el per- miso del esposo equivalía a una semi-adopción y por lo tanto al mari- do le correspondía el mantenimiento y crianza del hijo.

Caso TURNER vs. HEAVRIN. Kentucky. Caso de adulterio. El juzgador - aceptó la tesis de la acusación. Se dijo en ese fallo que el derecho fundamental que nace de la relación matrimonial y que la sociedad de- be conservar inviolable, debe ser el de las relaciones íntimas de los esposos.

Caso PRUTTING: 4 de Enero de 1967. Un juez de New York, "ordenó que - se inicie un juicio privado en el caso del Dr. John M. Prutting de - 55 años de edad, y su esposa Kate de 36 años, para decidir si el he- cho denunciado constituye adulterio". La señora había tenido un niño sin el consentimiento del esposo y este la acusó de adulterio.

El primer estado que legalizó la inseminación artificial fué Oklahoma en Mayo de 1967. El Estado de Giorgia acepta también la inseminación-

artificial heteróloga de la esposa con consentimiento del marido,quedando el hijo así concebido legitimado.

En Brasil el nuevo código penal (decreto ley Nº 1004 del 21 de Octubre de 1969) tiene sobre el tema de la Eutelegenesia, el Art. 267, que corersponde al capítulo III, titulado "Delitos contra el estado de Filiación". A su vez este capítulo está ubicado en el título VII "Delitos contra la familia".

El artículo 267 establece que " permitir a una mujer casada su propia fecundación por un medio artificial con semen de otro hombre, sin que lo consienta el marido la pena es de detención, hasta por 2 años.

En 1961, en el III Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Argentina, al considerarse, entre otros el tema relativo a "Las pruebas de Filiación y las conclusiones de la Biología", se produjeron 2 dictámenes acerca de la Eutelegenesia así: Uno suscrito por Luis Moiset de Espanés y Pedro León Feit en los que proponían no darsele cabida en la legislación de su país a dicha técnica. El otro dictamen fué suscrito por Enrique Díaz de Guijarro, Julio J; López de Carril y Rubén A. Somonet decía: "Decía que la inseminación artificial constituye un procedimiento que se práctica para superar las deficiencias funcionales-inseminación homóloga o para suplir la esterilidad masculina-inseminación heteróloga; que las posiciones religiosas, filosóficas o morales con que se valore la inseminación artificial no obstan a su regulación legal, por cuanto la realidad humana debe ser recogi-

da normativamente para fijar los principios que la regirían, sin que esto implique fomentar determinadas prácticas, sino responder a los - fenómenos sociales que se producen".

Sin embargo, el debate se circunscribió a los aspectos morales y éticos de ambos conceptos. Se retiro el dictamen apoyado por López de - guijarro y otros, aprobándose consiguientemente una recomendación - que propició " No establecer ningún régimen especial que fije las consecuencias legales de la inseminación artificial".

CONCLUSIONES

Realmente sería pretender demasiado considerar totalmente abarcado un tema que como la inseminación artificial y la fecundación extrauterina ha despertado y seguirá despertando tanta polémica entre médicos - moralistas y juristas.

Son todavía muchos los tratadistas cuya opinión acerca de reglamentar un tema de tan hondas repercusiones, es el de no hacer nada y resolver los problemas que al respecto se presentan a la luz de las normas comunes vigentes o peor aún hay algunos que votan por proscribirla - definitivamente.

Pero aunque muchos de los reparos éticos y morales que se le hacen, a este modo de procreación humana son válidos, acogo el pensamiento de GEBLER cuando dice:

"El derecho debe aceptar los descubrimientos científicos cuya utilización no se muestre contraria a la naturaleza del hombre, de su dignidad. El derecho como la biología,parten de la observación de los - hechos.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Es solo en detrimento de los hombres como las ciencias se ignoran".

Me muestro de acuerdo por tanto, con la práctica de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en sus dos formas: la homóloga y la heterólogа, ya dentro del matrimonio, ya en el concubinato, o unión libre, siempre y cuando se tengan en cuenta los parámetros de la ética médica mundial y no se olviden los derechos de las personas implicadas en este procedimiento reproductivo, especialmente los del ser concebido.

Considero la inseminación artificial y la fecundación extrauterina son métodos rigurosamente científicos que no riñen con los fundamentos biológicos y éticos del matrimonio y en cambio han proporcionado y de seguro seguirán proporcionando la felicidad a muchas parejas, que de otra manera hubieran sido incapaces de concebir.

En cuanto a la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en mujer soltera opino debe haber más restricción, por cuanto el derecho a tener descendencia no puede estar por encima del derecho que tiene un niño de formarse en un hogar constituído por ambos padres. Lo mismo se aplicaría a la inseminación artificial homóloga practicada después de la muerte del marido.

Ahora la práctica de estos procedimientos debe rechazarse si los fines son eugenésicos o meramente experimentales, fines que el decir de ZANNONI "Rebajen y prostituyan el misterio de la concepción, divorcian

dolo del acto de amor y convirtiendolo en un experimento de laboratorio".

Es por esto, que nuestro legislador debe reglamentar sobre este tipo de actividades y considero algunos de los temas sobre lo que debe versar tal reglamentación son:

Consentimiento de la pareja, el cual debe ser expreso,claro y solemne, la situación jurídica del hijo concebido mediante este procedimiento,- establecer la inseminación artificial sin consentimiento del marido - como causal independiente de divorcio, responsabilidad de los Bancos- de semen, secreto profesional etc.

Con esto las personas directamente afectadas, (marido, mujer, donante, hijo, médico) y en general toda la sociedad se verá beneficiada.

BIBLIOGRAFIA

VALENCIA ZEA, Arturo. DERECHO CIVIL; parte General y personas. Tomo I, Bogotá,Editorial Temis, 1976.

VALENCIA ZEA, Arturo. DERECHO CIVIL; Derecho de familia. Tomo V, Bogotá, Editorial Temis, 1978.

GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. DERECHO DE FAMILIA; matrimonio, divorcio, separación, separación de cuerpos, inseminación artificial. Bogotá, Editorial de la revista "Derecho Colombiano Ltda.", 1978.

GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. PROBLEMAS JURIDICOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA FECUNDACION EXTRAUTERINA EN SERES HUMANOS. Bogotá - Ediciones Librería del profesional, 1984.

SUAREZ FRANCO, Roberto. DERECHO DE FAMILIA; Del régimen de las personas. Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1981.

ZANNONI, Eduardo A. INSEMINACION ARTIFICIAL Y FECUNDACION EXTRAUTERINA; proyecciones jurídicas. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978.

"LOS POLEMICOS HIJOS DE DONA PROBETA". MEDICO MODERNO. Bogotá (Colombia). Pág. 22 Septiembre 1978.

PROYECTO DE LEY SOBRE INSEMINACION ARTIFICIAL. MEDICO MODERNO. Bogotá (Colombia). Pág. 16 Agosto 1978.

"LA INSEMINACION ARTIFICIAL". EL MUNDO DE LA PAREJA. Fascículo 17, - Volumen 2. Editorial Planeta. Pág. 332.