

**LA LEY COLOMBIANA  
ANTE LA REPRODUCCIÓN  
ASISTIDA**

---

GLORIA PATRICIA NARANJO R.

**A**unque el tema que me ha correspondido tratar es muy polémico, mi única intención es la de exponer la regulación legal que existe en Colombia de manera que permita formar en ustedes una visión jurídica de lo que significa la reproducción humana asistida en un país como el nuestro.

Iniciaremos entonces, con la identificación del asunto tomando como punto de partida el estado actual de la legislación colombiana en lo que a dicha reproducción se refiere.

Posteriormente, intentaremos una aproximación a lo que es el tratamiento de la Reproducción Asistida en la ley penal, la ley de familia, en lo atinente a filiación, adopción y matrimonio; además de la legislación sucesoral y de la responsabilidad civil.

Finalmente, exploraremos algunas alternativas de solución al problema.

## IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO

Existe un gran divorcio entre la realidad biológica y genética y la legislación colombiana, el cual se ve reflejado en el poco interés del legislador frente a las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, que han empezado a tener un auge importante en los últimos años.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> El 15 de diciembre de 1990 la Comisión Primera de la Cámara de Representantes aprobó un proyecto de ley presentado por el honorable Representante Javier García Bejarano que pretendía regular la Reproducción humana asistida. Este proyecto no llegó a ser ley.

En 1995 la honorable Representante María Paulina Espinosa de López presentó un nuevo proyecto de ley que pretende regular la reproducción humana con asistencia científica. Este proyecto aún no es ley de la República.

Para agravar esta situación nuestros doctrinantes apenas sí las mencionan y aunque se han presentado conflictos frente a estas técnicas en Colombia (ej. las llamadas madres de alquiler, entre otras), éstos no han llegado a conocimiento de nuestros tribunales por diferentes circunstancias, razón por la cual ellos tampoco han podido elaborar principios que en un momento dado sirvan de guía al juez de turno.

En consecuencia, con lo anterior, la Constitución Nacional de 1991 en el numeral 4 del Artículo 42 reconoce tanto la procreación natural como la que se realiza «con asistencia científica», lo cual equivale, en principio, a la regulación general en materia de reproducción humana asistida, hasta el momento, porque aún no se ha reglamentado y las consecuencias que se derivan de esta forma de procreación necesitan ser reguladas legalmente, de tal forma que no se contraría dicha protección constitucional y en aras de llenar un vacío legal que afecta la vida del niño, la madre, y la misma esencia de la sociedad que es la familia.

## **LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA FRENTE A LA LEY PENAL COLOMBIANA**

El Derecho penal constituye la última ratio del sistema jurídico y ha de reservarse para sancionar las conductas socialmente más graves para las que resulten inoperantes las sanciones civiles o administrativas.

El Código Penal, al tratar la estructura de varios delitos se refiere a la Inseminación Artificial en los siguientes términos:

El Artículo 280 del C.P. dice: «El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.

La pena se aumentará hasta en la mitad si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga, o de soltera menor de dieciséis (16) años».

Este artículo deja por fuera otras técnicas de reproducción asistida que no sean consentidas al igual que no incluye el desconocimiento de las mismas, lo cual abre una brecha a la impunidad, pues en Derecho penal no se puede hacer extensiva la regulación existente a dichas situaciones por el principio constitucional y legal, según el cual «NO HAY DELITO SIN LEY PREVIA».

El Artículo en estudio hace parte del Título X del C. P. que trata de los «Delitos contra la libertad individual...» de tal manera que lo que se quiere proteger es la autonomía personal de la mujer para que sea ella, voluntariamente, quien elija esta técnica (Inseminación Artificial).

El Artículo 328 del C. P. habla de la muerte del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida: «La madre que durante el nacimiento, o dentro de los ocho días siguientes, matare a su hijo fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de 1 a 3 años».

El Artículo 345 del C. P. señala unas circunstancias específicas: «La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro (4) meses a un (1) año.

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

El Artículo 347 del C. P. se ocupa del abandono de hijos fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida: «La madre que dentro de los ocho (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 (6) meses a tres (3) años».

Estos artículos no prevén las demás técnicas de reproducción asistida que sean utilizadas en tales eventos. También ignora la ley penal el destino de los embriones «sobrantes» o «supernumerarios» cuya manipulación o destrucción podrían acarrear consecuencias penales dependiendo de las circunstancias en que esto se haga y de la manera como ello se lleve a cabo, entre otras.

El Artículo 27 de la ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) introduce un artículo nuevo en el código penal vigente con el número 148A del siguiente tenor:

Artículo 148 A.»Utilización indebida de información privilegiada. El servidor público o particular que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener provecho

para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años e interdicción de funciones por el mismo término de la pena principal».

Este artículo permite sancionar a aquellas personas que hagan mal uso de la información «secreta» que conocen por razón de su oficio. En lo que a reproducción asistida se refiere dicha información sería la identidad del donante de semen o de óvulos, así como la de la mujer receptora y si es casada la de su marido, al igual que el hecho de la utilización de cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida cuando en quien se utiliza quiere mantenerlo en reserva.

## **LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA FRENTE A LA LEY DE FAMILIA**

En el campo del Derecho de familia don Andrés Bello no previó en su Código Civil los problemas jurídicos que nos plantean los avances científicos en lo que a la reproducción asistida se refiere.

Nuestra legislación de familia parte de la concepción como producto del coito entre un hombre y una mujer. Pero la ciencia ha creado la posibilidad de una concepción sin coito.

El Derecho civil colombiano, en lo que a la filiación respecta, se fundamenta en un hecho biológico y la legitimidad o ilegitimidad de un niño depende del matrimonio de la madre. Esto por cuanto una vez probado el parto y la identidad -que son factores de la maternidad- en la madre casada, automáticamente se acredita la filiación legítima paterna del bebé, porque se presume que el padre es el marido de la madre, siempre y cuando éste no impugne la paternidad. Si lo hace y prospera su impugnación el niño tendrá la calidad de hijo extramatrimonial de la madre; igual calidad tendría si la madre fuera soltera.

### **FILIACIÓN LEGÍTIMA.**

El hijo nace dentro del matrimonio y genéticamente y biológicamente es de ambos. En el evento de haber utilizado la reproducción humana asistida; por ejemplo, inseminación artificial, FIVET, etc., si el marido impugna alegando la ausencia de relaciones sexuales durante la época en que puede presumirse la concepción, estaría ac-

tuando dentro de lo que consagra el Código civil. Sin embargo, tal concepto tiene que ampliarse en lo que a su contenido respecta ya que gracias a los avances de la ciencia no es necesario la cohabitación, pues el marido de la madre puede ser el padre del hijo si hubo inseminación artificial homóloga, es decir, con semen del marido. Aquí, tendría que legislarse en lo que a conocimiento y consentimiento del marido se refiere en la utilización de su semen para dicho procedimiento puesto que si él dio su aprobación para dicha inseminación no podría luego retractarse, ¿pero en caso contrario qué pasaría? Porque aunque el hijo es genéticamente suyo, él no dio su autorización.

El problema se agudiza cuando el semen no es del marido, sino de un donante. Aquí efectivamente el marido no es el padre del niño. A mi modo de ver, sólo debe proceder la impugnación de paternidad cuando la inseminación artificial se haga sin su conocimiento o sin su consentimiento. En caso contrario, no debe proceder dicha impugnación así el semen sea de un tercero.

En cuanto a la madre sustituta, si es casada, se presume que el padre del hijo es su marido siempre y cuando éste no impugne la paternidad. Si lo hace y prospera su impugnación, el bebé subrogado tendrá la calidad de hijo extramatrimonial de la madre subrogada; igual calidad tendría si ésta fuera soltera.

De lo anterior se colige que no es posible hablar de legitimidad del hijo subrogado con relación a la pareja recurrente porque no se da la maternidad de la mujer recurrente y, en consecuencia, tampoco se presume que su marido sea el padre del bebé, aunque puede reconocerlo como hijo extramatrimonial suyo si la madre sustituta es soltera o si, en el evento de ser casada, se ha aceptado la impugnación de la paternidad presentada por su marido.

Mediante la Resolución # 008430 de 1993 el Ministerio de Salud expidió normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud y estableció en el Artículo 30 que «... para la fertilización artificial, se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o compañero... previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento informado del cónyuge o compañero, sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o mani-

fiesta para proporcionarlo; porque el compañero no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido».

Con base en este artículo tenemos la posibilidad de reducir los problemas que se derivan de la aplicación de dichas técnicas en lo que a filiación respecta pues se está llenando un vacío legal que existía. De modo que dependiendo de las causas de ausencia del consentimiento podría el juez de turno definir si procede o no la impugnación de paternidad por ausencia de consentimiento del cónyuge o compañero.

### **FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

Si la mujer es soltera nuestra legislación sólo consagra la posibilidad de demandar si hubo relaciones sexuales, entre otras pruebas. Es necesario ampliar este concepto y decir que si el donante quiere que se utilice su material genético en esa mujer es porque está asumiendo su paternidad y puede ser declarado judicialmente como padre. En caso contrario, esta acción no debe prosperar. Igual solución debe darse cuando no procede tal reconocimiento y el hijo plantea la investigación de la paternidad frente al donador de semen.

Cuando el donante es desconocido no tiene ningún tipo de derechos ni obligaciones frente a los hijos que nazcan de tal donación.

Si la mujer es viuda y se insemina con el semen de su marido obtenido antes de su muerte, dentro de nuestra legislación tal hijo no se presume concebido dentro del matrimonio y, por tanto, el marido fallecido no se reputa padre de ese hijo así haya nacido dentro de los 300 días siguientes a su muerte<sup>2</sup>. Lo mismo sucede en caso de ser el semen de un donante aun habiendo aceptado esta situación el marido antes de fallecer.

Es necesario que se regule dicho evento para que se tenga en cuenta no sólo el aspecto genético, sino también la voluntad del marido antes de morir.

<sup>2</sup> En agosto de 1994, la sala de familia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la sentencia que reconocía la filiación de unos gemelos nacidos diez meses y quince días después de la muerte de su padre, empleando el semen que éste había dado para el tratamiento que su esposa adelantaba, lo cual se constituye en un importante precedente para la justicia en materia de filiación.

La maternidad también puede ser impugnada y es lo que técnicamente se conoce como «Maternidad disputada» y consiste en atacar la maternidad misma en los aspectos que la componen, demostrándose falso parto (porque no lo hubo, es decir, fue fingido), o suplantación del pretendido hijo al verdadero (o sea, sustitución de criatura).

En la maternidad sustituta es posible hablar de maternidad disputada en lo que a falso parto se refiere, ello por cuanto es viable atacar la maternidad de la mujer recurrente sea o no madre genética del bebé subrogado ya que no fue ella quien lo dio a luz y en Colombia prevalece el criterio biológico; así que la verdadera madre del bebé subrogado es la madre subrogada.

## ADOPCIÓN

En cuanto a la maternidad sustituta se acude a la analogía con las normas atinentes a la adopción con el fin de proteger al hijo subrogado.

El Artículo 88 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) define la adopción como «una medida de protección a través de la cual bajo suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filiari, entre personas que no la tienen por naturaleza».

Esta institución es la más cercana a la maternidad subrogada y se ha llegado a decir que ésta es una «adopción prenatal» realizada por los padres recurrentes, ya que el nasciturus puede no tener ninguna característica genética de la pareja recurrente si ésta no es dueña de los gametos porque los ha adquirido en bancos o cuando sólo uno de los gametos es de la pareja recurrente. Pero en Colombia no puede hablarse de «adopción prenatal» porque el Artículo 95 del Código del Menor prescribe que no tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer.

Tampoco es válido el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, que para el caso son los padres recurrentes, salvo cuando el adoptivo:

1. Fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
2. Fuere hijo del cónyuge del adoptante. Este último cuando uno de los padres recurrentes ha aportado su gameto.



La madre subrogada debe dar su consentimiento para que los padres recurrentes puedan adoptar al bebé subrogado siempre y cuando éstos se encuentren en una de las hipótesis mencionadas anteriormente. De lo contrario no será válido dicho consentimiento.

## **REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y MATRIMONIO**

En relación con el matrimonio hay que distinguir si se trata de matrimonio católico o civil.

### **MATRIMONIO CATÓLICO:**

A tenor del canon 1084, la impotencia coeundi (incapacidad para realizar el acto conyugal) hace nulo el matrimonio ya que se es inepto para contraer matrimonio a causa de este impedimento. Siendo esto así, si en el matrimonio se insemina a la mujer con el semen de su marido impotente el vínculo de todos modos sigue estando afectado de nulidad.

El matrimonio rato celebrado conforme al derecho canónico pero que no ha sido consumado, es decir, no ha habido cópula, se tiene como nulo, así la mujer haya sido inseminada con semen de su marido.

La validez del matrimonio católico está dada por el consentimiento de ambos cónyuges para engendrar hijos, mediante la relación sexual normal. Si éstos pactan, al contraer matrimonio, que sólo tendrán hijos por Inseminación Artificial o FIVET o cualquiera otra técnica que la ciencia ofrezca, dicho vínculo estaría viciado por simulación del consentimiento.

La situación para los cónyuges se agrava cuando se utiliza semen de un donante ya que la doctrina generalizada de los canonistas SOBRADILLO, MANS, y DE VECIANA, entre otros, equipara la inseminación heteróloga, aun con consentimiento del marido, a un verdadero adulterio y consideran que se presenta nítida la causal de separación perpetua de cuerpos. Igual posición se asume frente a la madre sustituta porque ella es fecundada con semen diferente al de su marido. También, si el donante es casado.

### **MATRIMONIO CIVIL:**

En el matrimonio civil, la impotencia coeundi no es causal de nulidad aunque puede considerarse como «error en las condiciones físicas»

del contrayente para configurar la causal de nulidad a que alude el numeral 1 del Artículo 140 del C.C. No puede afirmarse lo mismo en relación con la «impotencia generandi» pues con la Inseminación Artificial, o FIVET se cumple el fin generacional del matrimonio, según el Dr. Fabio Naranjo Ochoa.

La jurisprudencia universal ha tendido a mirar en estas prácticas sin consentimiento del marido y con semen de donante una configuración de «adulterio» sobre el presupuesto de que la ofensa no está en el significado moral del acto, sino en la conducta de la cónyuge, a aceptar voluntariamente los favores reproductivos de quien no es su marido. Constituyéndose así en una causal de divorcio. Sin embargo, el adulterio implica disposición física que de su cuerpo hace una persona casada en beneficio de otra diferente a su marido o mujer y además la voluntad de experimentar placer carnal con un tercero en detrimento de los derechos de su marido. Esto no se da con estas técnicas, por eso la causal de divorcio que se puede invocar no es el adulterio, sino el ultraje dentro del cual, según el Dr. Fabio Naranjo, se puede incluir la injuria grave, «... por cuanto la injuria, de palabra o de hecho, viola el deber de mutuo respeto y afecto. Entrarían en este campo: Actos de infidelidad que no impliquen relaciones sexuales, como la inseminación artificial heteróloga, pues es un acto que compromete el honor... Ésta puede ser moral, social, no necesariamente física». Esto si dicha inseminación se realizó sin el conocimiento o sin el consentimiento de su marido, en caso contrario no puede hablarse de adulterio, ni de injuria grave. Aquí el marido carece de legitimación para una acción de divorcio o de separación de cuerpos porque él sería el culpable y dicha acción es para el cónyuge no culpable.

## REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LEGISLACIÓN SUCESORAL

En Colombia los hijos suceden por testamento o abintestato (sin testamento) a sus padres ya que son sus descendientes biológica y jurídicamente hablando, aun cuando no lo sean genéticamente, siempre y cuando no se haya impugnado la paternidad o la maternidad.

En la maternidad subrogada el hijo sucede a la madre sustituta y a su marido, si es casada y si éste no impugnó su paternidad, salvo en el evento de haberse obtenido la adopción por parte de los padres recu-

rentes. En este caso hereda a estos últimos, pero la madre subrogada y su cónyuge, si es casada, pueden legarle bienes por testamento.

Si muere el hijo procreado con o sin asistencia científica lo suceden por causa de muerte sus ascendientes legítimos, legitimantes o adoptivos siempre y cuando no tenga descendientes.

En el caso de la madre sustituta, si el hijo al momento de morir no ha sido adoptado por los padres recurrentes, ella es quien le sucede porque, legalmente, es su madre y si es casada se presume que su marido es el padre, a menos que impugne la paternidad. Si no la impugna él también sucede al hijo subrogado.

Si ya ha sido adoptado por la pareja recurrente, éstos serán quienes le sucedan por causa de muerte. Sin embargo, de acuerdo con el Artículo 338 del C.C. decimos que esto no opera en el evento de descubrirse el fraude de falso parto o suplantación para suceder en los bienes al hijo subrogado por causa de muerte. Esto a modo de sanción por parte del legislador.

## **REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y RESPONSABILIDAD CIVIL**

Si bien las normas legales generales sobre responsabilidad no pueden detenerse en el tratamiento de asuntos tan específicos como el que nos interesa; ello no obsta para que el tema de la responsabilidad en la reproducción asistida sea objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial que articule las normas sobre estas técnicas de fertilidad y dichas normas generales tal y como lo señala el Dr. Luis Orlando Leal.

Por otra parte, la naturaleza del daño que puede producir esta actividad no va de acuerdo con el sentido de los perjuicios en materia contractual. Aquí no se trata de meras disminuciones patrimoniales que afectan la capacidad económica de las partes; es la vida y la integridad física y mental de los pacientes y de una futura criatura lo que está en juego. Por razones morales y de orden público estas cuestiones no pueden estar sometidas al libre arbitrio de las personas para producir una regulación despótica. Por lo demás, estos daños pueden y deben dar origen a las responsabilidades del caso.

Los médicos tienen la obligación de informar al paciente sobre el estado cierto de las investigaciones y procedimientos, así como acerca

de los riesgos que implica asumirlos. Cualquier omisión en el cumplimiento de este deber les genera responsabilidad en caso de daño a la víctima, responsabilidad esta que obviamente puede ser morigerada cuando quiera que la víctima, por su parte, hubiere incurrido en culpa por haberse sometido al tratamiento sin informarse siquiera sumariamente de las posibles eventualidades que pudieren presentarse con ocasión del mismo; por otra parte, en los casos en que los médicos hubieren informado a fondo a la paciente acerca de los riesgos, y a pesar de ello ésta aceptara someterse a dicha práctica, no cabría para éstos responsabilidad diferente de la proveniente de impericia, negligencia, o imprudencia en la utilización del procedimiento aludido.

El Artículo 44 de la Resolución 008430 de 1993 dice: «La investigación sobre fertilización artificial sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja».

De este artículo deducimos que mediante la procreación asistida se pretende ayudar a las parejas o personas infértiles para que puedan llegar a ser padres. Pero esto no significa que el médico se obligue a que el embarazo llegue a un feliz término porque éste es un proceso que no depende de la voluntad del hombre y la obligación del médico es de medio, es decir, se compromete a utilizar todos los conocimientos y técnicas científicas existentes para obtener dicho resultado, culturales siempre y cuando se respeten las condiciones morales, culturales y sociales de la pareja, pero no se compromete a obtener el resultado mismo.

## CONCLUSIONES

El derecho tiene que ajustarse a la realidad social con el fin de regular adecuadamente la conducta humana.

Si bien no existe una legislación especial en materia de Reproducción Humana Asistida, lo cual lleva a un vacío legal ello no significa que haya ausencia total de regulación legal, pues la que rige en Colombia puede aplicarse por analogía y en lo que no le sea incompatible, a las diferentes circunstancias que la ciencia nos plantea, con excepción de la ley penal por las razones anotadas inicialmente.

Es necesario establecer un equilibrio entre la libertad de investigación y el respeto a la dignidad humana inherente a toda vida, así como con los otros aspectos de protección del hombre sólo puede limitarse con base en principios jurídicos, éticos, culturales y sociales protectores de los derechos humanos y de la libertad del hombre, ser individual y social tal y como lo señaló la recomendación 1.100 del Consejo de Europa, aprobada por consenso de todos los grupos políticos el 2 de febrero de 1989.

Debe modificarse el Código Penal para cambiar la expresión «Inseminación Artificial» por la de «Técnicas de Reproducción Humana Asistida» tal como lo proponía el Dr. Javier García Bejarano en un proyecto de ley que, desafortunadamente, no llegó a ser ley de la República. Además, deben consagrarse otras conductas delictivas emanadas de dichas técnicas v.gr. la eugenesia.

Es necesario crear una legislación que regule específicamente las diferentes posibilidades que pueden surgir de las técnicas de reproducción humana asistida de manera que se eviten equívocos al momento de interpretar una disposición legal.

Nota: Este es el texto de la conferencia dictada por su autora en el IV Simposio Internacional de Infertilidad realizado por el Instituto de Ciencias de la Salud C.E.S. en Medellín durante los días 17 y 18 de agosto de 1995.