

- Que sea legalmente capaz.
- Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- Que recaiga sobre un objeto lícito.
- Que tenga una causa lícita.

#### H. Acerca de la nulidad del matrimonio por parentesco

En general, toda sociedad, proporciona en su cultura, algunos medios de regulación del matrimonio respecto a los parentescos de consaguinidad ya existentes. Tales artificios son conocidos como regulaciones del incesto, es decir, la prohibición del matrimonio entre determinadas categorías de parientes consanguíneos, o con menos frecuencia la exigencia de que los matrimonios únicamente pueden contraerse entre miembros de ciertas agrupaciones de parientes.

No obstante la regulación del incesto, pertenece al ámbito de la cultura y no solamente a consideraciones biológicas. Así sea completamente cierto que un prolongado cruzamiento entre parientes a menudo produce efectos biológicos deletéreos, la verdad es que este hecho no es causante de la prohibición del matrimonio entre consanguíneos. Porque puede mostrarse que las regulaciones del incesto con frecuencia no prohíben tales matrimonios, sino que a veces incluso tienden a promoverlos. Además la misma serie de regulaciones del incesto puede prohibir el matrimonio entre un grupo de parientes mientras que a otros, justamente más cercanos biológicamente, les exigen en realidad que se casen.

Aunque nuestro sentir sea el de no contraer matrimonio con primos, y que algunas comunidades lo prohíben, no por eso tenemos el sentimiento de que sea incestuoso. En nuestra cultura el incesto se refiere primordialmente a matrimonios de padres e hijas, madres e hijos, hermanos y hermanas, y esta es regla general.

Sin duda alguna hay sociedades en las que puede exigirse a ciertos individuos casarse con sus hermanos: Por ejemplo en los nobles de alta posición entre los Incas del Perú, los antiguos egipcios y el viejo reino

de Hawai. No obstante, estas son excepciones que permiten confirmar la regla general.

De manera tal que si bien todas las sociedades humanas difieren el incesto y lo prohíben, ni la definición ni las prohibiciones son precisamente iguales en todas las culturas. Es este hecho que invalida la hipótesis de que el concepto del incesto tenga su base en consideraciones biológicas, exclusivamente.

El artículo 140 numeral 9o. del Código Civil, contempla la nulidad del matrimonio, cuando media el tipo de parentesco que hace del ligamen uno incestuoso:

“El matrimonio es nulo y sin efectos en los casos siguientes:

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

La relación de la Inseminación Artificial Heteróloga y el incesto, radica en el anonimato del dador del semen.

En efecto las prácticas realizadas hasta el momento sugieren siempre la idea de que el dador sea mantenido en la incógnita. Las razones aducidas, entre otras, son:

- La pareja que accede a la inseminación heteróloga, es porque ha rechazado la adopción, o no ha podido lograr una que le pudiera satisfacer plenamente. Son ambos cónyuges quienes quieren hacerse compartícipes de la maternidad.
- Desde el punto de vista psicológico el marido rechaza el conocimiento del dador (complejos, sentimiento de inferioridad, machismo, etc.).

La mujer también rechaza el conocimiento por cuanto estima que sería “deshonroso” que se supiera tal proceder. (La pregunta radicaría en que prácticamente si conociese el donante o dador, para ¿qué realizar la inseminación, si mediante el consentimiento del marido, perfectamente podría yacer con él?).

- En el fondo, se quiere legitimar una posición, que impida tanto al marido consentir, como a su mujer, cometer adulterio.

Las razones así resumidas, en verdad responden a una concepción bastante profunda del sentimiento familiar.

Pero, precisamente, allí tenemos el problema: Si el agente dador no es conocido, ya por cuestiones del azar, podría contraer nupcias el día de mañana con su propia hija, sin que ninguno supiese que así estaban cometiendo incesto. Esto conduce a afirmar que las leyes del incesto son culturales, pues desde el punto de vista biológico tendríamos que esperar lo suficiente como para observar aunque fuera en dos generaciones la malignidad del cruce sanguíneo.

De otra parte, al no ser el hecho conocido realmente, la legislación y el rechazo o apoyo social, no tendrían ningún piso: el conocimiento de los hechos es el que motiva a legislar y a impugnar conductas. En consecuencia no tendría ninguna relevancia el que sucediese la cópula padre-hija, cuando desde el punto de vista cultural nunca ha sido así calificados. Eso sí, en el fondo hay incesto.

La otra posición, las del conocimiento del dador, presentaría serios problemas. Uno de ellos sería el de tener la criatura dos padres, uno biológico, el otro legal.

Las prácticas en muchos países, aconseja que el dador del semen renuncie a todos sus derechos de paternidad frente al niño, tal es el caso de Gran Bretaña, Australia, Estados Unidos (9).

En países como el nuestro, en donde existe la presunción de paternidad, el padre biológico no tendría asidero de hecho.

Sin embargo, el problema tiene más fondo, por cuanto así el niño nunca llegase a saber de la existencia de su padre biológico, en el evento en que el padre biológico por un hecho ajeno, fuere asaz conocido, tendría que renunciar a todo acto de perturbación al hogar donde ha sido criado su hijo(a), y de inmediato caería dentro de la sanción legal del incesto, si algún día pretendiera casarse con ella.

Desde un punto de vista cultural, observamos que las normas sancionatorias del incesto, abarcarían ya no solamente la cópula padre biológico-hija, sino que también caería dentro de la relación padre-legal hija. Y así, una vez más comprobaríamos que el fundamento de la exogamia no solamente tendría razones psicológicas, éstas tienen fundamento en el "horror al incesto", queriendo decir con esto que es el caso señalado de los lazos de parentesco entre una familia unida, y los hijos nacidos o adoptados: el que se da entre los padres (y las personas que cuidan a los niños) y los niños cuidados por ellos, y el que hay los hermanos que han sido criados por los mismos padres. Ambos vínculos son usualmente asexuales y por tanto psicológicamente incompatibles con el parentesco de afinidad, como el establecido por el matrimonio o el apareamiento, que implica intimidades sexuales. El "horror al incesto", es al parecer resultado de una incompatibilidad: Un individuo normal es incapaz de entrar en intimidades sexuales con uno de sus padres (o algún otro adulto que haya desempeñado las mismas funciones) o con un hermano (o persona a la que haya aprendido a mirar como un hermano).

No obstante, la asociación constante dentro de un unidad familiar nos produce automáticamente, una aversión a las intimidades sexuales entre los así asociados.

Leslie White, sostiene que muchas perturbaciones psicológicas tienen raíces en los deseos eróticos, inconscientes pero rígidamente reprimidos de los niños hacia sus padres o hermanos. "Como consecuencia de proximidad y satisfacción (en personas cercanas a él), el niño fija sus deseos sexuales sobre sus inmediatos asociados, sus padres y sus hermanos, justamente como a los que ha hallado satisfacción" (10).

Unicamente los mayores de 18 años pueden contraer libremente el matrimonio según lo señala el artículo 116 del Código Civil y el numeral 2 del artículo 140 consigna la nulidad para quien se casa siendo impúber, indicando con ello que la capacidad sexual es sustancial en el matrimonio civil.

Los cónyuges deben ser idóneos para una relación sexual normal; si la mujer no puede recibir el miembro en la vagina, por espasmos dolorosos en ella, o si el varón adolece de erección o de atracción hacia

el sexo opuesto, debe dársele vía a la nulidad del matrimonio con base el presupuesto mentado.

A pesar de todo otra situación ocurre con la impotencia "generandi", donde se produce la relación sexual, pero no la procreación. Aquí creo que puede subsanarse mediante la inseminación o fecundación artificial o invitro. Reitero, entonces, que la simple esterilidad no dirime, ni impide el matrimonio.

### I. En torno al divorcio vincular y no vincular

La inseminación artificial con un semen de un tercero, dará lugar al divorcio vincular y no vincular? Tal conducta de la mujer podrá considerarse como adulterio? ¿O se tratará más bien de un ultraje o trato cruel frente al cónyuge? ¿O se mirará dicha conducta como una manifestación de superación de la mujer dentro de la vida matrimonial, ante la esterilidad de su compañero?

El legislador establece en la Ley 1 de 1.976, entre otras casuales, "Las relaciones sexuales extramatrimoniales de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado" y la de "Los ultrajes, el trato cruel y los maltratos de obra, si con ellos peligran la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges o de sus descendientes, o se hacen imposible la paz y el sosiego doméstico".

En realidad es menester definir si la mujer casada incurre o no en adulterio por el hecho en sí de la recepción heteróloga, independientemente del resultado de un embarazo. Aunque el adulterio no es delito en Colombia, sigue siendo un acto inveterado, que trae aparejadas unas sanciones en el campo civil. Es, como se sabe, causal del divorcio o de separación de cuerpos y de simple separación de bienes y su comisión se deja sentir para lo relativo a la determinación de la paternidad. En tanto, la inseminación artificial de la mujer soltera, en cuanto a este aspecto, a lo más a que podría dar pábulo sería a una discusión en torno a la pérdida de su virginidad o de su virtud casta, pero es intrascendente para la esfera del derecho civil.

El adulterio es la libre disposición física que de su cuerpo hace una persona casada en beneficio de otra distinta a su marido o mujer según

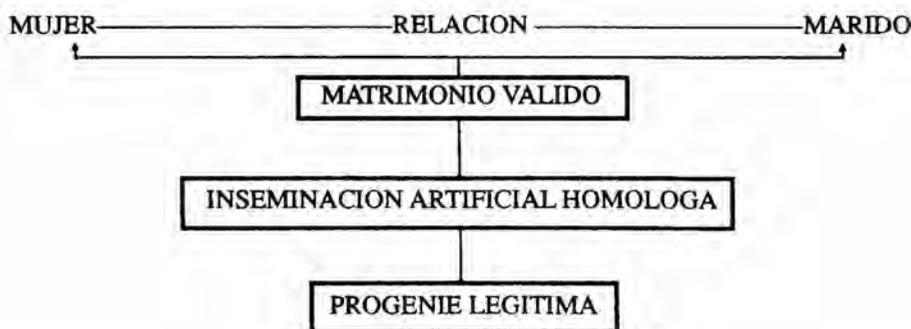
el caso. Es una conducta que conlleva la voluntaria concesión física de los deleites o placeres carnales, con la concupiscencia que implica y la traición que envuelve la fe prestada al contraer matrimonio y conforme a la cual sólo el cónyuge tendrá derecho a disfrutar de aquéllos.

El adulterio requiere además del hecho físico, un elemento moral, la motivación.

Si la inseminación artificial heteróloga es una sencilla intervención paraquirúrgica, neutra como excitante sexual, donde la mujer no conoce varón alguno, y si que menos existe remotamente voluntad de experimentar placer carnal con un tercero en perjuicio de los derechos de su marido entonces, no puede ser calificada como adulterio, al estar ausentes los elementos físico y moral constitutivos de aquel reprochable acto, tan contrario a los fines del matrimonio.

Alirio Sanguino Madariaga agrega "Que el hecho de que el esposo, como es de común ocurrencia, haya dado su agrado o consentimiento para que se efectúe la operación es, en cambio, a mi entender, inocuo, del mismo modo que lo es, en el caso de genuinas relaciones extramatrimoniales, la aquiescencia de un cónyuge proxeneta o simplemente alcahuete, porque dicha conducta el lícita per se, sin que pueda decirse que la culpa purga la culpa" (11).

Ahora bien, si la injuria grave, oral o escrita, así sea sin ánimo "Judicandi", viola el deber de mutuo respeto y afecto, lo cual incluye en el concepto de ultraje, opino que la inseminación artificial heteróloga entra en este campo como un acto de infidelidad que aunque no implica relaciones sexuales, sí es un acto que compromete el honor.



Subrayamos que nuestra legislación parte de la base de que la concepción es producto del coito entre padre y madre. Aquí estamos frente a una concepción sin cópula.

Empero, en la inseminación homóloga y extrauterina no se discute la legitimidad del hijo, pues éste nace dentro del matrimonio y biológicamente es de ambos padres. Estos hijos están cobijados por el principio "pater est quem nuptiae demonstrant".

Pero, Alirio Sanguino Madariaga (12) plantea una serie de casos dudosos sobre ciertos aspectos de la paternidad en la inseminación artificial homóloga:

"Con todo, debe advertirse que ciertos aspectos de la paternidad aún en la inseminación artificial homóloga, no quedan suficientemente nítidos.

Uno de ellos es el del hijo nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio. El derecho colombiano consagra con el carácter de presunción "iuris et de jure", o sea que no admite prueba alguna en contrario, el principio según el cual la concepción tiene que haber precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días ni más de trescientos contados hacia atrás desde la media noche en que comenzó el día del nacimiento (Código Civil, artículo 92). Síguese de ahí, con la más pura lógica si nos atenemos a los métodos naturales de fecundación sexual, que el hijo dado a luz por una mujer después de los 300 días de disuelto el vínculo conyugal o de declarada su nulidad no es legítimo, pues desaparece el soporte de la correspondiente presunción de paternidad del marido, por imposibilidad física si la disolución acaeció por muerte de éste, o porque ya no hay lugar a presuponer la cohabitación y la fidelidad en los eventos de disolución por divorcio y de nulidad. Así lo dispone efectivamente el artículo 220 del Código Civil, si bien no en la forma categórica en la que teóricamente debería haberlo hecho sino por vía de conceder acción judicial de impugnación a cualquier interesado; precepto que con razón ha sido criticado de antitécnico por nuestros tratadistas, ya que interpretándolo literalmente, si nadie impugna, el hijo queda con el status de legítimo, no obstante la oposición de esta consecuencia con las propias leyes de la naturaleza a la luz de los

conocimientos antecedentes sobre la paternidad, que eran los que existían al ser promulgada la citada disposición.

Pues bien, hoy con la factibilidad de mantener el semen congelado largo tiempo, es perfectamente posible que una mujer viuda se siga haciendo inseminar por tiempo indefinido con materia generatriz recogida de su antiguo marido y que por lo tanto nazcan hijos engendrados realmente por éste, no sólo después de expirados los trescientos días desde la disolución del matrimonio sino a lo mejor muchos años más tarde. Qué estado civil tendrán esos hijos? Será procedente declarar que no son legítimos? Se diría que sí, por analogía con lo que sucede si una mujer cuyo matrimonio ha sido disuelto por divorcio o ha sido declarado nulo tiene ulteriores relaciones sexuales con su ex esposo; éstas son de todos modos extraconyugales y el hijo que allí se origine no es legítimo. Personalmente encuentro que esta fórmula podría ser aceptable, partiendo de idénticos prerrequisitos legales, es decir, de desolución por divorcio o de nulidad, no obstante que se me ocurren algunos reparos que más adelante intentaré concretar; pero no la veo evidente cuando la disolución acaeció por fallecimiento del marido, pues entonces hay que desechar por principio cualquier similitud de relación sexual con quien ya no existe y en consecuencia desaparece el fundamento de la solución análoga, que en los otros casos sí como que asoma, por decir alguna cosa. Además, la inseminación con líquido del marido difunto, lejos de ser indicio de conducta ligera en la mujer, más bien evoca la idea de lealtad, de fidelidad exagerada a su memoria y no parece equitativo asimilarla a un acto sexual extramatrimonial.

Con estas consideraciones, quizás sea válido el aserto de que la redacción del artículo 220 del Código Civil, infortunada inicialmente como atrás se dijo, ha venido a convertirse de manera imprevista en adecuada ante las nuevas realidades, porque conforme a éstas, al no ser necesariamente ilegítimo el hijo nacido después del plazo mencionado, es apenas prudente la exigencia de que alguien, como reza el artículo en comento, le controvierta la calidad de legítimo; sólo que ya no bastará un simple cotejo de fechas para que el Juez fundamente el fallo, sino deberá darse al demandado oportunidad de aducir la prueba de la fecundación artificial posterior con el semen de quien fue marido de la madre.

Lo expresado impone, asimismo, la revisión de las definiciones legales vigentes en Colombia sobre hijos legítimos y naturales contenidas en los artículos 213 del Código Civil (complementado por el 236 que versa sobre los hijos legitimados) y 1o. de la Ley 45 de 1.936, respectivamente.

Actualmente la ley asigna el carácter de hijo legítimo al concebido durante el matrimonio de sus padres, así sea declarado nulo, como también al concebido fuera del matrimonio pero legitimado por el que posteriormente contraigan sus padres. Y es natural el nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, calidad que se tiene con respecto a la madre soltera o viuda por el solo hecho del parto, mientras que se requiere reconocimiento o declaración judicial con respecto al padre. (Tener en cuenta la Ley 29 de 1.982).

Las anteriores definiciones no dejan lugar para el hijo concebido en virtud de inseminación artificial después de extinguido el matrimonio de sus padres por muerte del marido. No sería legítimo, por no haberse verificado la concepción durante el matrimonio. No podría ser legitimado, porque esta institución está reservada a los hijos concebidos antes del matrimonio de los padres y de todos es menester que el enlace se formalice con posterioridad lo que en el caso a estudio sería imposible. Ni encuadraría en la categoría de hijo natural pleno, es decir, con respecto al padre y a la madre, pues en lo atinente a aquél se tropieza con el obstáculo de que no podría hacer ya un reconocimiento voluntario por haber muerto ni en las circunstancias que rodearon la concepción y el nacimiento encajarían dentro de las muy taxativas causales que para la declaración judicial de paternidad natural prevé el artículo 4o. de la Ley 45 de 1.936, modificado por el 6o. de la Ley 75 de 1.968. Nos hallaríamos así en el caso insólito de un individuo que, aunque tuviera el estado civil de hijo natural de la madre, carecería de toda viabilidad jurídica para serlo a la vez con relación al progenitor; en otras palabras, a pesar de haber nacido de padre y madre que fueron válidamente casados entre sí, esas personas quedarían colocadas por mandato de la ley en una situación jurídica excepcional, como que serían las únicas a quienes se les negaría la posibilidad de tener legalmente un padre, o sea en inferioridad manifiesta aún frente a las que fueron fruto de relaciones sexuales ilícitas, inclusive delictuosas como serían por ejemplo las constitutivas de un incesto. Consecuencia desde luego absurda, que no se compadece con el

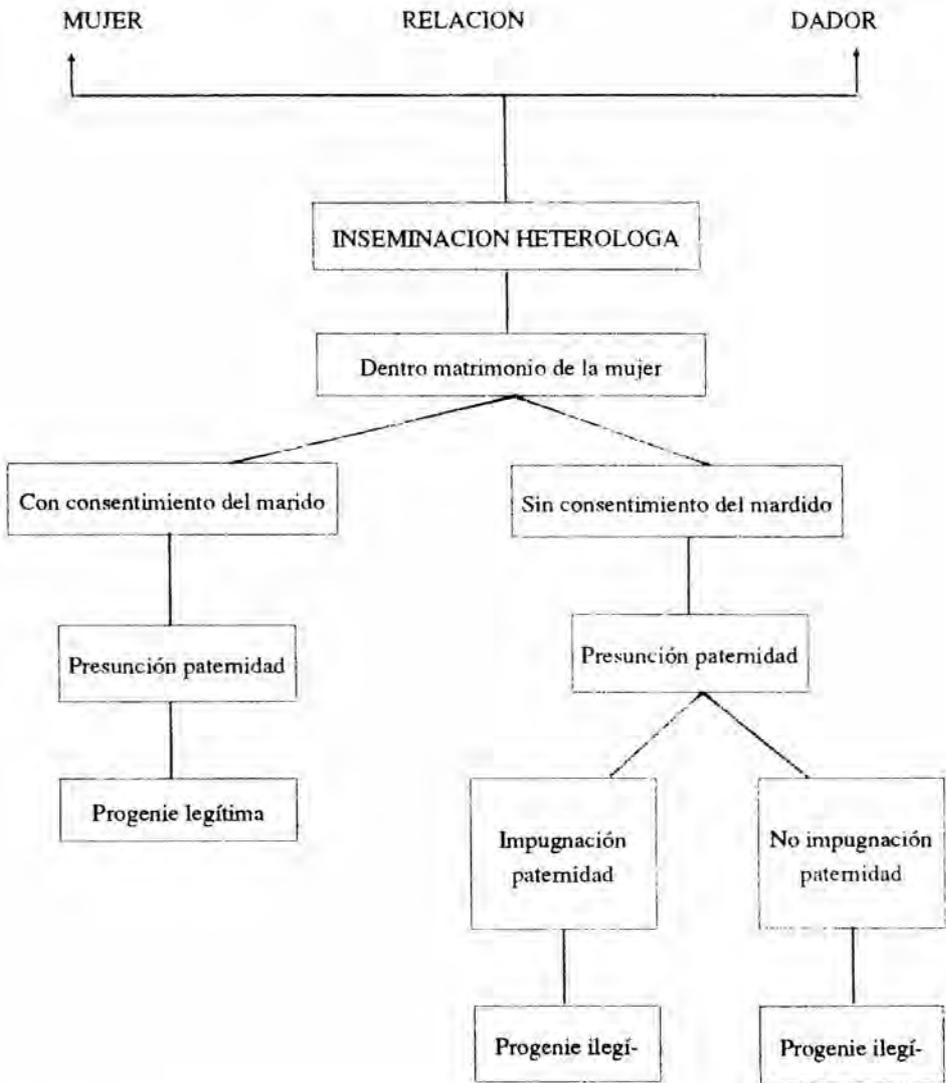
espíritu orientador del derecho colombiano sobre la materia y que sencillamente sirve como clara muestra de la obsolencia en que van cayendo algunas de nuestras normas positivas.

En los casos de disolución del matrimonio por divorcio y de declaración de nulidad del vínculo, si bien existe la posibilidad de reconocimiento voluntario por el padre, no la habría, en cambio, para obtener la declaratoria judicial de paternidad, dado por la misma razón aducida cuando se trata de disolución por muerte, ésto es, porque no se dan las rígidas exigencias de la ley sobre el particular. O sea, a falta del reconocimiento, no le quedaría al hijo un instrumento legal expedito para definir su estado civil de natural con relación al padre y ello lo pondría también en una situación jurídica singular, contraria al espíritu general de nuestro ordenamiento. Es en el vacío y en la contradicción observados en donde radica sustancialmente el reparo que arriba anuncié a esta fórmula de solución.

Todo este asunto se complica si la mujer ha pasado a segundas o ulteriores nupcias y, vigentes éstas, sigue utilizando semen de su anterior cónyuge. Pero entonces ya no estará en la modalidad de la inseminación homóloga sino fertilizante no es el de cualquiera que haya sido marido sino precisamente el del marido actual o al menos el del último con quien se haya tenido el vínculo".

#### **J. Legitimación frente a la inseminación heteróloga**

La inseminación heteróloga; la fecundación producida con el óvulo de otra mujer y el esperma del marido, e implantación posterior en el vientre de la esposa; la fecundación realizada con el óvulo y esperma de terceros e implantación del embrión en el útero de la esposa; la fecundación en el útero de la esposa; la fecundación se efectúa con el semen y el óvulo de los otros cónyuges, pero se implanta el embrión en el útero de otra mujer; la fecundación extra-uterina del óvulo y semen de los cónyuges, conservado e implantado en otra mujer después de la muerte de la cónyuge, son situaciones alteradoras de la concepción jurídica sobre la legitimidad: En punto de la fecundación del óvulo de la esposa con el semen de un tercero, previo consentimiento del marido, se desprende una conducta jurídicamente vinculante del marido que dio su asentimiento



atal fecundación (imposible ir contra propia conducta). Portanto, la legitimidad está atada a la voluntariedad de los padres, antes que a los hechos biológicos. No sería correcto inferir que la criatura es fruto del adulterio, con el conocimiento de causa de que no se han producido relaciones sexuales extra-matrimoniales.

Mas bien sí se estará frente a una fecundación adulterina al no mediar la autorización del marido, la cual es posible impugnar. En este caso el dador del semen puede ser conocido o desconocido. "Si es conocido pueden plantearse estas situaciones:

- Impedimento por parentesco de consanguinidad entre el procreado y dado.
- Reclamación del donante de su paternidad genética, pero no jurídica, ni voluntaria. Al donar la esperma abdicó voluntariamente de su paternidad. De allí que su pretensión está enmarcada dentro de estos principios inhibitorios (13).

#### **K. Respecto al hijo póstumo**

Sabido es que una de las aplicaciones de la presunción de la concepción (art. 92 C.C.), se refiere a determinar si los hijos póstumos fueron concebidos o no dentro del matrimonio de su madre. Si nace después de los 300 días siguientes a la muerte del marido; o la disolución del matrimonio, no puede tener padre al marido de su madre.

Y, si la viuda prueba inseminación artificial con el semen del marido, obtenido antes de su fallecimiento?

En nuestro ordenamiento civil la paternidad del marido pre-muerto no se presume.

Y, podrá la viuda, en representación del hijo póstumo reclamar la filiación legítima, probando el presupuesto señalado?

Pues, de nuevo se plantea la dicotomía entre lo biológico y lo jurídico; concepción genéticamente conyugal, jurídicamente extra-matrimonial (hijo engendrado con semen de su padre, pero no por su padre). Debería atribuirse la paternidad al marido, porque genéticamente es verdadero autor de la concepción. Contrario sensu, tal hijo no tiene padre.

## K. Filiación natural frente a la inseminación

Siguiendo los delineamientos trazados por el profesor Naranjo Ochoa (14) de la filiación natural frente a la inseminación dimanan estas situaciones:

- Hijo nacido de mujer soltera, con esperma de dador conocido. Si hay reconocimiento de la filiación no se presenta problema alguno. El interrogante nace frente a la investigación de la paternidad. Podrá el hijo iniciar tal investigación frente al supuesto dador del semen?

Algunos descartan esa posibilidad por la inexistencia de las relaciones sexuales durante la época en que se presume la concepción (La Ley 75/68 sólo considera padre a quien fecunda por cohabitación).

Aunque si bien es cierto estamos frente a una concepción sin cópula, no menos es que la paternidad es genética, y posible de demostrar. Debería contar es la autoría.

- Hijo nacido de mujer viuda, con esperma de su esposo. Sabemos que el hijo dado a luz después de 300 días siguientes a la disolución del matrimonio no se presume concebido en él, y por ende, el marido fallecido no se reputa padre. Y si la viuda se insemina con semen del marido, obtenido antes de su fallecimiento?

Kim Casali fue concebido con semen del marido de su madre, Roberto Casali, 17 meses después del fallecimiento de éste, en Londres. ALAIN PARPALAIX-CORINE RICHAUD, Francia, conviven durante el verano de 1.981. Aquél va a ser intervenido de cáncer testicular y es prevenido de su consecuente esterilidad. Obtiene semen y lo deposita en el "Centro de Estudios de Kremlin Bicentre". Muere dos años más tarde. Su esposa reclama la esperma y se produce la inseminación.

Rigurosamente aplicado los artículos 92, 213 y 214 del Código Civil, se infiere que ese hijo no es legítimo al no ser concebido dentro del matrimonio. Su filiación será extramatrimonial respecto de la madre. Tal hijo quedaría en situación muy inferior a la del hijo concebido en relaciones sexuales delictuosas, a pesar que dicha concepción es genéticamente conyugal.

Otra vez la ciencia del derecho no se integra con los avances de la bio-genética y la medicina.

Subraya el profesor Naranjo Ochoa: "Por qué no admitir que la moderna biología permite que la individualidad genética del ser vivo trascienda su muerte. No es posible desconocer una concepción genéticamente conyugal y estimar una inexistencia jurídica del hijo. Por ello, parece viable, siguiendo la orientación legislativa de otros países, la inscripción de tal hijo como legítimo, quien tendría tal calidad mientras no se impugnara dicha legitimidad y, para el caso en que se planteara, podría defenderse su calidad probando la fecundación homóloga. En esta forma terminaría la dicotomía entre lo biológico y lo institucional" (15)

Agregaría que en este caso el derecho dista de ser humanista. Por qué denegar la voluntad de los mismos creadores del fruto de su unión sentimental y pasional?

— Hijo nacido de viuda con semen de un tercero.

En punto de las reflexiones hechas para la mujer soltera, extramatrimonial.

A propósito, las madres solteras son aceptadas cada vez más por la sociedad y que una mujer se puede encontrar en diversas situaciones; desde aquella poco agraciada y que jamás ha tenido la posibilidad de atraer a un varón, lo que ya es una situación penosa, hasta la independiente que decide no casarse, pudiendo hacerlo, pero sí ser madre. Es más, hay legislaciones que defienden el derecho de la lesbiana a tener un hijo, lo que se basa en que, a pesar de considerárseles madres inapropiadas, los tribunales de menores no les han quitado la tuición por esta sola causal, o las muy pundonorosas incapaces de entregar su intimidad a un hombre, pero sí someterse a intervención médica. Tales opiniones son igualmente extensivas para los padres solteros.

### M. La adopción frente a la inseminación artificial

La inseminación artificial, para algunos autores, debe ser acogida bajo el seno de la institución de la adopción. Tal es el efecto de sentir de las leyes anglosajonas, en donde la solución radicaría en equiparar el consentimiento marital que se otorga, para que se practique la inseminación a una antetanal del hijo resultante de la misma.

Sin embargo, en nuestra legislación tendríamos preferiblemente que usar, la presunción de paternidad de los hijos habidos dentro del matrimonio. En vez de dar todo un rodeo, para establecer “El vínculo o creación artificial mediante contrato de la filiación legítima, sin que entre en consideración la descendencia fisiológica” llamada adopción. Por cuanto la adopción, al tenor del artículo 269 del Código Civil dice: “Podría adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociables hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años”. Esto indica que no tiene cabida la adopción prenatal o antetanal, en efecto: Según nuestra legislación, se requiere que el sujeto adoptable esté nacido, y que sus futuros (o futuro adoptante) tenga 15 años más que él, lo que supone, necesariamente que utilicemos la presunción de paternidad consagrada en el Código. Por tanto, la nulidad establecida en el numeral 11 con dificultad se haría valer, ya que la figura de la adopción no es acomodada a la inseminación artificial, o sea, al niño AID (Artificial Inseminator Donor).

Para que tal situación llegara a suceder, se requeriría en el niño nacido, en vez de utilizar la presunción de paternidad fuese adoptado por sus padres. Parece que esta posición impediría que el padre legal rechazara la paternidad en el tiempo límite que tiene. Sin embargo, presupone que al efecto si, se llevara la adopción a cabo, como en todo acto: “Suponiendo la buena fe” a no ser que el consentimiento requerido por el médico, de ambos cónyuges obligare a la adopción una vez nacida la criatura.

Repitamos, en Colombia, el hijo nacido dentro del matrimonio es un hijo legítimo, goza de la presunción de paternidad. La adopción es una vía secundaria, para garantizar la seguridad al niño traído al mundo en esas condiciones. Allí pues vendría a lugar el impedimento de mediando

vínculo alguno de consanguinidad, por cuanto la mujer en el evento de la inseminación artificial, siempre será la gestadora del ser, y el marido será extraño; frente a él, el lazo de consanguinidad en términos biológicos no existe. En cambio la madre, siempre lo será, ya que en su seno es en donde evoluciona el ser hasta su nacimiento. En todo caso, deberá tenerse en cuenta la regulación del recientemente expedido Código del Menor.

#### N. La madre soltera o la viuda y la inseminación

En este acápite quiero recabar en la importancia de la familia como pilote cultural de la sociedad.

No se qué se pretenda criticar sin sentido alguno a la madre soltera y buscar su erradicación. No. Pero también debemos luchar por anteponer el interés colectivo al interés particular.

Nos imaginamos ya no una sino miles de madres solteras o viudas con padres anónimos dentro de un grupo social?

La inseminación artificial modificó el concepto de la concepción del niño que estaba basado exclusivamente en la cópula o acceso carnal. Se había aducido siempre en aras de la procreación de la especie a una institución cultural llamada matrimonio. Su fin era el de determinar el parentesco entre los miembros de un núcleo social, a más de lograr establecer la paternidad, cuando, se llegó al estado de monogamia, estado que se prefiere hoy por hoy.

Con la inseminación artificial utilizando el método de la copa cervical, fácilmente podría llegarse a que una mujer, soltera o viuda, pudiera lograr en su período fértil una concepción.

Se llegaría el absurdo de la negación de la familia, concebida como padre, madre, hijos. La base cultural de la sociedad estaría resquebrajada. O será que aparece un nuevo concepto de la sociedad en punto de la relación unívoca madre-hijo?

La condición del hijo concebido en esa forma será la de un hijo natural. En efecto por la Ley 45 de 1.936 artículo 1o. inciso 2o. dice: "...

también tendrá esta calidad (hijo natural) respecto de la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento”.

Y no simplemente mediante el método de la copa cervical aún sería hijo natural, cuando la inseminación artificial fuere ejecutado por el médico.

La persona de una mujer, en ese estado civil, debería ser prohibido por el legislador civil y el médico que tal práctica realizare incurriría en responsabilidad por mala práctica de la medicina.

Obviamente, la situación del hijo sería aberrante, madre soltera o viuda con padre anónimo; sin posibilidad alguna para que el hijo buscara su filiación y la madre pudiese demandar alimentos.

El médico o la institución clínica tendrían que cerciorarse exigiendo prueba del estado civil de las pacientes atendidas, junto con la obligatoria entrevista con el respectivo cónyuge, para evitar casos como el descrito.

Agrego, ya más en el campo hipotético, que podría darse la situación de padres solteros o viudos con madres anónimos. Qué serán los hijos habidos en dicha forma?

#### **Ñ. La maternidad disputada y la inseminación**

Supongamos que existen dos parejas en la siguiente situación:

A y B, con cónyuges. B, mujer, es estéril por deficiente ovulación. C dona o vende semen. D dona o vende su óvulo. Se produce la fecundación in-vitro con espermia de C y el óvulo de D.

El embrión se lleva a la matriz de B. Partiendo de la base de que el parto sigue al vientre, determinándose la maternidad por el parto, cabe preguntarse:

Es probable que A impugne esa maternidad? Podrán hacerlo C y D?

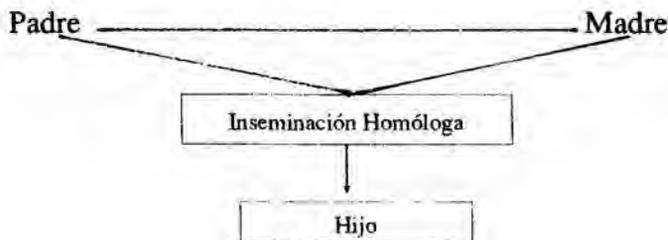
Se podrá plantear la suplantación de parto por sus padres biológicos, respecto de una fecundación extra-uterina del óvulo y espermatozoides de los cónyuges, implantado en otra mujer?

Podrá darse el reconocimiento por parte del padre biológico, desconocida la maternidad legítima?

Tales interrogantes conducen al examen de algunas soluciones dentro del ámbito de las normas civiles vigentes?

- En cuanto a la fecundación del óvulo una donante con semen del marido, previo consentimiento de éste, impugnación puede hacerla el marido de la supuesta madre, para el evento de falso parto o suplantación del pretendido hijo, pero aquí no estamos ante ninguno de esos dos presupuestos. Existe sí una conducta jurídicamente vinculante del marido, quien dio su autorización para tal fecundación, pero tampoco le es viable alegar falsedad de parto, ni suplantación de hijo, porque la donante es anónima.
- No puede plantearse reclamación de la dadora del óvulo, por cuanto la concepción del hijo no depende de su voluntad. Institucionalmente no puede ser hijo de la donante.
- Si se impugna la maternidad y se desconoce la legitimidad por quien tiene interés en ello, según el artículo 337 del C.C., podrá ser viable el desconocimiento del hijo, pues éste carecería de emplazamiento materno filial. El desconocimiento de la maternidad por terceros con interés legítimo, podría plantearse sin miramientos a que el marido dió o no prestó su consentimiento (16).

#### O. Obligaciones entre padre e hijos



Por la inseminación homóloga está dada la presente relación entre los cónyuges progenitores y el hijo. De aquí nacen una serie de obligaciones cuya fuente, a diferencia de los contratos, provienen de la Ley.

En efecto, este tipo de obligaciones nacida entre padres e hijos no media una voluntad libre. La Ley en estos casos viene a suplir esa voluntad para volverme imperativa: El Estado viene a ocuparse a establecer los efectos. De todas maneras, la Ley preveía regulaciones entre Padres-hijos, más bien fundamentándose en la posibilidad de que los respectivos cónyuges pudieran ser progenitores; cuando no podían serlo, por vías de la cópula carnal, la Ley previó la figura de la adopción. Hoy la Ley no ha previsto sobre la posibilidad del nacimiento de un ser humano por inseminación artificial y menos aún que se han planeada y consentido previamente.

Con la inseminación llamada Homóloga si lo que en realidad nos preocupa son los lazos de consanguinidad en términos biológicos, están presentes, por ende el hijo es hijo, producto del semen de su padre que ha fecundado un óvulo de su madre.

En la inseminación Heteróloga, el padre no es el padre biológico, pero queda el individuo nacido en estas condiciones amparado por la presunción de paternidad, salvo que la impugne su propio padre.

Habíamos visto que la Ley tiene fuerza imperativa en la regulación de estas relaciones, podríamos invocar esta autoridad en aras a que el consentimiento dado por los cónyuges para aceptar un tratamiento de inseminación artificial Heteróloga fuese irrevocable: El hijo venido al mundo amparado por presunción de paternidad, es un hijo al cual se le debe alimentos, cariño, nombre y protección.

El Estado en forma unilateral entra a regir los efectos de un consentimiento libre expresado en forma tan deseada en procura de la salvaguarda del niño.

## P. El embrión humano: objeto de manipulación?

El derecho civil anglosajón y el derecho civil romano-germánico plasmaron la intangibilidad del cuerpo humano y consideraron que éste no podía estar sujeto a ninguna clase de comercialización. Empero, con el correr de los últimos años dichos conceptos han variado.

¿Acaso no se comercia a diario el semen, los óvulos, la sangre y los ojos humanos?

En todo caso la tendencia es considerar que el cuerpo humano está fuera del comercio y que la entrega de partes de él, renovables o no renovables, debe ser en forma graciosa.

No existe problema si se trata de transplantes de órganos, ya que éstos son, sin duda, objetos de derecho.

¿Y qué ocurre con los embriones humanos?

Es innegable que el derecho civil, generalmente, establece unas reglas protectoras de la vida del que está por nacer y sus derechos patrimoniales. En igual sentido, los derechos penal y laboral, pero la terminología que se utiliza varía, considerándolo a veces “el producto de la concepción”, “el que está por nacer”, “el que se espera y que nazca”, y la reflexión es: ¿Cuándo se está frente a una situación que se comprenda en estos prototipos?

La religión considera que hay vida desde el momento de la concepción.

La filosofía de la Edad Media desarrolló la “teoría de la animación del feto”, esto es, si la criatura nace viva, se le considera la persona desde su concepción, si no, no (humanización diferida).

Otra corriente es que sólo es persona desde el momento del nacimiento, y es la denominada “humanización del nacimiento”.

La medicina ha descubierto que sólo hay vida si hay división celular, no antes, y este proceso biológico comienza a los catorce días de la

fecundación; tal verdad real nos conduce a otra meditación.

Ante todo es necesario reconocerle al embrión humano un valor intrínseco que le asegure un respeto total, sin olvidar que esto no conlleva ni el derecho ni la seguridad de su preservación a toda costa. "Existen otros derechos que pueden entrar en conflicto con los de él, como son los de la madre. Situación reconocida por la naturaleza que provoca abortos espontáneos, estimando los médicos que es frecuente que la mujer ni siquiera se entere del embarazo cuando éste es interrumpido por una pérdida no provocada en su primer período. Hay doctores que sostienen que sólo uno entre cuatro embarazos llega a su término normal y no se puede proteger jurídicamente al embrión más allá de lo que es el curso normal de los acontecimientos; esta opinión es, por supuesto, desde el punto de vista de los médicos. Por eso se implantan en la mujer varios óvulos fecundados, lo que a veces da como resultado nacimientos múltiples en las mujeres sometidas a fertilización asistida. En cuanto a derechos o bienes jurídicos protegidos que pueden entrar en conflicto con la protección del embrión nos remitimos, en primer lugar, a los considerandos en el aborto terapéutico, realizado para conservar la vida de la madre. No quiero pronunciarme acerca del aborto efectuado en un feto defectuoso, o sea, el Eugenesico, pero no puedo dejar de mencionarlo. Sí quiero hacer énfasis en las conquistas de las feministas reconocidas en ciertos países referente al derecho de las mujeres a su propio cuerpo, lo que trae como consecuencia que el feto sea considerado parte de su madre y es ésta la que decide si lo desea o no, y algunas legislaciones aceptan este criterio y reconocen el aborto en sus leyes.

De tal manera que habría que crear una ficción legal que otorgara al feto un derecho especial, inherente a su condición de ser humano en potencia. Una posibilidad sería la de establecer a su favor una personalidad jurídica, pero esta ficción se yuxtapondría con su condición de ser humano; creo que si se adoptara esta idea traería problemas "insólitos" como, por ejemplo, ¿ese ser al nacer sería continuador de la persona jurídica gameto?

Hasta donde he podido documentarme, sólo el Estado de Louisiana, Estados Unidos, decidió por ley de su Senado No. 701, de 1988, que el embrión tiene personalidad jurídica desde su concepción" (17).

Ni el espermatozoide, ni el óvulo, ni el feto, ni mucho menos la madre pueden ser considerados como objetos. Los científicos no pueden manipular sin límites los orígenes de la vida.

La ética se enfrenta a la ciencia: No se pueden fabricar embriones simplemente para investigar; se debe prohibir la comercialización de los fetos; se debe prohibir la manipulación genética de los fetos; también los diagnósticos genéticos en embriones procreados in-vitro.

Porque ha llegado el momento de definir las fronteras del poder de los investigadores sobre el comienzo de la vida. Y de definir si un médico tiene la obligación de poner en práctica todo lo que la ciencia descubre o si, debe frenar la implementación de avances cuyos fines plantean interrogantes jurídicos y producen el desmoronamiento de valores tradicionales.

Muchos estiman que el embrión debe ser considerado persona desde el momento de su concepción. Algunos le dan vida a los siete días, a los catorce días, otros en el momento de su nacimiento.

Son asuntos que se prestan a divergencias o especulación.

Sin embargo, hay un elemento importante y es la concepción en sí. A partir de los gametos masculina del hombre y la mujer, existe efectivamente la posibilidad del desarrollo de un ser único, que no será la suma ni el doble del padre ni de la madre. Un ser absolutamente único.

Y en este sentido, desde su misma concepción, el embrión exige responsabilidad porque es el producto de dos seres humanos. Mejor dicho, no es un hecho material sino que se sitúa en un contexto moral, social, familiar. Así, que el hombre debe ser considerado siempre como un fin, nunca como un medio.

El embrión desde sus primeros días de concepción, debe ser considerado como una persona. Una persona en potencia, que no posee aún

la dimensión humana fundamental de la conciencia y la palabra, pero hacia quien, de todos modos, existen deberes.

Claro está, que se debe dar una voz de aliento a las innumerables investigaciones, pero se les puede pedir interponer a las prácticas genéticas y biológicas, la prudencia. Pero, es inaceptable atentar contra la dignidad humana y el sentido de la vida desde su concepción.

¿Por qué permitir la utilización de las células y tejidos de los embriones y los fetos (aún los obtenidos por aborto) para hacer injertos sobre otros niños? No se puede usar las células para cultivarlas y con ellas fabricar otros remedios.

¿Por qué patrocinar el uso de los embriones con fines mercantilistas? Ya para la fabricación de medicamentos o, peor, en la industria de cosméticos? El ser humano debe ser ajeno a todo comercio.

¿Por qué no prohibir la manipulación de los genes del embrión: introducir nuevos genes o transformar los existentes?

¿Por qué no vetar los diagnósticos y experimentos genéticos de los embriones in-vitro para seleccionar sus características? Es inadmisibles que la procreación se equipare al poder absoluto de escoger. Uno de los derechos del feto es que su conformación no sea el producto de una voluntad.

¿Por qué no rechazar la fecundación entre especies de diferente género, las tentativas de fecundación con gametos de un solo sexo, la selección en laboratorio del sexo del futuro bebé?

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

Los descubrimientos de la Eugénica humana están permitiendo la determinación del patrimonio genético fetal y a ello está contribuyendo, entre otras técnicas, la conocida como diagnóstico prenatal (ecografía, fetoscopia, embrioscopia, radiografías, extracción directa de sangre fetal, amniocentesis), por la cual se puede detectar la presencia de una enfer-

medad o una malformación en el feto, e incluso predecir el sexo del mismo, lo que, por otro lado, tiene también interés para descubrir enfermedades hereditarias vinculadas al sexo. Cuando se trata de parejas con alto riesgo de descendencia con anomalías, sirve al mismo tiempo para confirmar o descartar la presencia de alguna de ellas en el feto.

Todo esto conduce a señalar que el feto es el sujeto del diagnóstico prenatal. Este paciente de los médicos se encuentra en el cuerpo de otra persona: el de la madre; así, de un modo u otro las acciones terapéuticas fetales deberán practicarse inevitablemente a través del cuerpo de ella.

De ahí que el significado de paciente aplicado al feto tenga unas implicaciones jurídicas muy peculiares y distintas, en particular en lo relativo a las lesiones corporales que se infligen a la madre (p. ej., si hay que practicar una cesárea u otra intervención quirúrgica en ella para llegar al feto; pero también si se le administran medicamentos), o a los riesgos que este tratamiento puede acarrear para su vida o su salud, y en el consentimiento de esta en un tratamiento que no la beneficia a ella directamente (aunque no es infrecuente que la madre presente a su vez algún cuadro patológico), sino al ser que alberga en su seno. Y no hay que olvidar tampoco que la terapia fetal puede dar lugar a lesiones en el feto, que se manifestarán después del nacimiento, o que, incluso, con consecuencia de ellas el niño nazca muerto o fallezca poco después de nacer.

En cualquier caso, e independientemente de cuál sea la solución más adecuada a estos problemas, no cabe duda de la licitud de cualquier acción terapéutica en el feto o embrión que le ofrezca razonables perspectivas de mejora, al igual que las pruebas diagnósticas previas a ella.

En los últimos años se han descrito algunas de la terapias fetales ya disponibles: administración de medicamentos a la madre durante el embarazo (p. ej., de glucocorticoides dados a la madre antes del nacimiento en el caso de deficiencia pulmonar surfactante, que conduzca a inmadurez pulmonar y posible muerte tras el nacimiento: distress respiratorio del recién nacido), inducción del parto y corrección del defecto ex utero (p. ej., hidronefrosis obstructiva, hidrocefalia obstructiva, gastrosquisis), provocación del parto mediante cesárea (p. ej., gemelos unidos, hidrocefalia severa, linfagioma quístico grande, on-

falocele gigante o roto), intervención quirúrgica in utero (hidronefrosis bilateral).

De manera pues, que el simple hecho del nacimiento modifica radicalmente los presupuestos: los riesgos para la madre desaparecen por completo y el consentimiento en el tratamiento se verá regido por las reglas generales aplicables en los supuestos de las personas sin capacidad para consentir; en ellos serán los padres quienes deban decidir, siempre en el mejor interés del niño, y si hubiera rechazo abusivo al tratamiento por parte de ello, terceras personas podrán intervenir (la autoridad judicial requerida por el médico), también en el mejor interés del paciente menor.

No obstante, sin incurrir hipótesis exóticas, en derecho comparado encontramos antecedentes incesantes. Así, los tribunales de justicia de los Estados Unidos de América han conocido y decidido problemas relativos al concebido. En el caso *Raleigh Fitkin-Paul Morgan Memorial Hospital vs. Anderson*, el tribunal ordenó someter a la madre a una transfusión de sangre con el fin de preservar la vida del concebido y de la propia madre, quien rechazaba la transfusión dada su pertenencia al grupo religioso de los "Testigos de Jehova". En el caso *Jefferson v/s Griffin Spalding County Hospital Authority*, la madre, embarazada de 39 semanas, padecía de caída de placenta que obstruía la salida del feto, con un riesgo de un 99% de muerte para este si intentaba un parto natural y de un 55% para la madre; por el contrario, las perspectivas eran excelentes para ambos si se practicaba una cesárea, a la que se oponía la madre por motivos religiosos. El Tribunal Supremo del Estado de Georgia, asumiendo la doctrina del Tribunal Supremo Federal sobre el aborto (s. de 22 de enero de 1973), afirmó que el Estado tiene un interés especial en la vida del concebido a partir del momento de su viabilidad, lo que le permite la intromisión en los derechos de la madre con el fin de proteger al feto, y ordenó consecuentemente las acciones terapéuticas solicitadas por los médicos (cesárea, sonograma, transfusión de sangre) (18).

Cabe señalar la responsabilidad del médico por su deficiente actuación en la realización del diagnóstico prenatal o en la apreciación de la indicación del mismo en su paciente, así como en relación con otros supuestos, tales como someter a la madre en gestación a tratamiento medicamentoso nocivo para el feto, sea con fines curativos o de realización de ensayos clínicos (experimentaciones), o a radiaciones o

intervenciones quirúrgicas; o, por último, cuando es sometido a tratamiento o a experimentación el embrión o el feto. En concreto, cuando ello es debido al incumplimiento de los deberes de cuidado que son exigibles a la actividad desarrollada por estos profesionales.

De la misma naturaleza son los problemas derivados de la realización del diagnóstico prenatal que da unos resultados equivocados. Si el error consiste en no detectar anomalías que realmente presenta el feto y la madre decide continuar el embarazo, pero aquel nace con taras importantes, la responsabilidad civil en esta clase de negligencia enlaza con lo que se conoce en la práctica jurídica norteamericana como *wrongful life* (cuando el hijo nacido deforme reclama al médico porque su negligencia en informar adecuadamente a los padres ha causado su nacimiento) y *wrongful birth* (cuando los padres reclaman al médico por haberles informado erróneamente sobre los riesgos considerables de tener un hijo con anomalías genéticas (19)). ¿Y qué pensar de la responsabilidad civil cuando no se ofrece la opción del diagnóstico prenatal a mujeres embarazadas con alto riesgo conocido (en ellas mismas o en su pareja), impidiendo así adoptar medidas preventivas o curativas en favor del concebido o la decisión del aborto eugenésico?

Así las cosas, tarde o temprano, deberá el legislador colombiano expedir un estatuto jurídico del embrión y del feto, para lograr una efectiva protección, incluida la penal. El estado colombiano debe reafirmar explícitamente en su ordenamiento jurídico la noción de obligación de prudencia hacia el feto o embrión humano. Así recaerá toda la responsabilidad en la obligación de los terceros de protegerlo, impidiéndose, bajo sanción legal, toda la manipulación del embrión contraria a la dignidad humana y, su destrucción. Se normaría cuáles investigaciones médicas serían permisibles, evitando o prohibiendo, de entrada, experimento posterior a los catorce días desde la fecundación del embrión y todos los que no tengan un carácter terapéutico (p. ej., obtener clones -seres humanos idénticos creados a partir de una célula-, híbridos, transferencia o alteración de genes) y, en general, la protección del embrión encuadrada en la obligación de los terceros de actuar prudentemente lo protegería de futuras investigaciones imposibles de prever, no sólo por los juristas, sino también por los médicos especialistas en este campo.

Lo que hoy es imposible o impensable, es la realidad científica de mañana. Cualquiera enumeración de conducta sancionada por la ley respecto al gameto debe ser considerada sólo a título descriptivo, nunca taxativo, ya que la norma jurídica va detrás de la realidad, creando un vacío entre ellas que redundará en incertidumbre jurídica, por un lado, y, por otro, en situaciones caóticas para la especie humana. Naturalmente que lo anterior estremecerá hasta sus raíces los conceptos del Derecho Penal que exige que la conducta esté tipificada por ley anterior al hecho punible, no pudiendo ser aplicado por analogía. Se estarían creando delitos por actuaciones futuras y desconocidas, lo que indiscutiblemente traerá la resistencia de los penalistas, pero no sé si sólo la aplicación de reglas de responsabilidad civil sean suficientes para evitar conductas imprudentes hacia el gameto. Los grandes centros de investigación médica podrían preferir pagar cuantiosas indemnizaciones de perjuicios con tal de proseguir sus trabajos científicos. Hay un límite peligroso producido por la falta de reglamentación de los experimentos en animales, ya que al tener éstos éxito, tientan a los científicos con la posibilidad de repetirlos en seres humanos. La inseminación artificial y la producción de híbridos realizadas en animales empezó hace más de un siglo y, en este, se perfeccionó hasta hacer posible su utilización en el ser humano. El mecanismo empleado es sencillo para los especialistas, pudiendo, igual que el aborto, ser usado en centros médicos o, incluso, en consultas de facultativos, en las cuales es muy difícil su control. Por lo que insisto en que la protección del gameto debe abarcar desde la regularización de la experimentación permitida hasta la sanción civil y/o penal, si no se cumple con los requisitos exigidos para su manipulación, que se refieran a las reglas éticas que deben respetadas, debiendo los centros médicos correspondientes ser supervigilados para tener la certeza de que cumplen con las normas establecidas, obligándoselos a presentar informes periódicos sobre sus actividades actuales y futuras. La responsabilidad legal debería hacerse efectiva no sólo a las personas jurídicas (laboratorios, clínicas, centros médicos, etc.), sino que también a las personas que se involucren en actuaciones prohibidas, específicamente médicos, enfermeras y personal especializado, en general. Es la única manera de evitar lo que en Derecho Comercial se conoce como los "sitting-in director", o sea, los responsables legales de personas jurídicas que están dispuestas a sufrir sanciones penales, pero que la sociedad que representan puede seguir funcionando perfectamente sin ellos. Esta situación se da también en los casos de los periódicos que continúan

publicándose a pesar de que su editor responsable esté en prisión, detenido y/o incomunicado.

Lo anterior pide naturalmente dos legislaciones concurrentes, una a nivel interno y otra a nivel internacional, con el objeto de coordinar las legislaciones nacionales e impedir que algunos Estados se transformen en asilo de ciertas conductas no recomendables en la manipulación genética del embrión.

De todos los organismos internacionales, es la Organización Mundial de la Salud, que tiene como una de sus metas "favorecer la cooperación entre los grupos científicos y profesionales que contribuyen al progreso de la salud", a la que le corresponde proponer convenciones, acuerdos y/o reglamentos, hacer recomendaciones concernientes a las cuestiones internacionales de la salud y velar por la ejecución de ellos. Tal tarea puede ser asignada de hecho a la Organización que respondiendo así al fin que la constituyó: "estimular y guiar la investigación en el dominio de la salud", debe asumir la responsabilidad de enunciar los principios relativos a las nuevas técnicas de reproducción" (20).

Todas las anteriores observaciones se pueden agrupar en los siguientes corolarios reflexivos:

¿El embrión humano, independiente de toda calificación jurídica, por qué no tiene el derecho al reconocimiento de la dignidad inherente a todo miembro de la familia humana?

¿Por qué en el supuesto de fecundación extrauterina la existencia de las personas no comienza desde su concepción dentro o fuera del seno materno, para así lograr una adecuada protección al nasciturus?

¿Por qué no acabar con esa polémica jurídica inconducente sobre si esa protección presupone la personalidad del embrión o del feto, o sólo la existencia de la vida humana aun cuando carente de personalidad?

¿Por qué no se prohíbe toda experimentación en un embrión humano que no tenga un fin terapéutico?

¿Por qué no se prohíbe la comercialización y tráfico de gametos o embriones?

¿Por qué el patrimonio genético de cada uno, no es protegido desde su concepción a fin de asegurar su individualidad, así como la continuidad del género humano?

¿Por qué los ciudadanos de los países subdesarrollados o en vía de desarrollo no evitan que valiéndose de su pobreza se obtengan óvulos, espermatozoides, gametos o embriones humanos para experimentos y/o manipulaciones genéticas inconvenientes?

¿Por qué el derecho sigue ajeno e inmutable ante las incidencias seculares de los avances de la medicina, la biología y la ingeniería genética?

Muchos afirmarán que sigue siendo producto de la imaginación futurista o pura ficción las consideraciones previstas en este trabajo, y que no merecen análisis jurídico alguno ante su escasa o ninguna aplicación en nuestro medio -cosa refutable a todas las luces según se ha demostrado palmariamente-. Pero queda, no obstante, un espacio jurídico muy amplio, para proyectar, analizar y discutir todos estos problemas de la reproducción humana asistida. Y, si no, dejemos una última reflexión al respecto:

En el futuro desaparecerán las indicaciones del aborto, al poder ser tratado fuera cuerpo de la madre, al igual que si el embarazo implica un peligro para esta, cuando se desarrollen las placentas artificiales, a donde se trasladarán los fetos, de forma que la interrupción del embarazo podrá ser lícita siempre, al no implicar ya forzosamente la interrupción de la vida del concebido (21).

**NOTAS BIBLIOGRAFICAS**

3. Revista Times septiembre 10 de 1.984, p. 32.
4. *Ibidem*.
5. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, Barcelona 1985.
6. Ricardo Uribe Holguín "Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos", Edic. Temis Bogotá, 1.970, p. 173.
7. Javier Tamayo Jaramillo "La culpa contractual", Ed. Temis, Bogotá, 1990, p. 169.
8. Consúltese a E. Arriagada U. "El cuerpo humano como Mazeaud, "Los contratos sobre el cuerpo humano", R. de D. y J., T. XLVII (Santiago, 1.950), Sección Derecho, p. 33 a 44; De Cupis, "Y diritti della personalità, Milano, 1.961).
9. Official Journal of the American Fertility Society. "Fertility and Sterility, February 1.977, vol. 28, No. 2 Birmingham Alabama. Festas.
10. Leslie White. "The definition and prohibition of incest american antropologist", 50, 416-35 (1.984) p. 424.
11. Alirio Sanguino Madariaga, op. cit; p. 359.
12. Alirio Sanguino Madariaga, op. cit; p. 360-64.
13. Fabio Naranjo Ochoa, op. cit; p. 263.
14. Fabio Naranjo Ochoa, op. cit; p. 303 a 305.
15. Fabio Naranjo Ochoa, op. cit; p. 303 a 305.
16. Fabio Naranjo Ochoa, op. cit; p. 322.
17. Natacha Panatt Kyling, "La inseminación artificial y su posible reglamentación a través de un instrumento internacional", Revista Chilena Católica, 1989, p. 530.
18. Véase más ampliamente, a José M. Carrera y otros, Diagnóstico prenatal, Instituto Dexeus, Barcelona, Salvat Editores, 1987, p. 1 y 55; Carlos María Romero Casabona, El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-penales, en "La Ley", núm. 1751, 6 (1987); Marie Choquette, Nouvelles Technologies de la reproduction (Etude des principales législacions et recommandations), Gouvernement du Québec, Conseil du statut de la femme, Québec, 1986, p. 29; Comité Consultafit National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et la Santé, Rapport: le diagnostic prénatal et perinatal. Le diagnostic d'une predisposition, Paris, 1985,

- p. 4 y 55: Clarke Fraser, Diagnostic prénatal des désordres génétiques en "Cahiers de Bioéthique", núm. 2, Québec, 1980, p. 3 y 55; José Usandizaga, Consejo genético y diagnóstico prenatal: problemas éticos, en "Dilemas éticos de la medicina actual", Madrid, 1986, p. 301 y 55; Tabitha Powledge y John Fletcher, Recommandations concernant les problèmes moraux, sociaux et juridiques relatifs au diagnostic prénatal, en "Cahiers de Bioéthique", núm. 2, Québec, 1980, p. 92; John A Robertson, The right to procreate and in utero fetal therapy en "The Journal of Legal Medicine", 1982, p. 343; Hans Lüttger, la distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso "Contergan", en "Medicina y Derecho Penal", Madrid, 1984, p. 76 y 55.
19. Carlos María Romero Casabona, La protección jurídica del concebido. El feto como paciente, en Nuevo Foro Penal, No. 45, Bogotá, septiembre 1989, p. 335 y 55.
20. Véase a Luigi Lombardi Vallauri, Bioética, potere, diritto, en "Giustizia", 21, 1984.