

LA FECUNDACION ARTIFICIAL Y SU IMPLICACION EN LOS CONCEPTOS DE FILIACION Y PATERNIDAD

Alirio Sanguino Madariaga

Doctor en Derecho de la U. de A.
Juez 44 de Instrucción Criminal.
Medellín, Colombia, Carrera 67, Nº 106B-5.

PRIMERA PARTE: INTRODUCCION.

1. Consideraciones preliminares.
2. La legislación colombiana y la fecundación artificial.

SEGUNDA PARTE: ESTADO CIVIL DE LOS HIJOS NACIDOS FRUTO DE LA FECUNDACION ARTIFICIAL.

3. Hijos nacidos de mujer soltera.
4. Hijos nacidos de mujer casada.
 4. 1. Supuesto: Fecundación artificial homóloga.
 4. 1. 1. Impugnación de la presunción de la paternidad legítima.
 4. 1. 1. 1. Absoluta imposibilidad física de acceso carnal: Ausencia.
 4. 1. 1. 2. Impotencia.
 4. 1. 2. Enjuiciamiento al concepto tradicional de paternidad.
 4. 1. 3. Aproximación a una solución: imposibilidad de engendrar y no imposibilidad física de tener acceso carnal.
 4. 1. 4. Supuesto del hijo concebido mediante inseminación artificial homóloga practicada después del fallecimiento del marido.
 4. 1. 5. Trascendencia del consentimiento del marido en la legitimación del fruto de inseminación artificial homóloga.
 4. 2. Supuesto: Fecundación artificial heteróloga.
 4. 2. 1. Desconocimiento de la paternidad del hijo concebido mediante inseminación artificial heteróloga.
 4. 2. 2. Trascendencia del consentimiento del marido con la legitimación del hijo fruto de inseminación artificial heteróloga.

TERCERA PARTE: LA FECUNDACION ARTIFICIAL Y SU CODIFICACION.

5. Intentos de codificación civil.
6. Legislación.

PRIMERA PARTE: INTRODUCCION

1. Consideraciones preliminares.

2. La legislación colombiana y la fecundación artificial.

SEGUNDA PARTE: ESTADO CIVIL DE LOS HIJOS NACIDOS RESULTANTES DE LA FECUNDACION ARTIFICIAL

"Son tan extraordinarias las posibilidades de selección y multiplicación de la natalidad, que basta observar que por el actual sistema un hombre podría llegar a tener, durante su vida, unos cuarenta o cincuenta hijos, mientras que por el sistema de la inseminación artificial ese mismo hombre podría fecundar 'sin excesiva fatiga', unas veinte mil mujeres, según los cálculos que hace SAVATIER. Siendo ésto así, los laboratorios o bancos de semen pueden seleccionar fácilmente los reproductores humanos más hábiles y de mayor garantía, y en esta forma contribuir a que generaciones futuras sean más perfectas, tanto física como intelectualmente. De esta suerte, el hombre podría ser reemplazado por el superhombre".*

TERCERA PARTE: LA FECUNDACION ARTIFICIAL Y SU REGULACION

1. Intentos de codificación civil.

2. Legislación.

*VALENCIA ZEA, Arturo. "Derecho Civil" (Derecho de Familia, Tomo V), Bogotá, Ed. Temis, 1975, pág. 21, Nota 17.

INTRODUCCION

1. Consideraciones preliminares.

El adelanto de las ciencias biológicas en la época moderna ha provocado los más inusitados interrogantes. Es indudable que los procesos tendientes a lograr la fecundación 'in vitro', la inseminación artificial, aparejan otros no menos interesantes como la venta de óvulos o esperma. Nada impide pensar, en lo sucesivo, en bancos de óvulos y en centros de fecundación extrauterina que, mediante una retribución convenida posibiliten la implantación de embriones así obtenidos.

Es indudable que la biología plantea posibilidades que escapan a la imaginación para convertirse en sucesos reales. Piénsese solamente en algunas pocas y trascendentales implicaciones: la embriología, mediante una adecuada combinación celular embrionaria, podría seleccionar incluso ciertos caracteres genéticos, otras de gérmenes donados con una diferente composición lográndose así un hijo de paternidad múltiple: se trataría, en suma, de "mezclar" el embrión de los padres uno genéticamente superior y combinar adecuadamente las células embrionarias en el estadio de segmentación inicial de los blastómeros. Algo así como una depurada forma de eugenesia.

Es claro, la posibilidad de manipular con éxito los componentes genéticos de la fecundación altera concepciones científicas tradicionales, provoca replanteos éticos y, desde luego, crea situaciones jurídicas nuevas.

Las ideas que nos atrevemos a exponer en estas notas van encaminadas a analizar las implicaciones jurídicas que, uno de esos fenómenos biológicos, la **fecundación artificial en seres humanos**, plantea a los conceptos tradicionales de **filiación y paternidad**.

Entrando en materia y para mayor comprensión de las ideas que iremos desarrollando, es importante conocer la diferencia entre **inseminación y fecundación artificiales**. La primera es aplicable al método de introducir el esperma en los órganos genitales y reproductores de la mujer, y la segunda es utilizada cuando

la inseminación ha tenido éxito, es decir, de efectiva concepción. De allí que toda fecundación artificial, aparezca la práctica de la inseminación. No siempre que se **insemina** se **fecunda**; pero siempre que se **fecunda**, se **insemina**.

Doctrinariamente, se ha clasificado la **fecundación artificial**, en **homóloga** (si la mujer hubiere sido inseminada con esperma del propio marido) y **heteróloga** (si el esperma procede de un extraño).

2. La legislación colombiana y la fecundación artificial.

Es un hecho que el Código Civil Colombiano no pudo prever ni regular los problemas que plantea la fecundación artificial, pues éste como los demás códigos civiles del siglo pasado y aún los más recientes, siguen en el derecho de familia la orientación tradicional basada en la procreación de los hijos por los medios naturales de acción sexual. En aquella época la fecundación artificial en seres humanos no se había desarrollado ni era previsible su aplicación. "Será preciso —dice **Savatier**— consultar tanto el espíritu como la letra de las disposiciones para adoptar su contenido a los problemas nuevos..."¹

Es claro, la posibilidad de manipular con éxito los componentes genéticos de la fecundación altera concepciones científicas tradicionales, provoca replanteos éticos y desde luego, crea situaciones jurídicas nuevas.

Las ideas que nos atrevemos a exponer en estas notas van en camino a analizar las implicaciones jurídicas que uno de esos fenómenos biológicos, la fecundación artificial en seres humanos, plantea a los conceptos tradicionales de filiación y paternidad.

Entrando en materia y para mayor comprensión de las ideas que iremos desarrollando, es importante conocer la diferencia entre la inseminación y la fecundación artificial. La primera es...

(1) **SAVATIER, Paul**. "La inseminación artificial ante el Derecho Positivo Francés". En "Fecundación artificial en los Seres Humanos". Colección Problemas de Hoy. Studium, Madrid, Bs. As., 1950, pág. 21.

ESTADO CIVIL DE LOS HIJOS NACIDOS FRUTO DE LA FECUNDACION ARTIFICIAL

3. Hijos nacidos de mujer soltera o habidos fuera de matrimonio.

Hasta la vigencia de la ley 29 de 1982, los hijos extramatrimoniales eran ilegítimos o naturales.² Los primeros correspondían a todos aquellos que no habían logrado la prueba de filiación frente al derecho en virtud de declaración o reconocimiento,³ y los segundos adquirirían dicha calidad respecto del padre que los había reconocido.

De tal manera que el hijo fruto de la fecundación artificial, se consideraba natural respecto de la madre y del padre que lo había reconocido mediante confesión.⁴

Con la vigencia de la ley 29 de 1982, desaparece el concepto de hijo natural. A partir de la misma "Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones", (art. 1º que adicionó el 250 del Código Civil).

Aunque judicialmente el legislador condiciona el reconocimiento a seis taxativos casos, creemos que ningún juez podrá negar la declaración de paternidad, cuando el hijo o su representante "prueben" la práctica de la inseminación artificial, con semen de su progenitor y su coincidencia con la época de la concepción.⁵

Podría suscitarse el problema de **Jure Condendo**, de si deberían ampliarse los casos de admisibilidad de la indagación de la

(2) "El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando haya sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá dicha calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento". (art. 1º, ley 45 de 1936).

(3) **SUAREZ FRANCO, Roberto**. "Derecho de Familia" (Del régimen de las personas), Bogotá, Ed. Temis, 1971, pág. 257.

(4) En el acta de nacimiento, por escritura pública, por testamento, por manifestación expresa y directa ante el juez.

(5) El art. 6º de la ley 75 de 1968, señala seis taxativos casos: rapto o violación, seducción, confesión, relaciones sexuales en la época en que pudo tener lugar la concepción, trato personal y social, posesión notoria del estado de hijo. El art. 29 (ley 45 de 1936) no admite otras causales a las enumeradas en la norma citada.

paternidad extramatrimonial admitiendo que el hijo pudiera iniciarla en el supuesto del dador de líquido seminal, lo que consideramos que debe resolverse afirmativamente. Su importancia está condicionada a que no coincida la práctica de la inseminación artificial con otro u otros casos de presunción y declaración de la paternidad, porque si esto último sucede, es evidente que el hijo podrá iniciar la acción de investigación de paternidad extramatrimonial, siempre que se de alguna de las causales contempladas en el artículo 6º de la ley 75 de 1968.

Cuando el dador del semen es desconocido, el hijo permanecerá en estado de ilegitimidad respecto de éste.⁶

4. Hijos nacidos de mujer casada.

Debemos distinguir en este punto, según se trate de fecundación artificial homóloga o heteróloga.

(6) Las conclusiones apuntadas en el texto son en general aceptadas por la doctrina: SAVATIER. Ob. Cit., pág. 26; KIPP-WOLF. "Derecho de Familia", Barcelona, 1946; Vol. 2, part. 75 y ss., pág. 5 (sostienen que la inseminación artificial de la mujer con semen de un hombre, siempre que sea hecha con la voluntad de éste, puede ser equiparada a la cohabitación, obliga a considerar como padre a aquel hombre). BATLLE, MANUEL. "La Eutelegenesia y el Derecho", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Tomo VXII, junio de 1949, pág. 667. (Admite que en el supuesto de reconocimiento forzoso han de estimarse carentes de base en el caso examinado, pero acepta que el dador seminal reconozca voluntariamente "al hijo, en el supuesto de que pudiera identificarse la procedencia de lo donado... si el padre no tenía impedimento para el matrimonio..."). BORRELL MACIA. "La Persona Humana", Barcelona, 1954, pág. 82 (cree que el padre podrá reconocer a los hijos así engendrados y éstos investigar la paternidad). GATTI, Hugo. "La Familia y la Técnica Actual", en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo, 1961, enero-marzo, año XII, Nº 1, págs. 34 a 36 (considera que deben ampliarse las causales de admisibilidad de la indagación de la paternidad natural, dando cabida al fenómeno de la inseminación artificial). En cambio CASTAN TOBEÑAS, José. "Los Problemas Civiles de la llamada "Inseminatio Artificialis en seres humanos", Zaragoza, 1952, pág. 403. (Entiende que la ilegitimidad de la inseminación artificial se desprende que el dador seminal no puede reconocer al hijo y por tanto tampoco podrá adquirir el derecho de patria potestad sobre aquél), pero que, en términos de justicia, se ha de admitir que cuando pueda probarse la inseminación artificial (máxime si se trata de casos que tengan alguna analogía con los casos de investigación de paternidad autorizados por el Código Civil) podrán los tribunales imponer al padre la obligación de indemnizar al hijo los daños que se causen por quedar privados de los derechos que la reclamación y su filiación le proporcionarían en condiciones normales). MARTINEZ VAL, José María. "La Eutelegenesia y su tratamiento penal" (Tesis para el doctorado en Derecho), Madrid - Ciudad Real, 1952, págs. 69 a 74. (Estima muy dudosa la posibilidad legal de que el dador seminal pueda reconocer al hijo en supuesto de que pudiera identificarse la procedencia del semen, porque aunque la legislación española no define al padre como tal, el espíritu de la misma, por la época en que se promulgó, es que padre es solamente quien fecunda por cohabitación, "luego el acceso es legalmente un requisito necesario para la paternidad". Se fundamenta en el Código Civil Alemán, artículo 1717, ap. 1, ap. 2 que define al padre como el que ha cohabitado con la madre).

4.1. Supuesto: fecundación artificial homóloga.

Un principio fundamental sobre el que se organiza la familia legítima, es la vieja presunción legal de que los hijos concebidos durante el matrimonio por la mujer casada, tiene por padre al marido.⁷ En la filiación matrimonial se parte de dos hechos de simple constatación —la maternidad y el matrimonio— para arribar a un hecho desconocido: la paternidad del esposo. La verdad de la conclusión en el silogismo no es una creación arbitraria, sino que se basa en un juicio de probabilidad nacido de lo que normalmente sucede.

Es indudable que los hijos nacidos en el matrimonio mediante la práctica de la inseminación artificial, se encuentran cobijados por el principio: **pater est quem nuptiae demonstrant**, que acabamos de enunciar.

4.1.1. Impugnación de la presunción de la paternidad legítima.

La presunción de paternidad del marido, fundado en lo que ordinariamente sucede, permite por su propia naturaleza, que aquella cese en el caso concreto, cuando se prueba que no han funcionado alguna de las condiciones que justifican su existencia: falta de relaciones sexuales entre los esposos durante la época de la concepción o, de haberla habido, que las mismas no han sido la causa de la procreación.

4.1.1.1. Absoluta imposibilidad física del acceso carnal: ausencia.

Quienes pretendan destruir la presunción de paternidad legítima deben probar: (A) que durante el tiempo en que se presume la concepción, el marido no tuvo relaciones sexuales con su esposa; (B) que durante ese tiempo tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres. La primera prueba de impugnación de paternidad basada en la imposibilidad en que estuvo el marido de cohabitar con su esposa, la enuncia así el párrafo 2º del art. 214: **"El marido con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92, pudiere**

(7) "El hijo que nace después de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él y tiene por padre al marido" (art. 214 del C. C.).

presumirse la concepción estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer".⁸

Pues, mediante el procedimiento de la inseminación artificial podría ocurrir que, aún existiendo **absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer** durante el período legal de concepción, la esposa acreditará que la fecundación se obtuvo mediante inseminación artificial con esperma de su marido: tal, por ejemplo, en el caso planteado por la doctrina⁹ en que éste hubiera consentido remitir a distancia su propio semen y luego pretender desconocer el hijo alegando la absoluta imposibilidad física de acceso a la mujer.

En la doctrina española **Batlle**, sostiene que "la presunción contraria a la paternidad favorece al marido en caso de ausencia, al tenor del Código. Este habla de **acceso** del marido a la mujer y ello debe entenderse en el sentido de **vera copula**, porque lo contrario sería dar un amplio sentido en materia que, por ser odiosa, debe ser objeto de interpretación restrictiva y que no favorezca la realización de una práctica infrahumana".¹⁰

Dos autores con mucha propiedad han rechazado esta interpretación con los que estamos completamente de acuerdo. **Gatti**, manifiesta que "la primera solución es la correcta, pero que no es necesario modificar el código para consagrarla, porque se puede hacer valer, dentro incluso de las pragmáticas vigentes, para re-

(8) La doctrina ha agrupado entre las causales de impugnación de la paternidad, la **AUSENCIA** y la **IMPOTENCIA** (causales de orden físico) como presupuestos de la absoluta imposibilidad física de tener acceso carnal. **SUAREZ FRANCO**. Ob. Cit., págs. 228 y 229.

(9) A título de ejemplo: **CASTAN TOBEÑAS**, José. Ob. Cit., pág. 405; **SAVATIER**, Ob. Cit., pág. 27; **PINAR Blas**. "Problemas morales y jurídicos de la inseminación artificial", en "Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Castán Tobeñas", Pamplona, 1969, Tomo V, pág. 535; **GATTI**. Ob. Cit., pág. 36 (manifiesta que "frente a este problema, la doctrina francesa estima que es necesario revisar los postulados del Código. El futuro derecho no puede sistemáticamente negar la inseminación artificial y LAS SOLUCIONES LEGALES SON ACTUALMENTE INACEPTABLES: el alejamiento físico del marido no es una causa de desconocimiento de paternidad y el desconocimiento ulterior del hijo por parte del padre no solamente sería una mentira, sino una deslealtad que no es posible admitir ni permitir"); **NERSON**. "Le progrès scientifiques et l'évolution du Droit familial", en "Etudes offerts a Ripert". Tímo I, pág. 417; **RICO LARA**, Manuel. "La Inseminación Artificial" (Sus problemas morales y jurídicos), en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid", Vol. XII, 1968, Nros. 31/32, pág. 155; **ZANNONI**, Eduardo A. "Inseminación artificial y fecundación extraterina —Proyecciones jurídicas—". Ed. Astrea, Bs. As., 1978, pág. 31.

(10) **BATLLE**. Ob. Cit., pág. 11. Lo mismo piensa **CASTAN TOBEÑAS**, pero considerando que si el marido impugnase su paternidad de mala fe, amparado por el texto legal, a pesar de probarse la identidad del semen y las prácticas inseminantes, habría que buscar la forma de sancionar su conducta por los medios que las leyes sustantivas y procesales permitiesen. Ob. Cit., pág. 406.

chazar la acción de desconocimiento de la paternidad, la circunstancia de que la mujer fue fecundada por el líquido seminal enviado a distancia por el marido. Es cierto que la ley habla de la **imposibilidad de tener acceso con la mujer**, y es cierto también que con esa expresión el legislador se refirió a la cópula carnal, pero no es menos cierto que, **sin violentar la letra de la ley, de acuerdo con su espíritu, los tribunales deberían rechazar la acción cuando se justificara que la mujer fue fecundada por el líquido seminal de su marido, enviado por éste con esa finalidad.**¹¹ (Subrayado nuestro). En el mismo sentido **Martínez-Val**.¹²

Manuel Rico Lara, dice que si bien es cierto la palabra "acceso" significó en la mente del legislador **acceso carnal** o realización de la cópula perfecta, también es cierto que el codificador del siglo XIX no pudo abarcar una realidad (inseminación artificial), que aún no se había presentado, "por lo que necesariamente tenemos que ampliar, con una precisa interpretación, el estrecho ámbito legal, entendiéndolo que la inseminación homóloga en el caso de ser practicada estando el marido ausente, no implica **"imposibilidad de acceso"**, por que este término tradicionalmente reducido a la verdadera cópula debe hoy ser extendido a las nuevas realidades médico-científicas".¹³

4. 1. 1. 2. **IMPOTENCIA.**

Los doctrinantes han agrupado las causales de impugnación de la paternidad en tres categorías: de orden físico, de orden moral y de orden fisiológico. Entre los de orden físico se encuentran la ausencia y la impotencia.

(11) **GATTI**. Ob. Cit., pág. 37.

(12) Para ese autor "esa presunción contraria a la paternidad que tan concisa como rigurosamente defiende Batlle se puede convertir en otro argumento de inmoralidad y antisocialidad de tales prácticas inseminantes. Un marido ausente durante el plazo hábil de fecundación y embarazo a término, imposibilitado, por tanto, de tener acceso a su mujer, pero que por avión hubiere remitido su semen para fecundarla, podría victoriosamente combatir su propia paternidad, amparado por tal interpretación de la presunción contraria, y ello aunque se probase la identidad del semen y las prácticas inseminantes (prueba a la que indudablemente, y en su propia defensa, acudiría la esposa), porque como dice Batlle, el precepto es de interpretación restrictiva para que no favorezca una práctica infrahumana. En tal caso, resultaría que tales prácticas habrían servido para la separación legal o el divorcio y para la inseminación legalmente hecha de la paternidad de un hijo legítimo, conclusiones ambas cuya inmoralidad es manifiesta. La inseminación artificial con semen enviado a distancia resultaría así una prueba legal de eficacia invencible. Es decir, la misma ley civil, tal como hoy regula la institución familiar y matrimonial, resultaría burlada por la inseminación artificial en la mujer". Ob. Cit., págs. 75 y 76.

(13) Ob. Cit., pág. 155.

Se entiende por impotencia la imposibilidad para la práctica del coito. Toda persona incapaz para el coito **no siempre es incapaz de procrear o engendrar** y no toda persona capaz para el coito, es apta para engendrar.

Existen dos clases de impotencia. La **Coeundi**, que es la impotencia propiamente dicha, en la cual existe **imposibilidad absoluta para el coito, es decir, para efectuar la introducción normal del miembro viril en la vagina, por falta de órganos externos masculinos normales y propios para la erección, y la generandi** (esterilidad), en que no es posible la procreación, debido a que no existe una eyaculación normal o porque el líquido espermático no contenga espermatozoides.¹⁴

Como puede verse, la paternidad se puede impugnar en lo referente a la impotencia de dos maneras: a). Probando que no puede acceder carnalmente a la mujer, es decir, que no puede cohabitar en el sentido usual de la palabra, o lo que es lo mismo que es impotente (impotencia coeundi), y b). Probando que es estéril, es decir, que aunque puede acceder carnalmente a la mujer, no es apto para engendrar (impotencia generandi).

Nos preguntamos si frente a las técnicas modernas utilizadas por la medicina en la práctica de la inseminación artificial, sería posible concebir aún —como se ha venido haciendo hasta el presente— que el impotente coeundi es incapaz de engendrar. No. Una cosa es que por anomalías producidas congénita o accidentalmente en el pene, sea imposible lograr su erección y por lo tanto la introducción normal del miembro viril en la vagina o que lográndose su erección sea imposible su introducción por su tamaño voluminoso, etc., y otra muy diferente es que, por no poderse lograr la introducción deje ser fértil y apto para engendrar. Aceptamos lo primero, más no lo segundo.

¿Acaso no es posible extraer semen de los conductos deferentes, en el supuesto de la ausencia congénita del pene, o mediante masturbación, en el caso de exceso de volumen del pene, para inocularlo técnicamente en los órganos productores o reproductores de la mujer? Hoy, esta es una situación que nadie puede ignorar.

Entonces, sí es posible que un hombre impotente sea apto para fecundar mediante los artificios de la inseminación artificial,

(14) URIBE CUALLA, Guillermo. "Medicina legal y siquiatría forense", Bogotá, Ed. Voluntad, 1952, págs. 431 y 432.

cosa que hasta hace poco tiempo podría parecer imposible. Por ello no es totalmente valedero, aquello de que **"Toda persona incapaz para el coito es incapaz de procrear"**... o que **"Todo individuo impotente es estéril"**.¹⁵

De tal manera que la prueba de la absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, no bastará para que el marido no reconozca al hijo como suyo (artículo 214, inciso 2º), pues como lo hemos explicado, la impotencia no impide que la mujer sea fecundada con el elemento activo propiamente dicho y extraído de sus órganos reproductores.

4. 1. 2. **Enjuiciamiento al concepto tradicional de paternidad.**

"Los procedimientos de inseminación artificial —afirma **Valencia Zea**— ha obligado a los juristas a ampliar de modo extraordinario el antiguo concepto de cohabitación o relación sexual y a abandonar la idea de que la concepción no era posible ningún procedimiento artificial, por ser ella el producto del contacto directo y personal entre hombre y mujer. Con la inseminación artificial no se requiere este contacto y no es necesaria la cohabitación, en el sentido usual de la palabra. Por este motivo los juristas se han visto obligados a abandonar el sentido literal y esencial del problema de la paternidad, que en el fondo no es otra cosa que una autoría, sin que tenga importancia el modo como se realiza, ya sea mediante la cohabitación o mediante la inseminación artificial, pues lo verdaderamente importante es la existencia de esa autoría, pues en el primer caso se presume y en el segundo se determina de modo directo. A decir verdad —prosigue **Valencia Zea**—, la autoría que constituye la paternidad es un hecho biológico, es una cuestión genética, ésto es, el contacto del semen de un hombre con determinada célula femenina, y el hombre del cual proviene el semen que fertiliza la célula femenina, es el padre".¹⁶

4. 1. 3. **Aproximación a una solución: imposibilidad de engendrar y no imposibilidad física de tener acceso carnal.**

Es claro que no es lo mismo imposibilidad de engendrar que imposibilidad física de tener acceso carnal.

(15) VALENCIA ZEA, Arturo. "Derecho Civil", Tomo V (Derecho de Familia), Bogotá, Ed. Temis, 1975, págs. 431-432.

(16) VALENCIA ZEA. Ob. Cit., pág. 335.

De ahí que cuando el Código Civil nos hable de imposibilidad física de tener acceso carnal, debemos entender esta proposición como incapacidad para engendrar, dando así cabida a toda una gama de implicaciones que trascienden de la fecundación artificial, que quedarían fuera de toda regulación legal si atendiéramos exclusivamente al sentido gramatical de las normas jurídicas. Además, cuando el párrafo 2º del artículo 214 del Código Civil Colombiano, habla de absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, implícitamente se está aludiendo no a cualquier clase de acceso carnal, sino al que es idóneo para producir la concepción de un ser humano y de ello porque **es imposible creer que el legislador haya empleado la expresión acceso carnal sin tener en cuenta el fin esencial de éste, que es la procreación.** Tan cierto es lo dicho que la misma expresión carecería de sentido sino llevara implícito su fin, en efecto, **sin necesidad de un acceso carnal en sentido material puede llevarse a cabo la concepción como sucede con la fecundación artificial,** y, por otra parte, el marido no podrá adelantar la acción de impugnación alegando la inexistencia material del acceso carnal, si de manera evidente el hijo es suyo. Y esto por cuanto la ley emplea la expresión comentada, al referirse a cualquier contacto sexual susceptible de producir la concepción.

El profesor **Valencia Zea**, dice que, "todos los problemas que se le presenta a muchos autores y jueces acerca de este punto, tienen su origen en el hecho de que no se determina exactamente el sentido que tienen las palabras de la ley. En efecto, cuando el legislador se limita a exigir una relación sexual o cohabitación, sin hacer más advertencias, ello quiere decir que presume al marido capaz de realizar actos carnales idóneos para procrear o, en otros términos, que presume que el hombre capaz de realizar materialmente un acto sexual, es apto para engendrar y que nunca presume la esterilidad del hombre".¹⁷

4. 1. 4. **Supuesto del hijo concebido mediante inseminación artificial homóloga practicada después del fallecimiento del marido.**

He aquí un supuesto atrayente que no pudo ser imaginado por el legislador colombiano. Se presume que solo los hijos concebidos por la mujer **durante** el matrimonio tienen por padre al

(17) *Ibidem*, pág. 324.

marido y en ello queda involucrada la presunción de legitimidad en función del período legal de concepción del hijo: la ley supone concebidos durante el matrimonio los hijos que nacieron después de los ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre y los póstumos que nacieron dentro de los trescientos días contados desde el día en que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fuere anulado (artículo 220, C. C. C.).

Es obvio que los hijos dados a luz por la viuda después de los trescientos días desde que su matrimonio quedó **ipso iure** disuelto por fallecimiento de su marido no se presumen concebidos en ese matrimonio, ni, por ende, el marido premuerto será reputado su padre. Pero ¿qué ocurriría si la viuda alegara y en su caso probara que ese hijo fue concebido con semen del marido obtenido antes de su fallecimiento? **Roberto Maraury y Barredo**,¹⁸ señala que fisiólogos modernos (Duplay) creen haber descubierto experimentalmente que los espermatozoides conservan su vitalidad muchas horas después del fallecimiento, los que recogidos de los conductos diferentes de un difunto, pudieran utilizarse para la práctica de la inseminación artificial. Considera que los hijos así habidos serían "ilegítimos, ante el Código, como habidos fuera del matrimonio. Puesto que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges".

Eduardo Novoa Monreal, manifiesta que al ser posible "conservar por largo tiempo semen humano a bajas temperaturas, un hijo nacido algunos años después de la muerte del marido, puede ser biológicamente un hijo legítimo de la viuda".¹⁹

Antonio Chaves, nos dice que en el año de 1977, "kim casali, artificialmente inseminada con esperma que sea marido, já incuravelmente doente de cancer, depositara num banco de semn, em Londres deu a luz, decorridos dezesseis meses do falecimento do esposo".²⁰

(18) **MARAURY Y BARREDO, Roberto.** "Impotencia, Esterilidad e inconsumación ante el Derecho Español", Madrid, Ed. Javeria Morata, 1930, págs. 142 y 143.

(19) Comenatrios al artículo de Mariel Revillard ("Legal aspects of artificial insemination and embryo transfer in french law", publicado en "The international and comparative law quarterly", Vol. 23, parte 2, abril, 1974, Londres). **NOVOA MONREAL, Eduardo**, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año VII, N° 20, mayo-agosto de 1974, pág. 245.

(20) **CHAVES, Antonio.** "Filiacao legitima", en "Justitia" (Orgao do Ministério público de Sao Paulo), Sao Paulo 41(107), out-dez, 1979, pág. 102.

Para **Zannoni**, "la paternidad debe atribuirse al marido premuerto que genéticamente es el autor de la concepción. En consecuencia como se trata de un hijo concebido por marido y mujer, el hijo es legítimo".²¹

En nuestra legislación el hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio, se **presumirá legítimo** en cuya condición se mantendrá y tratará, hasta que se declare judicialmente su ilegitimidad (art. 224 del C. C.), pero si se prueba la inseminación artificial con semen del esposo obtenido antes de su fallecimiento, ¿se le considerará legítimo? A pesar de que el art. 213, ibídem, condiciona la legitimidad del hijo a que haya sido concebido durante el matrimonio, creemos que consultando el espíritu de la ley,²² ese hijo nacido después de los trescientos días posteriores a la muerte del esposo, ha de considerársele, para todos los efectos legales, legítimo. No sería justo que a dos hijos nacidos de una misma madre y de un mismo padre, deba dárseles un tratamiento diferente, por el hecho de haber nacido uno de ellos después de trescientos días de fallecido "su padre".

A idénticas conclusiones es posible llegar en la legislación española, donde el art. 111 del Código Civil (similar al 220 del C. C.) ha servido de fundamento a cierto sector de la doctrina que ha considerado que el hijo o su representante legal, y la madre podrían alegar y ofrecer probar que la concepción tuvo lugar **post mortem** con semen del marido, adecuadamente conservado.²³

Zannoni, comentando la legislación argentina al respecto, donde la paternidad del marido premuerto no se presume, se presentaría en el supuesto analizado, "una concepción genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial",²⁴ pero acepta que "ello no obsta a que el hijo o su representante legal, reclame ju-

(21) ZANNONI. Ob. Cit., pág. 73.

(22) "En la ley debe el intérprete seleccionar aquel sentido que se desprende de la ley objetivamente considerada de acuerdo con las concepciones culturales vigentes en el momento en que se aplica. Si las palabras y proposiciones gramaticales que se someten al Juez y a los intérpretes en general, no han cambiado, no sucede lo mismo con el sentido o pensamiento en ellas escondido. El conjunto de direcciones culturales de una época determinada cambia con el tiempo, adquiere un nuevo sentido; y es ese nuevo el que tendría en cuenta el intérprete, aunque el lenguaje en sí no haya experimentado cambio alguno". (VALENCIA ZEA, *Arturo*. "Derecho Civil", Tomo I (Parte General y Personas), Bogotá, 1972, Ed. Temis, pág. 123 y 124.

(23) SANTOSSUOSO. "La Fecondazione artificiale nella donna", Milán, 1961, pág. 91. Citado por ZANNONI, Ob. Cit., pág. 72.

(24) ZANNONI. Ob. Cit., pág. 74.

dicialmente la paternidad a los términos del art. 325, del Código Civil, probando que antes de morir, el marido aceptó expresamente la extracción del esperma para su conservación con el fin de engendrar un hijo con su mujer y que la concepción se produjo con ese esperma. La reclamación, probados los extremos que fundan el presupuesto biológico de la filiación, habrá de prosperar".²⁵ Nosotros creemos que sin o contra el consentimiento del marido, si el esperma es suyo, el hijo será legítimo.

4.1.5. **Trascendencia del consentimiento del marido en la legitimación del hijo fruto de inseminación artificial homóloga.**

Es unánime la doctrina en aceptar como hijo legítimo el habido de mujer fecundada artificialmente con semen proveniente del marido. Ahora. ¿Qué importancia tiene el que el esposo haya consentido o no, para que se le extrajera el semen a utilizar en las prácticas inseminatorias (como por ejemplo, extraerle semen mientras se le practica un examen médico sin haber otorgado el consentimiento para ello)? Civilmente creemos que es indiferente en la fijación de la legitimidad que el marido haya consentido o no en dicha práctica. Es como dice **Valencia Zea**, "la autoría que constituye la paternidad es un hecho biológico, es una cuestión genética, esto es, el contacto del semen de un hombre, con determinada célula femenina, y el hombre del cual proviene el semen que fertiliza la célula femenina es el padre".²⁶

Borrel-Macia, sostiene que los hijos 'tendrán la consideración de legítimos en todos los derechos y obligaciones a ella inherente'.²⁷

Para **Torres Rivero**, "si hay consentimiento del marido y es su propio semen (homóloga), el hijo es legítimo, con todas las consecuencias de patria potestad, alimentos, régimen de visita, etc.". "Si no prestó consentimiento el marido y es su propio semen (homóloga), también el hijo es legítimo".²⁸

4.2. **Supuesto: fecundación artificial heteróloga.**

Lo habitual es que se recurra a la inseminación artificial heteróloga cuando exista esterilidad en el marido y contando con

(25) Ibídem, pág. 75.

(26) VALENCIA ZEA. "Derecho Civil" (Derecho de Familia), Cit., pág. 335.

(27) BORREL-MACIA. Ob. Cit., pág. 87.

(28) TORRES RIVERO, *Arturo*. "Derecho de Familia y Desarrollo", en "Actas Procesales del Derecho Vivo", Caracas, Vol. IX, Nros. 26-27, pág. 217.

el consentimiento de éste, pero puede suceder que ésta se practique aunque exista la posibilidad de fecundación mediante el coito entre marido y mujer, y lo que es más preocupante, sin el consentimiento de aquél. En todos estos supuestos la máxima **pater est quem iustae nuptiae demonstrant** que recoge el art. 214 del C. c., rige plenamente, aunque genéticamente hablando, el hijo concebido sea de un tercero.

Atendiendo a los planteamientos formulados en este trabajo, se hace imperioso distinguir en la fecundación artificial heteróloga, dos supuestos: (a). Fecundación artificial heteróloga practicada para suplir la esterilidad del marido, y (b). Fecundación artificial heteróloga practicada cuando el marido es fértil genéticamente. Clasificación esta que desarrollaremos en el punto siguiente

4. 2. 1. Desconocimiento de la paternidad del hijo concebido mediante inseminación artificial heteróloga.

Nos encontramos ante la alternativa del marido que pretende desconocer la paternidad que la ley atribuye en virtud del principio **pater est...** (art. 214 del C. C. C.), cuando ha habido inseminación artificial practicada con semen de un extraño. Es un hecho de justicia, otorgar al marido la posibilidad de desconocer la paternidad del hijo que biológicamente no es suyo, solamente, en dos eventos: (a). Cuando la inseminación se practicare, existiendo en el marido "facultad" procreadora (mediante la cópula o inseminación homóloga); y (b). Cuando existiendo imposibilidad de procreación en el marido, la inseminación se practicare **sin** su consentimiento.²⁹

Cabría preguntar, ¿si en nuestra legislación, es posible que el marido, en los eventos permitidos, impugnase la paternidad que la ley le atribuye, acreditando la inseminación artificial heteróloga? Habrá de distinguirse dos casos: (a). Si el marido, durante todo el **tiempo** en que se pudiera presumirse la concepción, "estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer", o (b). Si durante ese mismo término hubo "posibilidad" de acceso a la mujer.

(29) SUAREZ FRANCO. Ob. Cit., pág. 33, manifiesta: "aunque la esposa hubiese sido autorizada por el marido para que se le hubiese inseminado" "el hijo será ilegítimo". Por su parte ZANNONI, es claro en señalar "que la incubación del semen de un tercero produce un resultado similar a la fecundación adulterina. Aquí no interesa y es irrelevante el consentimiento del marido". Ob. Cit., pág. 51.

En el primer caso (a), no se presentan dificultades, basta probar la incapacidad o imposibilidad de acceso a la mujer. En el segundo (b), creemos nosotros, no basta con que el marido "pruebe" la práctica de la inseminación "cuya sola demostración no es suficiente para impugnar la paternidad, como no lo es el simple adulterio, constituye tan solo un indicio que, aunque de innegable trascendencia, no llega a ser plena prueba, pero que con la ayuda de otros medios de prueba, puede configurar la causal de impugnación".³⁰

El inconveniente se presenta en aquellos sistemas legales que, como el argentino,³¹ consagran un sistema "cerrado" de desconocimiento riguroso de la paternidad legítima, basado en causas o supuestos restringidos que habilitan la acción impugnatoria.

La doctrina moderna ha resuelto con claridad estos problemas adoptando soluciones razonables y prácticas. Así, el legislador alemán con suficiente prudencia, ha establecido: "**El hijo no es legítimo si, según las circunstancias, es notoriamente imposible que la mujer lo haya concebido del marido**" (art. 1591).

El Código de Familia de Costa Rica de 1975, establece en su art. 70: "**Es admisible la prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época que tuvo lugar la concepción del hijo...**".

El Código de Familia de Bolivia de 1972, preceptúa en su art. 187: "**El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser él padre del mismo**".

La ley francesa de filiación de 1972, señala en su art. 312: "**Que el marido podrá desconocer al hijo en justicia, si justifica mediante hechos apropiados que él no puede ser el padre**".³²

(30) SUAREZ FRANCO. Ob. Cit., pág. 230.

(31) El art. 246 del C. C. Argentino habilita al marido para accionar en dos situaciones únicamente: -a- Probar que existió imposibilidad física de cohabitación en el período legal de concepción y -b- Probar el adulterio de la mujer, seguido de la ocultación del parto o del embarazo.

(32) El articulado 490 del anteproyecto, que no recibió sanción legislativa en 1972, dispone: "El marido puede desconocer el hijo concebido durante el matrimonio si prueba que durante la concepción él se encontraba, ya sea por causa de ausencia, ya sea por una causa acreditada médicamente de una manera cierta, en la imposibilidad física de procrear. El desconocimiento no es admisible, sin embargo, si se acredita por todos los medios de prueba que el hijo concebido por medio de INSEMINACION ARTIFICIAL, ya sea por obra del marido, ya sea por obra de un tercero, con consentimiento del marido otorgado por escrito".

El Código Civil Holandés de 1969, admite la acción de desconocimiento de paternidad legítima con estos términos: "El juez declara fundada la acción de desconocimiento si el marido no puede ser el padre del hijo..." (art. 200). Más adelante agrega que no ha lugar a la acción "si el marido ha dado su consentimiento a un acto que ha podido tener por consecuencia la concepción del hijo" (artículo 201).

El art. 262 del Código Civil Suizo (según el texto de la reforma de 1976) permite al marido probar ampliamente que su paternidad está excluida o es menos verosímil que la de un tercero.

A la luz de estos ordenamientos jurídicos, creemos que sin dificultad alguna, el ejercicio de la acción de desconocimiento prosperaría de acreditarse, por parte del marido, que su mujer fue fecundada con esperma de un tercero. Estos sistemas abiertos de impugnación muestran que el criterio de atribución de la paternidad del marido presupone la posibilidad fáctica de que éste haya podido mantener relaciones sexuales con su esposa en el periodo legal de la concepción o, a lo sumo, aunque éstas no quedan descartadas en ese lapso, que la conducta de la esposa no invierte gravemente la presunción de paternidad, permitiendo al marido desconocer la paternidad en cualquier caso en que pueda verosímilmente demostrar que no es el autor de la concepción.

Entre nosotros, el art. 6º de la ley 75 de 1968, establece que no se hará la declaración de paternidad natural "Si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción." (sub.).³³

4.2.2. Trascendencia del consentimiento del marido en la legitimación del hijo fruto de inseminación artificial heteróloga.

Ha sido objeto de profundas discusiones la trascendencia jurídica que pueda tener el consentimiento otorgado por el marido para que la mujer sea inseminada con esperma de un tercero.

(33) En el año de 1977, se presentó al Congreso de la República, el proyecto de ley N° 22, que modifica el art. 214 del C. C., en los siguientes términos:

"Artículo 52.- El artículo 214 del Código Civil quedará así: El hijo, que nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio o dentro de los 300 posteriores a la disolución o anulación se reputa concebido en él y tiene por padre al marido. Este con todo, podrá impugnar la legitimidad del hijo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92, pudiese presumirse la concepción estuvo en imposibilidad física de procrear o tener acceso a la mujer".

Manteniendo un orden lógico en las ideas expuestas en este trabajo y siendo honestos con la posición que hemos venido defendiendo, pregonamos la legitimidad del hijo fruto de la inseminación artificial heteróloga, siempre que la inseminación hubiese sido practicada para suplir la esterilidad del marido, previo consentimiento del mismo.

Nos apartamos de un vasto grupo de doctrinantes, para quienes solamente basta el consentimiento del marido, aunque éste sea fértil genéticamente, en la fijación de la legitimidad del hijo.³⁴

(34) ZANNONI, para quien, sustentándose en la doctrina de los actos propios, "es inadmisibles una pretensión contradictoria de quien habiendo asumido una conducta jurídicamente relevante, lícita, intente luego obtener un resultado contrario al exigido o esperable en razón de aquélla". Ob. Cit., pág. 60. HOLLE AUX. "De la filiation en droit allemand, suisse et francais", París, 1966, pág. 134. Citado por ZANNONI, Ob. Cit., pág. 58, Nota N° 31. GATTI. Ob. Cit., págs. 39/40. DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. "Las Modernas técnicas biológicas y el Derecho de Familia", en "Revista del Ministerio de Justicia", Caracas, año XIII, enero-febrero-marzo de 1964, N° 43, pág. 388, para quien "si hay inseminación heteróloga el consentimiento escrito del marido equivaldría a la manifestación de su voluntad procreacional y entonces el hijo que nazca, hijo será tal como si fuera de su propia sangre., con lo cual tendremos que hay un padre jurídico que no es en verdad un padre biológico" "si la inseminación se practicó sin consentimiento, entonces el hijo queda situado en la condición del hijo extramatrimonial de la madre". VALENCIA ZEA. "Derecho Civil" (Derecho de Familia), citado págs. 336-337, nota N° 43. TORRES RIVERO. Ob. Cit., pág. 217.

LA FECUNDACION ARTIFICIAL Y SU CODIFICACION

5. Intentos de codificación civil.

Entre los intentos de codificar legalmente la fecundación artificial, tenemos que ante el **Senado de Nueva York** se presentó un proyecto de codificación, en uno de cuyos textos se decía:

“Un hijo nacido de mujer casada por medio de inseminación artificial, con el consentimiento expreso o tácito de su marido, será considerado legalmente hijo de ambos; y tal marido y esposa y tal hijo tendrán entre sí las relaciones legales de padre e hijo, y tendrán todos los derechos, y estarán sujetos a todos los deberes de esta relación, incluyendo los derechos de herencia”.

Ante el **Senado de Virginia**, se presentó otro que estaba concebido en los siguientes términos:

“Hijos nacidos como resultado de inseminación artificial: El hijo nacido como resultado de inseminación artificial será considerado lo mismo que el hijo legítimo a todos los efectos, si el marido de la madre ha consentido en la operación”.

6. Legislación.

El 21 de diciembre de 1973, fue sancionado por el Presidente de Costa Rica, José Figueres, el actual **Código de Familia de Costa Rica** que se convirtió en el primer país del mundo que regula civilmente la inseminación artificial.³⁵

El último inciso del artículo 72, estatuye:

“La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad, dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades.

(35) Este Código fue aprobado mediante la Ley N° 5476 del 21 de diciembre de 1973 y entró en vigencia el 7 de agosto de 1975.