

... las cosas por prescripción en un caso particular...
 ... de la acción de dominio...
 ... de la acción de reivindicación...
 ... de la acción de nulidad...
 ... de la acción de rescisión...
 ... de la acción de nulidad...
 ... de la acción de rescisión...

... también puede pensarse que existe la detención de materia...
 ... de la acción de dominio...
 ... de la acción de reivindicación...
 ... de la acción de nulidad...
 ... de la acción de rescisión...
 ... de la acción de nulidad...
 ... de la acción de rescisión...

... Por último, en relación con el artículo 2110 que no existe...
 ... de la acción de dominio...
 ... de la acción de reivindicación...
 ... de la acción de nulidad...
 ... de la acción de rescisión...
 ... de la acción de nulidad...
 ... de la acción de rescisión...

... mas especiales...
 ... de la acción de dominio...
 ... de la acción de reivindicación...
 ... de la acción de nulidad...
 ... de la acción de rescisión...
 ... de la acción de nulidad...
 ... de la acción de rescisión...

**LA INSEMINACION ARTIFICIAL DE LA MUJER ANTE EL
 DERECHO CIVIL COLOMBIANO
 ALGUNAS INQUIETUDES**

Pedro Escobar Trujillo

Doctor en Derecho de la U. de A.
 Ex-profesor y ex-decano de la Facultad de Derecho de la
 Universidad de Antioquia.
 Edificio Coltejer, Of. 3201, Medellín, Colombia.

En los últimos años los avances científicos han impulsado notablemente las técnicas de inseminación artificial a las mujeres con el fin de cumplir la función reproductora de la especie humana; una de sus más recientes manifestaciones de progreso, si de tal se la quiere calificar, la constituye la formación de los llamados "bancos de semen", que pueden mantenerse por largo tiempo mediante congelación a bajísimas temperaturas. La aplicación práctica de tales procedimientos parece ser ya muy generalizada en otras latitudes y, según las informaciones dadas a conocer en distintos medios, se están utilizando también cada vez más corrientemente en Colombia. Además, como se sabe, se han ensayado con éxito sistemas de fecundación que desbordan la noción común de inseminación artificial, como es el de lograr la ovulación "in vitro" (literalmente "en vidrio"), es decir, en un aparato de laboratorio, fuera del cuerpo mismo de la mujer, produciéndose así los denominados un tanto grotescamente "bebés probeta". Es de advertir que, en los casos conocidos hasta ahora, los óvulos que de esta manera resultan fecundados se han vuelto a implantar en los úteros de las respectivas madres, dando origen a un proceso de embarazo y ulterior parto desarrollados en forma normal. Se predice ya, sin embargo, que, análogamente a como se viene practicando con algunos animales, la implantación podrá hacerse eventualmente en otra mujer, de suerte que la gravidez tenga lugar en vientre ajeno y que el hijo nazca de hembra que no es su madre.

Se trata, pues, de una serie de fenómenos de orden físico que han irrumpido en la sociedad contemporánea, alterando anti-quisísimos modos de conducta y que vienen a ser una completa novedad frente a las normas jurídicas clásicas que en Colombia y en la mayoría de los países del mundo regulan materias tan trascendentales como la paternidad, la maternidad y la filiación, base de todo el derecho de familia y sucesoral.

Más todavía: frecuentemente llegan noticias de nuevos experimentos en el campo de lo que ya se conoce con el nombre de ingeniería genética, como la "clonización", con resultados aún imprevisibles, que por lo pronto caen dentro de especulaciones un tanto fantásticas o, si se quiere, de ciencia ficción y que, consiguientemente, no merecen en el estado actual de cosas una especial consideración jurídica. Pero lo que sí es hoy incontrovertible es que puede lograrse la fecundación femenina y la subsiguiente concepción de un ser humano valiéndose de medios no naturales, es decir, distintos al acceso carnal propiamente dicho o sea sin ne-

cesidad de contacto sexual entre el padre y la madre. Y como el derecho tiene que percatarse de las realidades de la vida para cumplir su misión de establecer la justa regulación del comportamiento humano, es preciso que afronte nuevos hechos como los mencionados y aporte las normas pertinentes a las cuales los asociados puedan atenerse para obtener seguridad en sus relaciones recíprocas. Ciertamente, no se debe pretender un apresurado desarrollo legislativo modificador de preceptos e instituciones milenarias, lo cual suele ser, y está bien que así sea, forzosamente lento; corresponde mientras tanto a la doctrina y a la jurisprudencia estar al tanto en la evolución que marcha al paso del tiempo.

El tema, en verdad, aunque bastante tratado en Colombia desde el punto de vista médico, no lo ha sido mucho desde el jurídico y menos aún desde el ángulo del derecho civil, quizá porque hasta ahora los episodios de inseminación artificial que hayan podido presentarse en nuestro medio han sido rodeados por un cierto secreto, derivado a su vez, en mi concepto, de un comprensible sentimiento de pudor ante la utilización de métodos alejados del natural que por tiempo inmemorial ha servido a hombres y mujeres para multiplicarse. Sin embargo, no es aventurado pensar que, al igual que ha ocurrido con otros asuntos, tanto o más escabrosos o delicados, tales casos irán siendo objeto gradualmente de mayor difusión. Valga anotar, en refuerzo de este vaticinio, que en algunos novísimos estatutos legales expedidos en el país ya se consagra de manera explícita la posibilidad de emplear esos métodos artificiales, si bien no se toca directamente con sus implicaciones de derecho civil. Así, en lo penal, el nuevo Código que comenzó a regir el pasado 23 de enero de 1981, incluye entre los delitos contra la autonomía personal, sancionado con prisión de 6 meses a 4 años, inseminar artificialmente a una mujer sin su consentimiento, infracción que se agrava si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga, es decir, con líquido fertilizante de hombre distinto a su marido, o de mujer soltera menor de 16 años (artículo 408); a la vez, se consagra como atenuante del delito de aborto el que la mujer encinta se lo cause o lo permita cuando el embarazo es consecuencia de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida (artículo 490). Por cierto que en la correspondiente exposición de motivos del Código se hacen algunos comentarios de interés sobre el particular, más que todo, como es obvio, a la luz del derecho criminal, con citas de leyes, jurisprudencia y doctrina extran-

teras de reciente data, de las que cabe inferir una idea general de rechazo a la inseminación artificial heteróloga.

Por otra parte, la Ley 23 de 1981 "por la cual se dictan normas en materia de ética médica", prescribe que el médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial con relación a varios aspectos de su ejercicio profesional, entre ellos la inseminación artificial (artículo 54, numeral 7º).

Todo lo anterior me induce a pensar que es oportuno ocuparse del tema, aunque no sea sino para llamar someramente la atención acerca de algunos de los más importantes problemas jurídico-civiles que el mismo suscita. Es preciso advertir que el presente escrito se contrae a un estudio con criterio de estricta legalidad positiva, sin incursionar en el campo de futurología más bien fantástica a la que, por ejemplo, se entrega en alguna medida un autor tan destacado como Valencia Zea;¹ y sin profundizar tampoco en sus indudables connotaciones morales y religiosas, las cuales deben ser objeto de análisis por personas con la debida autoridad y teniendo en cuenta que posiblemente no existen aún suficientes elementos para un juicio ético definitivo de todos los aspectos envueltos en la cuestión.

Clases de inseminación artificial.

La doctrina habla de dos grandes clases de inseminación artificial, a saber, la homóloga y la heteróloga. La primera es aquella en la que se aplica a una mujer semen de su cónyuge. La segunda es aquella en la que se usa semen de un tercero. Lógicamente, la primera solo se da, en principio, en mujeres casadas, en tanto que la segunda puede tener como sujeto pasivo a una mujer casada o soltera. Sin embargo, conviene precisar que si se insemina a una mujer soltera y luego ésta se casa con el hombre que proporcionó el semen, la inseminación que inicialmente era heteróloga se transforma en homóloga para todos los efectos jurídicos.

Inseminación artificial heteróloga y adulterio.

Es obvio que la inseminación artificial plantea mayores dificultades en las mujeres casadas que en las solteras, máxime la

(1) V. su Derecho Civil, tomo V. Ed. Temis, 1977, págs. 22 a 26.

heteróloga, que es precisamente la que suele recomendarse como sucedáneo para la pareja que, por causas fisiológicas o patológicas, no puede procrear hijos.

De ahí que este supuesto merezca un estudio más detenido, comenzando por la necesidad de definir si la mujer casada incurre o no en adulterio por el hecho en sí de la recepción heteróloga, independientemente de que de ello resulte o no un embarazo. El interés jurídico de esta inquietud es manifiesto, ya que si bien el adulterio ha dejado de ser delito en Colombia hace mucho tiempo, desde el ya abrogado Código Penal de 1936, sigue siendo un acto ilícito, que trae aparejadas ciertas sanciones en el plano civil. Es, como se sabe, causal de 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. Por su parte, 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, pero ésto permanece en la órbita de la moral y es irrelevante, hoy por hoy, para el derecho civil.

El adulterio, jurídicamente considerado, ha supuesto siempre la libre disposición física que de su cuerpo hace una persona casada en beneficio de otra que su marido o mujer, según el caso. Esta conducta, tenida como la máxima expresión de infidelidad conyugal y que como tal ha sido rechazada en casi todas las sociedades y en los respectivos ordenamientos jurídicos, va ligada, pues, conceptualmente, a la idea de la cópula carnal con el cómplice o al menos al gozo sexual con éste.²

Esta voluntaria concesión física de los deleites de la carne, con la concupiscencia que implica y la traición que envuelve a la fe prestada al contraer matrimonio y conforme a la cual sólo el cónyuge tendrá derecho a disfrutar de aquéllos ha sido para las legislaciones y para la doctrina el sustrato verdaderamente configurador de adulterio. Por lo mismo, nunca se ha afirmado seriamente que lo haya cuando el acto carnal se ejecuta a la fuerza, es decir, como consecuencia de una violación, precisamente por falta de la voluntad de entrega sexual, por carencia del querer burlarse del cónyuge.

(2) Aún el llamado adulterio espiritual de que habla el Evangelio y que es juzgado ilícito por la moral católica aunque no por el derecho, precisamente porque se mantiene en el ámbito de la conciencia y no trasciende al comportamiento externo, parte de la hipótesis de que una persona casada mire a un tercero con el deseo plenamente advertido y consentido de relacionarse sexualmente con él.

En otras palabras, para que haya adulterio no basta el hecho físico, es necesario un elemento moral, la motivación.

Así las cosas, parece con mayor razón fuera de duda que no puede calificarse como trato adúltero la inseminación artificial heteróloga, la cual se perfecciona mediante una sencilla intervención paraquirúrgica, que en sí misma es neutra como excitante sexual, sin que para ello deba la mujer conocer varón alguno, sin que exista de su parte, ni remotamente, voluntad de experimentar placer carnal con un tercero en detrimento de los derechos de su marido, quedando a salvo, por lo menos aparentemente, el decoro o castidad de la esposa y el honor de su cónyuge. Están ausentes, pues, todos los factores que física y moralmente constituyen aquel reprobable acto, tan contrario a los fines del matrimonio. Debo sí apuntar 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 es ilícita per se, sin que pueda decirse que la culpa purga la culpa.

Discusión sobre la legitimidad del hijo concebido por inseminación artificial.

El problema de mayor entidad jurídica a que da lugar la inseminación artificial es, desde luego, el de si es legítimo o no el hijo que nazca en virtud de la fecundación así lograda.

Como es bien sabido, tradicionalmente se ha considerado que la maternidad, es decir, el hecho del parto, al poderse percibir por los sentidos, es susceptible de prueba directa, v.gr., por testigos presenciales. Al contrario, la relación de paternidad, no siendo visible en sí misma, ha sido preciso inferirla, según lo tienen establecido la jurisprudencia y la doctrina, de un juego de presunciones, básicamente dos: la de cohabitación de la madre y el presunto padre y la de fidelidad de la mujer hacia el mismo padre presunto, es decir, que cohabitó con él y solo con él.³ Sobre estas bases se ha estructurado la relación de legitimidad, que tiene como marco el matrimonio entre la madre y el presunto padre.

(3) Cfr. por ejemplo entre nosotros la conocida sentencia de casación del 13 de octubre de 1955, G. J. LXXXI, 418.

La legitimidad en la inseminación homóloga.

En tratándose de inseminación homóloga de mujer casada, apenas si se cuestiona la legitimidad del hijo, pues se dan todos los ingredientes que la conforman. En efecto, la fertilización ha tenido lugar entre personas que al tiempo de la concepción estaban casadas entre sí, es decir, que el hijo ha sido concebido por la mujer con espermia eyaculada por su propio marido y lo único que aquí difiere del esquema tradicional es la forma artificial como se introdujo dicha espermia en la matriz femenina. Más aún: ni siquiera sería menester acudir entonces a las presunciones arriba mencionadas para fundar en ellas la paternidad legítima, pues ya hasta podría comprobarse por métodos científicos que el semen germinante sí fue del marido y por este concepto la paternidad adquiere mayor certeza, o mejor dicho, la certeza de que hasta ahora en realidad ha carecido.

La doctrina moral católica vigente sobre esta sutil materia, que fue la expuesta por Pío XII en 1949, estima que el elemento activo proveniente del marido no puede jamás obtenerse por actos contra la naturaleza, valorados como pecaminosos, entre los cuales deben contarse la masturbación y el onanismo que serán, en el hecho, los más frecuentes, por no ser práctico otro medio de extraerlo, v.gr., algún tipo de operación. Pero aún aceptando esta posición, no cabe inferir de allí la ilegitimidad jurídica del hijo.

Casos dudosos.

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 los 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 paternidad, que eran los que existían al ser promulgada la citada disposición.⁴

Pues bien, hoy, con la factibilidad de mantener el semen congelado por largo tiempo, al parecer ya científicamente establecida luego de algunas vacilaciones provocadas por resultados no plenamente satisfactorios en la etapa experimental, 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 solo 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 dirá 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 de allí se origine no es legítimo. Personalmente encuentro que esta fórmula podría ser aceptable, partiendo de idénticos prerrequisitos legales, es decir, de disolución por divorcio o de nulidad, no obstante que se me ocurren algunos reparos que más adelante intentaré concretar; pero no la veo tan 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.

(4) Así, Valencia Zea, op. cit., págs. 429 a 431.

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 que 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 1936, 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.^{4 bis}

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

(4 bis) Cuando este escrito estaba listo para enviar a la imprenta, fue sancionada por el Presidente de la República la Ley 29 de 1982, por la cual se pretende abolir las diferencias jurídicas entre los hijos legítimos y los que no lo son.

Esta ley suprime la denominación de hijos naturales y la reemplaza por la de hijos extramatrimoniales, otorgándoles a éstos, por otra parte, los mismos derechos herenciales que a los hijos legítimos. Aparte de la variación intrascendente en el léxico y de la equiparación para efectos sucesorales a los hijos legítimos, esta sí muy importante, me parece que siguen en vigor las antiguas normas sobre filiación y especialmente la necesidad de que la calidad de hijo extramatrimonial con respecto a un determinado varón sea materia de reconocimiento voluntario o de declaración judicial. Por ello, no pierde validez lo que se diga aquí sobre hijos naturales, debiéndose sí tener cuidado de amoldarse a la nueva terminología.

reservada a los hijos concebidos **antes** del matrimonio de los padres y de todos modos 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 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 1936, modificado por el 6º de la Ley 75 de 1968. 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 obsolescencia 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, 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 que, 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 moda-

lidad de la inseminación homóloga sino de la heteróloga, puesto que en la primera el elemento 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.

La legitimidad en la inseminación heteróloga.

Siendo el matrimonio, válido o nulo, la base inmutable de la familia legítima, casi sobra decir que, en tratándose de madre soltera, el hijo producto de la inseminación artificial no puede tener el estado de legítimo. Tendrá entonces el de natural, que se adquiere con respecto a la madre por el solo hecho del parto, al tenor de lo prescrito en la Ley 45 de 1936, artículo 1º.

Se ha querido plantear la discusión, por el contrario, en la hipótesis de mujer casada, sobre todo cuando el marido ha dado su consentimiento para la inseminación y ésta se verifica, para evitar conflictos de diverso orden, con semen de proveedor anónimo.

Algunos autores pretenden que en esta última modalidad de fecundación, no hay razón para que el hijo no sea legítimo.⁵ Sinceramente pienso que, por bien intencionada que sea esta opinión, no tiene asidero jurídico. Como ya se puntualizó, la legitimidad se funda esencialmente en el matrimonio de los padres, luego si se sabe ciertamente que el marido no es el padre, mal puede sostenerse entre nosotros, como cuestión de principio, esa legitimidad. La anuencia del marido, que quizá sería el factor de duda, no otorga la legitimidad, pues eso sería tanto como aceptar que la benevolencia mostrada ante la relación sexual de su mujer con otro bastaría para legitimar los hijos adulterinos. La conclusión resulta obvia sin necesidad de desplegar mayor esfuerzo de raciocinio.

Ahora bien: como es sabido, por virtud de una norma secular que acoge nuestro ordenamiento jurídico (artículo 214 del Código Civil), se reputa que el hijo nacido de mujer casada, después de expirados los primeros ciento ochenta días subsiguientes a la celebración de la boda, fue concebido durante el matrimonio y tiene por padre al marido, en otras palabras, que es hijo legítimo.

Contra esta presunción, que es simplemente legal, cabe, primeramente, la acción de impugnación, la cual en principio sólo se concede al marido, al menos mientras él viva, quien debe ejercerla en plazos perentorios fijados por la misma ley y por causas que también ésta determina y que con razón, son drásticas,

(5) Así por ejemplo Valencia Zea, op. y loc. cit.

pues el legislador tiene en cuenta, como valor primordial en el que está interesada la sociedad, la estabilidad de la institución familiar que sólo debe desvertebrarse ante la evidencia de la falsedad de los hechos en que aquella se funda.

La causal básica de impugnación es la imposibilidad física del marido de tener acceso carnal con su mujer (artículo 214 inciso segundo del Código Civil). Asimismo, y ya se había advertido, el adulterio de la mujer tiene incidencia en este aspecto, si bien no por sí solo sino unido a otras circunstancias, como puede verse en los supuestos de los artículos 215 del Código Civil y 5º de la Ley 95 de 1890; en tanto que el contemplado en el artículo 3º, ordinal 3º, de la Ley 75 de 1968 se reduce también a relaciones extramatrimoniales, que ya no adúlteras, de la madre.

Fácilmente se colige que ninguna de las causales mencionadas, sin lugar a dudas de interpretación estricta, da pie al marido o a sus herederos o a cualquier otro interesado según el caso, para sustentar únicamente en la inseminación artificial heteróloga practicada en la madre, la impugnación de la paternidad que de allí hubiere sobrevenido, al no implicar aquella necesariamente la imposibilidad física del marido para tener ayuntamiento con su mujer, ni ser asimilable, como se esclareció, al adulterio ni avenirse al supuesto tipificado en el artículo 3º, ordinal 3º, de la Ley 75 de 1968. En estas condiciones, la legitimidad del hijo de un tercero queda asegurada, no obstante conocerse que el marido no es padre y aun cuando se tengan los medios idóneos para demostrarlo.

Pero si es verdad que las normas anteriores continúan en vigor, conviene tener en cuenta que la drasticidad anotada se relajó posteriormente, cuando el ya citado artículo 3º de la Ley 75 de 1968, en su ordinal 2º, introdujo una modalidad un tanto diferente a la impugnación en sentido estricto, consistente en que, en el mismo término señalado para ejercer la acción impugnatoria, el marido manifiesta desconocer al hijo como suyo y la esposa acepta tal desconocimiento, lo cual debe ser de todos modos aprobado por el Juez con intervención del hijo involucrado, por sí mismo si es capaz o representado si no lo es. La diferencia esencial entre este desconocimiento y la impugnación propiamente dicha radica en que en esta última es el marido que se cree burlado quien discute la legitimidad frente a un contradictor que, en principio, debe defenderla, mientras que en el desconocimiento desaparece la controversia pues tanto el marido como la mujer pregonan abiertamente ante el Juez su deshonra; por lo mismo,

en la impugnación se traba un verdadero litigio que debe desatarse por los trámites de un proceso ordinario de mayor cuantía, al paso que el desconocimiento se ventila, según reza textualmente la ley, "con conocimiento de causa", lo que en el actual Código de Procedimiento Civil (artículo 442, numeral 15) significa por los ritos más simplificados del proceso verbal; de otro lado, la acción de impugnación se transmite a veces a los herederos, no así el desconocimiento, que sí debe ser hecho personalmente por el marido.

Con esta figura procesal del desconocimiento se quiso, tal vez, facilitar el rechazo de la legitimidad presunta en ciertos casos en los que se dan fuertes motivos para dudar de ella pero que no se amoldan a la rigidez de los señalados para la acción de impugnación, como por ejemplo cuando el hijo es probablemente el fruto de una violación sufrida por la esposa en la época en que se presume la concepción; y también, a mi juicio, cuando es consecuencia de inseminación artificial heteróloga.⁶

Es que la norma del artículo 214, inciso segundo del Código Civil, al condicionar el éxito de la impugnación a la prueba de la imposibilidad para tener acceso físico con la mujer, derivada de la ausencia del marido o del hecho de sufrir alguna enfermedad que le impida ejecutarlo, ha quedado superada porque, en los tiempos que corren, bien puede haberse recogido con anterioridad su semen e inyectádolo luego a su cónyuge. Es pertinente recordar que el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, ordinal 4º, que regula la declaración judicial de paternidad natural por haber existido relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, ya no menciona como argumento que puede esgrimir el demandado el de la imposibilidad física del acceso carnal sino el de la imposibilidad para engendrar, más amplio desde luego a favor del pretendido hijo.

Paternidad natural e inseminación artificial.

Siendo claro que el hijo concebido por mujer soltera mediante inseminación artificial ostenta el estado civil de natural relativamente a la madre, surge la pregunta: ¿Podrá el donante del semen llegar a ser padre natural, por cualquiera de las dos vías o fuentes que en nuestro derecho llevan a dicha paternidad, ésto es, el reconocimiento voluntario a la declaración judicial?

(6) Aunque la violación consumada supone el acto sexual con un tercero, no cabe ver en ella un auténtico adulterio, por carencia en la mujer forzada de la voluntad de cometerlo, según las acotaciones consignadas anteriormente.

Aparentemente, si la madre es soltera, nada obsta para que el donante del semen efectúe el reconocimiento.⁷ Distinto es el caso del hijo concebido por mujer casada en virtud de inseminación heteróloga y el cual, como ya se dejó estudiado, es reputado legítimo sin que parezca sostenible la impugnación por el marido con fundamento en ese solo hecho. A este respecto, regía anteriormente una disposición legal (artículo 3º de la Ley 45 de 1936), contundente al prohibir el reconocimiento del hijo concebido por mujer casada, salvo que, previa la correspondiente impugnación por el marido, se declarara en sentencia ejecutoriada que el hijo en realidad no era suyo.

Pero el artículo 3º de la Ley 75 de 1968 introdujo otros dos supuestos en los que sí procede el reconocimiento, a saber: a) cuando el hijo fue concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, a menos de probarse que el marido lo reconoció como suyo por actos positivos o que durante ese tiempo hubo reconciliación privada entre los cónyuges,⁸ y b) cuando ha mediado el desconocimiento aprobado por el Juez, del que se hizo mención arriba.

También en estos casos, pues, podría tener lugar el reconocimiento como hijo natural del individuo cuya generación se hubiere logrado por inseminación artificial en mujer casada con otro.

Empero, hallo pertinente la consideración de que la verdadera paternidad no está constituida solamente por un hecho fisio-

(7) Conscientemente uso la palabra "donante", ante el hecho de que tal vez hasta el presente el semen se suele suministrar a título gratuito. Pero no niego que bien puede presentarse el caso de enajenación del semen a título oneroso, principalmente compraventa y que la validez de este tipo de contratos se presta a interesantes disquisiciones jurídicas. Es de tener presente que el Decreto 3 de enero de 1982, reglamentario parcialmente de la Ley 9ª de 1979 (Código Sanitario Nacional) "en cuanto a obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de órganos anatómicos y líquidos orgánicos distintos de la sangre", preceptúa que tales elementos sólo pueden ser cedidos y utilizados sin ánimo de lucro; pero aunque el semen humano quede englobado en la definición de líquido orgánico que trae el artículo 8º del decreto, ni éste ni la Ley reglamentada tratan en detalle de dicha sustancia, antes bien, el artículo 47, parágrafo 1º del decreto establece que su distribución para fines de inseminación artificial se sujetará a normas especiales que habrán de dictarse posteriormente.

(8) Cuando se expidió esta ley el divorcio no era causal de disolución para el matrimonio; hoy lo es para el matrimonio civil, según la Ley 1ª de 1976, no para el católico. Debe entenderse, pues, que cuando se habla de divorcio como situación que admite reconciliación privada, alude ahora exclusivamente al divorcio "quoad thorum, mensam et habitationem" en matrimonios canónicos y la locución "separación legal" se reserva para la simple separación de cuerpos en los matrimonios civiles, regulada en los artículos 15 a 18 de la Ley 1ª de 1976. Con referencia a un vínculo civil extinguido por divorcio, es claro que las relaciones sexuales entre los ex-cónyuges son tan ilícitas como las que se den entre una pareja de solteros y deben someterse, en consecuencia, a idéntico tratamiento jurídico.

lógico, desprovisto de todo factor o componente volitivo y afectivo. Ella entraña que, con una conciencia siquiera genérica de las consecuencias de sus actos, un varón haya querido embarazar a una mujer o al menos correr el riesgo de que tal resultado se produzca y es apenas lógico que se le exija la consiguiente responsabilidad. Es innegable que la paternidad y sus efectos jurídicos se derivan de esta voluntariedad. Pues bien: este elemento brilla por su ausencia cuando la inseminación se ha efectuado dentro de la modalidad que trata de ponerse en boga, o sea cuando se recurre a un "banco de semen", en donde por principio se utiliza el de algún individuo que para la madre es casi inexistente en su personalidad y en su físico, catalogado como un donante anónimo, quien se ha limitado a procurárselo solitariamente, sin afectividad primaria hacia la mujer a la que se le hará transfusión de su líquido, sin tener tampoco por su parte el más mínimo conocimiento de quién es ella e ignorando a lo mejor si efectivamente su esperma se utilizó o no y por todo ello sin que aparezca delineada en su mente la idea de que puede procrear un hijo en determinada mujer, máxime cuando, como vimos, existe la posibilidad de que el semen permanezca congelado más allá de la muerte del dador.

Atendiendo a estos razonamientos, se me antoja forzado y francamente injurídico admitir el reconocimiento que quisiera hacer ese donante anónimo, quien en su oportunidad no fuera más que una ficha en los documentos internos de control y archivo del "banco", suponiendo que algún día lograra establecer la verdadera identidad genética del ser que involuntariamente ayudó a crear.

Idénticas razones militan para negar la posibilidad de que a un donante anónimo se le pueda llegar a declarar judicialmente padre natural. Además, con respecto a esta fuente de paternidad natural, nuestra ley (artículo 4º de la Ley 45 de 1936, modificado por el 6º de la Ley 75 de 1968, en concordancia con el 29 de la Ley 45) trae taxativamente seis casos en los que procede y ninguno de ellos otorga suficiencia al solo hecho físico de la inseminación para que se profiera el fallo judicial declarativo. Sería menester acreditar hechos adicionales, tales como el rapto de la madre, su seducción o estupro, las relaciones sexuales más o menos estables y notorias entre la madre y el presunto padre, los escritos en los que se contenga confesión inequívoca de paternidad, el haber sido el hijo tratado y tenido como natural (posesión notoria de este estado civil); pero es incuestionable que en todas estas cir-

cunstancias subyace precisamente el elemento moral, intencional o de afección que da consistencia a la paternidad.

De aceptarse esta tesis, nos encontraríamos una vez más ante el fenómeno jurídico de hijos inhabilitados para tener padre, no por las simples dificultades probatorias que siempre han sido inevitables en los casos de "padres desconocidos", sino, y ahí reside la novedad, por principio normativo.

Otros parentescos.

Dentro de la misma tesis expuesta en el acápite precedente en torno a la paternidad, pero con respecto ahora a los lazos de parentesco que puedan establecerse entre el individuo nacido del semen de un proveedor anónimo y otros miembros de la familia de éste, puede afirmarse que ningún problema se presentará en la práctica mientras subsista ese anonimato. Nada obsta, sin embargo, para que algún día se le identifique y entonces, si bien no se podrá predicar legalmente paternidad - filiación natural ni consiguientemente parentesco natural del otro orden con los consanguíneos del proveedor, no hay que perder de vista que este efecto negativo influye principalmente en relaciones de índole patrimonial (para sucesiones, ejercicio de guardas, etc.). Pero que hay otras relaciones o situaciones en las que no interesa tanto el concepto de parentesco como construcción jurídica, cuanto la consanguinidad mirada como hecho objetivo; pienso por ejemplo en el impedimento dirimente, en el derecho civil y en el canónico, para el matrimonio entre consanguíneos de grado próximo, el cual afecta el vínculo con fundamento en la propia naturaleza de las cosas, en vista de la comunidad de sangre en sí, no importa que ante la ley no se hayan cumplido formalidades que den a los contrayentes el carácter jurídico de parientes naturales.

Pues con los "bancos de semen" de progenitores anónimos, se corre el riesgo de que proliferen seres incuestionablemente consanguíneos entre sí, más ignorantes de serlo y que por lo tanto más adelante pueden llegar a unirse en matrimonios inocentemente incestuosos, de todos modos viciados de nulidad.

Me da la impresión de que los auspiciadores de estos sistemas no han reflexionado bastante acerca de extremos inconvenientes, como el mencionado, que no es tan inverosímil.

Perspectivas inquietantes.

En los párrafos anteriores se ha repasado la importancia que la inseminación artificial puede tener en puntos como el estado civil de los hijos procreados merced a ella, el adulterio, la impugnación de la paternidad presunta, el reconocimiento y la declaración judicial de paternidad natural, el parentesco en general. Pero en todo caso con referencia a lo que pudiéramos clasificar como inseminación artificial normal, es decir, la que se hace en una persona del sexo femenino con el semen de otra determinada del masculino.

Ahora bien, las investigaciones, que no cesan en este campo, permiten vislumbrar nuevas variantes y es así como la literatura médica ilustra sobre el empleo en otros países de semen mezclado del marido y de un tercero. Por demás está decir que, de alcanzarse finalmente en estos ensayos el éxito que no tuvieron en un comienzo, los problemas ya reseñados aumentarán en magnitud increíble, hasta la perplejidad, pues que podría llegar a hablarse de algo que era impensable, como sería una especie de paternidad compartida y un hijo en el que concurrirían el estado de legítimo con respecto a uno de los padres y el de natural con respecto al otro.

Y en otra faceta, que se aparta de lo que es propiamente inseminación artificial pero que de todas maneras debe ser tomada en cuenta como desenvolvimiento de las técnicas genéticas, se ha abierto la posibilidad, citada al comienzo de este artículo, de lograr que el óvulo fecundado de una mujer pueda ser insertado en el cuerpo de otra; así, aquélla concebiría al hijo, pero la segunda lo llevaría en sus entrañas hasta el alumbramiento mismo. Si, como no sería sorprendente que sucediera a corto plazo, se hiciera realidad una expectativa semejante, es obvio que habría que llegar a revisar una serie de conceptos, no solo jurídicos sino del lenguaje corriente tan elementales como los de la madre e hijo, nacimiento, embarazo y tantos otros y las consecuencias de derecho sustantivo y probatorio anexas a los mismos; para no hablar de nociones que dicen más a la moral (virginidad, castidad, etc.), ni de las discusiones inevitables alrededor de la licitud de los convenios, hasta ahora extravagantes, que tengan por objeto la utilización de las funciones del organismo ajeno.

Primera Parte: Introducción

1. Consideraciones Preliminares
2. Tipificación de ciertos delitos penales
3. La inseminación artificial como delito: un problema de índole antijurídico y culpable
4. Nomen Juris
5. Referencia jurídica a la infracción penal
6. Clasificación de la infracción penal

Segunda Parte: La inseminación artificial "normal" desde el punto de vista jurídico

7. Principio de la legalidad de los delitos
 8. Debe ser delito la inseminación artificial
 9. La doctrina y el problema de la paternidad en la inseminación artificial
- ## LA INSEMINACION Y FECUNDACION ARTIFICIALES:
- ### ASPECTOS JURIDICOS
10. Primer Grupo: Delitos de carácter penal
 11. Segundo Grupo: Delitos de carácter penal
 12. Tercer Grupo: Delitos de carácter penal
 13. Cuarto Grupo: Delitos de carácter penal
 14. Aplicación de la ley penal
 15. Proyecto de ley introductoria de la infracción penal
 16. La inseminación artificial en el Código Penal
 17. Infracción y consecuencias penales
 18. La inseminación artificial como delito
 19. La inseminación artificial como delito
 20. "¿El sujeto activo de delitos de inseminación artificial?"
 21. Nueva posición: Proyecto de infracción
 22. Justificación al anterior proyecto

Alirio Sanguino Madariaga

Tercera Parte: La inseminación artificial "no consentida" en el Nuevo Código Penal Colombiano

23. La inseminación artificial "no consentida" como delito contra la libertad individual
 24. ¿Qué interés jurídico se quiere proteger en los delitos contra la libertad individual?
 25. Agravantes del artículo 280 del Código Penal Colombiano
 26. Crítica a los agravantes del artículo 280 del Código Penal
 27. Primer agravante: inseminación artificial "heterológica"
 28. Segundo agravante: inseminación artificial en mujer soltera menor de 16 años
 29. Conculcamiento de la infracción mayor de 16 años
 30. La inseminación artificial
 31. La inseminación artificial
- Doctor en Derecho de la U. de A.
Juez Promiscuo Municipal Ebéjico (Ant.).
Medellín, Colombia, Carrera 67, N° 106B-5.