

CONCEPCION Y DERECHO.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO:
FACULTAD DE DERECHO.
TESIS DE GRADO

CONCEPCION Y DERECHO.

Por:

WILMER NORENA RIANO.

Director:

Dr: JOSE A. BOLANOS.

Cali, Noviembre de 1.982.

6.2
334
1.

Dedico este humilde trabajo
a quienes allanaron el cami
no para que llegara a reali
zarse:

A mi madre:

EMILIA RIANO G.

A mis hermanos:

ROSEMBERG Y WILLIAM.

A mi esposa:

MARIELA HURTADO D.

Dy

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA DE INVESTIGACION

No. 310604

Valor \$3.000=

Fecha 25-VIII-83

Rec. Percecho

Librería *Percecho*

Comp. *2*

"La facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, las cuales deben considerarse como propiedad de su autor". Art. 70 del -
acuerdo 108 de 1.965.

INDICE GENERAL

Pág.

--	INTRODUCCION	
I.-	INSEMINACION ARTIFICIAL.	
	A.- Historia.....	13
	B.- Definiciones	19
	C.- Sinonimia.....	20
II.-	LA INSEMINACION Y EL PROBLEMA MEDICO.	
	A.- Razones para inseminar.....	23
	B.- Padecimiento de anomalias siquicas y fisicas..	24
	C.- Casos en que se aconseja	25
III.-	LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y EL DERECHO DE FAMILIA.	30
IV.-	LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y EL DERECHO COMPARADO..	
	A.- Colombia.....	34
	B.- Francia	35
	C.- Canada	35
	D.- Inglaterra	37
	E.- Escocia	38
	F.- Italia	38
	G.- Estados Unidos	38

V.-PROBLEMAS ETICOS Y JURIDICOS DE LA INSEMINACION

ARTIFICIAL.....	42
A.- Cuestionamientos éticos ,.....	44
1.-Inseminación homóloga dentro del matrimonio.	44
2.-Inseminación heteróloga dentro del matrimonio.....	48
3.-Inseminación artificial fuera del matrimonio	54
B.- Problemas jurídicos de la inseminación heteróloga matrimonial.....	60
1.-Presunción legal de paternidad.....	60
2.-Desconocimiento de la Paternidad.....	64
a.-Con -- el consentimiento del marido.....	65
b.-Sin o contra consentimiento del marido...	70
3.-Eventualidad de reclamación de paternidad por el dador del semen-.....	73
4.-Desconocimiento de la paternidad ejercida por los herederos del marido que consintió la inseminación heteróloga de la esposa.....	75
C.- Supuesto del hijo concebido por inseminación después de 300 días de finalizada la vida en común de los conyuges.....	76
D.- Supuesto de Inseminación homóloga mediando imposibilidad de acceso entre marido y mujer en el periodo legal de la concepción.....	82
E.- La Exceptio "Plurium concumbentium" alegada por el marido en el supuesto anterior.....	84

VI.- FECUNDACION HUMANA EXTRAUTERINA.

A.- Historia	86
B.- Antecedentes	89
C.- Maternidad por procuración.....	93
D.- Directivas biológicas,éticas y jurídicas de la filiación legítima.....	96
E.- Dicotomias del fundamento biológico-institu- cional.....	98
F.- Comienzo de la personalidad.....	101
G.- Relación con el aborto	104
H.- Problemas conexos: Eugénesis selectiva	109
I.-Futuro de la fecundación extrauterina y ética	111
J.- Problemas jurídicos relativos a la maternidad	113
1.-La regla"Partus sequitur ventrem".....	114
2.-Desconocimiento de la maternidad legítima	
a.-Por el marido.....	115
b.-Presunción legal de paternidad.....	117
3.-Eventualidad de que la dadora del óvulo pretendiese reconocer luego al hijo.....	118
K.- Posibilidad de fecundación extrauterina homóloga e implantación del embrión en el útero de la mujer que no es la madre.....	119
L.- Replanteos Jurídicos.....	121

VII.- LA IGLESIA CATOLICA FRENTE A LA INSEMINACION

ARTIFICIAL.....	127
CONCLUSIONES.....	142
BIBLIOGRAFIA.....	148

INTRODUCCION

Disponen los reglamentos del estudio del derecho- que el alumno, para recibir su titulo de abogado debe presentar un trabajo dirigido o tesis, sobre algún punto del derecho. Esta tesis más que un trabajo original, es un esfuerzo investigativo en donde se ponen en practica los conocimientos- adquiridos en la facultad. De ahí, que en ningún momento pre-- tendo, desconocer la experiencia y las capacidades intelectuales de mis maestros, sencillamente deseo, sí es que lo logro, - contribuir en algo al estudio del derecho, al igual que poner a prueba mis aptitudes para recorrer el arduo camino de la - profesión de abogado en la búsqueda de la justicia.

Desde que inicié, mis estudios de derecho he tenido como constante preocupación descubrir el verdadero papel- del abogado en la sociedad. Considerando ahora que en ese papel está su estudio y aporte al avance del derecho para que-

la humanidad tenga una sociedad más justa e igualitaria, he--
tomado como tema de mi trabajo los últimos avances biológi--
cos y su implicación en el derecho positivo.

El tema escogido es por si solo de grandisima im--
portancia, pues el avance de las ciencias obliga a los juris--
tas a la adecuación del derecho a las nuevas situaciones. Es--
te avance especial, de la inseminación artificial y la fecun--
dación extrauterina, desconocida hasta hace algunos años, se -
convierte hoy en gran realidad y nos obliga a pensar en sus--
implicaciones jurídicas, como jurista que se és o se aspira a
ser.

Por mi inexperiencia investigativa y analitica, en
mi trabajo no existen rasgos de originalidad; es más bien o--
bra de compilación que de esfuerzo de propio razonamiento.--
Sintiendome orgulloso si llega a lograr la atención de mis -
maestros y condiscipulos.

Pensando en la amplitud de los avances científico
biológicos, he de limitarme a la inseminación artificial y a--
la fecundación extrauterina.

Para mayor claridad tomo en éste trabajo el caso--
de la señora Inglesa Lesley Brown, que siendo esteril por obs--
trucción de las trompas de falopio, logró extraersele un óvu--
lo maduro que fecundado "IN VITRO" o extrauterinamente con -
esperma de su esposo John Brown. Implantado luego en el útero
de Lesley se desarrolló y culminó con el alumbramiento exito

so de una niña, que fue llamada por la prensa internacional-- como la Bebé probeta.

Así se divide éste trabajo en siete capítulos a - través de los cuales se trata el tema en mención, iniciando - por la historia, definiciones, problemas médicos, su posición - frente al derecho de familia, casuística, problemas éticos y - jurídicos, además diversos supuestos y sus posibles solucio-- nes. Todo ello dentro de lo comentado como Inseminación arti- ficial y fecundación extrauterina. Finalmente se considera la posición de la Iglesia, para terminar con unas lógicas refle- xiones a manera de conclusión.

Como todo lo tratado se refiere a la forma bioló- gica de la iniciación de un nuevo ser y las implicaciones ju- rídicas que representa, es que he decidido titular mi tesis:- CONCEPCION Y DERECHO.

Por último quiero dejar constancia de mi profundo agradecimiento a mis maestros y compañeros que de una u otra forma incidieron para que hoy concluya con satisfacción mi - trabajo. Especialmente al amigo y director de tesis Dr: José- A. Bolaños M.

WILMER NOREÑA RIAÑO.
Cali, Noviembre de 1.982.

INSEMINACION ARTIFICIAL

A.-HISTORIA.

Según algunos autores la inseminación artificial fué practicada por los árabes desde el año 1.322. Aunque no -- existen pruebas que así lo demuestren, se dice que los árabes la realizaron por primera vez cuando fecundaron una yegua -- con semen de un hermoso caballo perteneciente a un jefe enemigo de su tribu.

En 1.782 el monje Italiano LAZARO SPALLANZINI -- realizó importantes experimentos en este campo especialmente en animales inferiores. Posteriormente amplió sus planes y lo -- gró éxito al inseminar una perra con semen de un macho de su misma especie. Este fué propiamente el comienzo de la inseminación artificial en las especies animales.

Su posición de religioso le impidió continuar -- con sus experimentos, sobre todo en la especie humana.

En Rusia se afirma que sus granjeros utilizaban y practicaban la inseminación artificial en especies animales desde 1.889.

En un ensayo titulado "LA FECUNDACION ARTIFICIAL EN LA ESPECIE HUMANA", el doctor López Saiz afirma que MUNTER en una descripción que hizo de su viaje a España y Portugal a fines del siglo XV, refiere en detalle el "MODUS OPERANDI" como médicos españoles practicaron la inseminación artificial en doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV-rey de Castilla, "EL IMPOTENTE" con esperma del monarca que afirman era acuoso y estéril.

El naturalista Suizo Charles Bonnet, escribía así al sabio:

"No sé aún si esto que acabais de descubrir no tendrá algún día, en la especie humana, aplicaciones con las cuales no soñamos y cuyas consecuencias no serán ligeras."

Después de Spallanzini, en Norteamérica, el profesor HAEPE, la práctica en 1.884 con muy buenos resultados.

En Rusia el profesor de medicina veterinaria Elia Iwanof de la U. de San Petersburgo, práctico la inseminación en yeguas, vacas, ovejas en el año de 1.909. Por la misma época realizaron trabajos similares HOFFMAN en Alemania; los Italianos G. Brassi y Amantea, así como el fisiólogo japonés ISIKAWA.

Algunos informes indican que el médico Inglés ---

John Hunter, en 1.799, consiguió inseminar a una mujer, al aplicar en su vagina el espermatozoide de su esposo enfermo que sufría deformación en la uretra.

El Dr: Marion Sims, en Norteamérica, perfeccionó el método y aplicó el espermatozoide directamente en el útero. era el año de 1.866.

Otros ginecólogos que se ocuparon del nuevo procedimiento de fecundación, fueron: el médico Inglés Sir Everett así como Lutaut y Pajot, el Ruso Lindeman, los Franceses Girault y Repiquet. Un alumno de Pajot llamado Piquantín en su tesis de grado denominada: "Contribución al estudio de la esterilidad". (Paris 1.873), se refirió a la inseminación artificial haciendo violentas críticas a su práctica.

Döderlein y Rohleder, practicaron la inseminación en mujeres, con muy buenos resultados. Es precisamente Rohleder quien escribió, al decir de TH. VAN de VELDE, la descripción monográfica más detallada de este método intitulada: "Monographie Uber Die Zeugung Des Menschen". (Monografía de la procreación del ser humano).

En Francia también trabajó con éxito en sus experimentos el Dr: Shorowhwa y en Estados Unidos el Dr: Gary. En Alemania se distinguió en sus investigaciones el Dr: H. K. F. Schultze.

En nuestro siglo la práctica de la inseminación -

artificial es el método más común para combatir la esterilidad parcial.

En 1.941, los americanos Seymour y Koerner, apoyaron sus conclusiones en 9.580 casos.

Esto ha hecho decir a Raoul Palmer que: "E Anderes director de la clinica ginecológica de Zurich, describe el -- número de mujeres artificialmente fecundadas en países angloamericanos ha experimentado durante los últimos años un incremento alarmante. De acuerdo con las agencias noticiosas, sólo en Estados Unidos, deben haber venido al mundo unos ochenta mil niños, por fecundación artificial. La cifra de fecundaciones con éxito se habría elevado de unos quince mil a veinte mil por año; y el 80% de los ginecólogos Norteamericanos -- habría practicado la inseminación artificial.

En Francia se dan más o menos por éste sistema -- unos mil embarazos por año.

En Inglaterra cada año nacen seis mil criaturas -- por inseminación artificial, siendo que el semen procede del marido sólo en un 10 a un 15% de los casos. Las estadísticas mencionadas son del año 1.950, que se publicó el estudio del Dr: Palmer.

Durante el pasado conflicto mundial, los soldados-americanos separados de sus esposas por la guerra, enviaban a éstas el semen, para que fuesen inseminadas y al regreso ...--

encontrar a sus hijos.

Siguiendo a M. Iglesias, podemos sintetizar la historia de la inseminación artificial de la siguiente manera:

PRIMERA EPOCA: Desde la Práctica de los árabes en 1.322 posiblemente hasta los experimentos de Lazaro Spallanzini en 1.780.

SEGUNDA EPOCA: Desde Spallanzini hasta los experimentos de Elia Iwanof, Hoffman, Braggi, Amantea e Isikawua.

TERCERA EPOCA: Desde la anterior hasta 1.917 en la que los Rusos la aplican ampliamente a animales.

CUARTA EPOCA: Investigaciones realizadas por los demás experimentadores del mundo fuera de los rusos. Conservación del material seminal durante un cierto tiempo fuera de los organismos. Ya en ésta época se estudia más a fondo el problema, se previenen los factores de consanguinidad masal, la selección rigurosamente dirigida y el transporte del semen conservado a grandes distancias, empleando el diluyente de espermatozoides, con formulas de los científicos Paul Phillips (de Madison Wisconsin) y Glean Salisbury (de Ithaca, N.Y.).

QUINTA EPOCA: Desde la anterior hasta nuestros días --

dias, incluyendo la posibilidad de la partenogénesis en la especie humana y los experimentos que como el de Danielle Petrucci pueden continuar realizandose.

La partenogénesis ya se aplica en el reino animal a las abejas, se estudia la posibilidad de aplicarselo al género humano. En la actualidad está solamente en via de experimentación.

LA PARTENOGENESIS: Consiste en el desarrollo del -

huevo sin la fecundación, para - formar un nuevo individuo, en muchos animales puede ser inducido artificialmente. En algunas plantas y animales ocurre -- normalmente. El ovulo que se desarrolla de esta forma es generalmente diploide, caso en el cual todos los descendientes -- son genéticamente identicos al progenitor. Frecuentemente en dichos animales la reproducción sexual ordinaria, que provee la recombinación génetica, junto con la colaboración del macho ocurre de vez en cuando. (Heterogamia).

PARTENOSPERMA: Espermatozoide producido sin la fecundación, pero que se asemeja al sig^oto.

El método de la Partnogenesis consiste en que mediante estímulos físicos o químicos se puede llegar a producir la segmentación del óvulo, hasta crear un nuevo ser, genéticamente identico al progenitor, sin necesidad de la fecundación. Ha sido practicada con éxito en algunos mamíferos. Aband^oderada de esta nueva técnica con posibilidad de aplicarla al

género humano, es la Dra; Spurway de nacionalidad Inglesa. --

De esta manera las mujeres no necesitarían intervención del varón para tener hijos. Posiblemente la mujer también sería reemplazada por el laboratorio. El hogar dejaría de ser el único medio para la procreación o conservación de la especie humana. Estaríamos observando una nueva faz del desconocido mundo en que vivimos.

En 1.961, la agencia noticiosa A. Press, informó -- que la china fabricará sus propios hombres. Dijo que el sabio Chang Kan ha manifestado que "el trabajo y la salud de las madres, no tienen porque verse afectados por el nacimiento." -- También la agencia France Press, en una noticia intitulada -- "La moral sexual", publicada en el diario caleño "Occidente", -- el 30 de agosto de 1.964, dice que el noveno congreso internacional de derecho Penal celebrado en la Haya, con intervención de 400 juristas de 54 países, recomendó que las legislaciones nacionales reconozcan la posibilidad del aborto legal y admitan la inseminación artificial en caso de consentimiento de los esposos.

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

Es de advertir que cuando se hace referencia a la fecundación artificial, se debe entender como inseminación -- artificial, porque lo que es artificial es la inseminación, o sea la colocación o inoculación del semen en el seno materno la fecundación es en cambio completamente natural.

La inseminación artificial presenta numerosos problemas médicos, morales y jurídicos que abordaremos más adelante.

C.-SINONIMIA: La inseminación artificial ha recibido varias denominaciones:

El Dr: Manuel Batle la llamó EUTELEGENESIA.

Algunos autores la denominan fecundación artificial, aunque, como ya lo dijimos, en sentido riguroso está mal empleada, pues la fecundación sólo se produce cuando la célula espermática se une con la célula ovular, fenómeno que apenas se investiga.

En términos Ingleses se conoce como: "ARTIFICIAL - INSEMINATION.

D.-CLASES DE INSEMINACION: Cuando se practica con semen de un tercero que no es su marido se conoce con el nombre de inseminación Heterológica. Llamada por los Ingleses "ARTIFICIAL INSEMINATION DONATED". Cuando la inseminación se produce con semen del propio esposo se denomina homológica y los-

II

LA INSEMINACION Y EL PROBLEMA MEDICO.

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

A menudo surge la pregunta: falta a la ética el médico que practica la inseminación a una mujer casada o soltera?.

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

En la antigua Roma, la esterilidad era motivo de divorcio y aún hoy es generalmente aceptada como motivo de disolución del vínculo matrimonial. Recordemos el caso famoso del Sha de Persia, quien hubo de renunciar al amor de su esposa Soraya, porque a ésta le fué imposible darle un hijo y el-

reino y las costumbres así lo exigía.

A.-RAZONES PARA INSEMINAR: Estas son en términos -
generales las siguientes:

La esterilidad, la impotencia o trastornos de tipo psicológico o fisiológico; ya sea en el hombre o en la mujer.

En el hombre tenemos:

1.-Trastornos que impiden la penetración del esperma:

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

b.-Trastornos de la eyaculación; - eyaculación ante el pórtico vaginal, eyaculación demasiado -- precoz; aspermatismo.

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

En la mujer encontramos:

1.-El esperma no llega al útero:

a.-Debido a un movimiento de retroceso de índole patológica en los espermatozoos; salida del espermatozoos de la vagina inmediatamente despues de realizado el coito.

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

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

2.-El esperma no llega ni siquiera a la vagina.

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

b.-Por trastornos sico-sexuales como vaginismo etc.

B.-EN CASO DE PADECIMIENTO DE ANOMALIAS SICOLOGICAS O FISICAS. Se aconseja:

1.-Inseminación homóloga.

a.-Por anomalias fisicas o siquicas del esposo o la esposa.

b.-Imposibilidad de ascensión del espermatozoos;

c.-En casos de guerra.

ANOMALIAS FISICAS DEL VARON.

- a.-Epispadias.
- b.-Hipospadias.
- c.-Timosis.

ANOMALIAS SIQUICAS DEL VARON.

- a.-Eyaculación prematura.
- b.-Impotencia coeundi.

ANOMALIAS FISICAS DE LA MUJER.

- a.-Estenosis(estrechez vaginal).
- b.-Tabiques en la vagina.
- c.-Inhospitalidad cervical.
- d.-Astenospermia(imposibilidad de ascen--
sión del esperma).

ANOMALIAS SIQUICAS DE LA MUJER.

- a.-Frigidez.
- b.-Hiper-excitación.
- c.-Ninfomania.
- d.-Eteromania.

EN CASOS DE GUERRA.

Por imposibilidad del esposo de cohabitar con su mujer, por - encontrarse lejos de ella, como ocurrió con los soldados amé- ricanos que lucharon en la guerra de Corea.

II. Inseminación Heteróloga

Se aconseja:

- 1.-Por esterilidad absoluta del matrimonio-
originada por:
 - a.-Azoospermia.
 - b.-Oligospermia.

c.-Astenospermia.

d.-Hiperespermia.

e.-Necrospermia.

2.-Por ser indeseable la fecundación mediante el marido;por Ej:

a.-Cortar Taras hereditarias.

b.-Evitar el resultado del factor "Rhesus"

Lo dicho anteriormente tiene validez en cuanto se refiere a mujeres que hacen vida marital.Referente a las solteras se puede presentar el caso de inseminación por deseo de maternidad y por temor al acto sexual.

En Colombia se practica desde hace mucho tiempo - la inseminación artificial en sus diferente modalidades.Como bien se deduce de la practica cotidiana,destacando aqui los-conceptos de los ginecologos que la practican:

"Creo que la inseminación artificial es una buena solución para los hogares sin hijos,en casos especiales , siempre y cuando que en el pais se legisle sobre este tema,y los productos de las concepciones logradas por este método - tengan aclarada su situación ante la ley".

"La inseminación artificial es una verdadera solución para muchas mujeres solteras que puedan ver con ellasatisfecho su anhelo maternal,sin que necesariamente tengan-que recurrir al matrimonio para lograrlo"

"Considero que en nuestro país es un paso difícil de dar, por el obstáculo que la religión ha puesto siempre al avance de las ciencias".

"Util, moral y conveniente" dijo otro médico.

En general los médicos lo consideran perfectamente moral, pero algunos exigen la autorización del esposo en caso de heteroinseminación.

TRATAMIENTO DE LA ESTERILIDAD EN COLOMBIA.

A.-En el Derecho Civil: Nuestro código Civil no alude a la capacidad de --- procreación de los contrayentes, como requisito para contraer el matrimonio o como causa de divorcio o separación de cuerpos. De allí se desprende que la esterilidad no es causal de invalidez en el matrimonio civil, ya que no está consagrada en la ley para producir tal efecto. Hubiera sido conveniente haber introducido esta modificación, pues realmente los fines del matrimonio tienen que ver esencialmente con la satisfacción de los deseos erótico-sexuales y la procreación. En un proyecto de ley presentado en 1.975 por el entonces senador Ignacio Vives E., se establecía la impotencia coeundi como --- causal de nulidad del matrimonio.

Al respecto dice Valencia Zea:

"La doctrina ha exigido, aunque no en forma unáni-

me, que aparte de la diferencia de sexos, los cónyuges puedan procrear, pues se parte del concepto de que el matrimonio, fuera de ser la unión estable de dos seres, tiene también como finalidad esencial la procreación. Por ello suelen anularse los matrimonios en que por defectos del hombre o de la mujer no se realiza la procreación, aun cuando los cónyuges puedan satisfacerse sexualmente."

"También es necesaria la posibilidad de cohabitar o sea la capacidad sexual, y de ahí que no haya matrimonio si la cohabitación no es posible en virtud de algún defecto o imperfección de los órganos sexuales de uno de los contrayentes. Es inválido, por lo tanto, el matrimonio de los eunucos, el de los varones que han sufrido vasectomía doble, el de las mujeres que carecen de ovarios o de útero o de ambos órganos a la vez, o cuando simplemente no pueden realizar el coito".

B.-En el Derecho Canónico: En la doctrina canónica debe distinguirse el -- objeto del fin del matrimonio. El objeto alude al contrato matrimonial, y en cuanto a la materia que nos ocupa, dicho objeto es la prestación de la cópula ordenada a la generación. El fin de la prestación es la procreación, y, consecuentemente, la educación de los hijos. Por eso el matrimonio se anula por impotencia y no por esterilidad. La impotencia afecta el objeto del contrato, la esterilidad impide el fin cuyo logro, cae en definitiva, fuera de la voluntad de las partes. Como dice una sentencia del tribunal de la Rota: "El fin es la prole; el objeto inmediato del contrato matrimonial, es el coito mediante

actos por si aptos para la generación de la prole".

La moderna concepción del matrimonio ya no incluye la procreación como uno de los fines esenciales. Basta que los conyuges sean aptos para los actos tendientes a la generación, aunque ésta no se dé.

III

LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y EL DERECHO DE FAMILIA.

La inseminación artificial puede convertirse en -- una injuria grave contra el marido, sobre todo cuando se trata de heteroinseminación. En realidad de verdad no podría tratarse con propiedad como injuria grave si ha existido el consentimiento del marido con tal fin. Pero si no ha existido el consentimiento del esposo la conducta se definiría " INJURIA GRAVE" que pudiera dar motivo a la causal de divorcio que -- contempla la ley.

Sobre este aspecto es conveniente distinguir:

- a.-El matrimonio desea vehementemente un hijo y desea adoptarlo, y
- b.-El esposo desea un hijo y no quiere que sea por adopción, pero tampoco acepta la heteroinseminación.

En el supuesto a.-se considera ^{mas que} ~~mas que~~ ^{justifica} ~~justifica~~ da la heteroinseminación, porque al fin y al cabo es preferible tener un hijo que sea de la propia sangre de la esposa, y no uno adoptado con adopción plena, que practicamente llenaria aquel vacio que deja la falta de un hijo en el hogar. Aun que no satisface el instinto de mujer, si satisface el instinto de madre. En el supuesto b.-se presenta un poco más compleja la situación, porque en la unión matrimonial civil no es requisito esencial para su validez la procreación. Tampoco co rresponde a la noción exacta de Injuria grave, porque la inse minación no es una conducta contra el deber de fidelidad, sino un tratamiento contra la esterilidad parcial de uno de -- los cónyuges.

La ley canónica asimila la inseminación heterológica al adulterio, le da el mismo tratamiento, pues:

"Sólo el adulterio por su naturaleza, otorga al ino cente el derecho de separarse perpetuamente del adúltero, -- puesto que quien violó la fidelidad, pierde totalmente el de recho a exigir del conyuge inocente el cumplimiento de las -- obligaciones provenientes del matrimonio", aunque reconoce -- que el hecho de la heteroinseminación no constituye propia-- mente un adulterio porque "si pues, la fecundación artificial no puede dar lugar a la consumación del matrimonio, tampoco -- constituiria formalmente adulterio cuando tenga lugar fuera -- del matrimonio". Sobre éste tema vale la pena remitirnos a la doctrina española que ha estudiado cuidadosamente este aspec to:

"La doctrina española, últimamente ha prestado su atención al fenómeno en consideración, estimando que procede la separación perpetua, en el caso de inseminación artificial como figura análoga al adulterio, y aplicando a este supuesto los requisitos del adulterio, como la condonación, consentimiento y compensación". (C.C. 1129)

"Observamos, por último, para evitar confusiones, -- que la inseminación telegénica constituirá causa de separación perpetua cuando se produce entre personas no constituidas en matrimonio; de lo contrario no podrá hablarse de infidelidad. Cuando el fenómeno se produjo dentro del ámbito matrimonial, podría dar lugar a una causa de separación temporal por grave peligro para el alma".

La Iglesia sostiene que aun cuando la heteroinseminación no es adulterio propiamente dicho, si debe darselé el tratamiento de éste, y por lo tanto permite la separación de los conyuges por esta causa.

Como dentro del estatuto legal nuestro (Ley la de 1.976), no figura, por haber sido eliminada del proyecto la inseminación como causa de divorcio, aplicando un criterio de receptividad de la jurisprudencia canónica, en un caso dado, -- podría plantearse la solución por el numeral 1 de la ley la de 1.976, aunque la solución no es la más satisfactoria, y hubiera sido preferible, constituir la heteroinseminación como causal separada de divorcio.

En cuanto a ultrajes, se da la posibilidad de plantear la causal como subsidiaria de las otras. Pero, en definitiva será el juez quien, haciendo uso de la facultad discrecional que le otorga el art. 5 de la ley de 1.976, resuelva de conformidad con su criterio jurídico este espinoso asunto. En principio no debe considerarse propiamente la heteroinseminación como un ultraje, máxime si ha habido consentimiento del esposo, puesto que se trata de un tratamiento médico tendiente a obtener la fecundación de una mujer. Valga --- pues insistir en que se debió dejar la heteroinseminación --- sin consentimiento del esposo, como causal separada para los fines del divorcio, como bien lo recomendó en Inglaterra la "Real comisión para el matrimonio y el divorcio en la gran bretaña", presidida por Lord Morton y constituida por 18 miembros, nueve hombres y nueve mujeres, después de 4 años de trabajos en los que ha celebrado 102 conferencias y ha sostenido diversas consultas con 17 organizaciones relacionadas con la vida matrimonial inglesa; ha publicado en el mes de diciembre de 1.955 un informe de 405 páginas sobre los medios para respaldar la seguridad del matrimonio y determinar las causas de divorcio. Recomendó por acuerdo unánime de todos los miembros de la comisión la introducción de la inseminación artificial sin consentimiento del marido como nueva causa de divorcio".

IV

LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y EL DERECHO COMPARADO.(CASUISTICA).

A.-COLOMBIA:En nuestro pais el tema de la inseminación artificial no ha sido legislado en forma amplia y concreta que nos permita sacar conclusiones.Apenas se toca tangencialmente en los códigos y en las leyes,como es el caso particular del nuevo código penal, Decreto 100 de 1.980 en los Arts. 280,328,y 345.

En el campo del derecho civil los doctrinantes consideran que la ubicación de la heteroinseminación es posible en la causal primera de la ley de divorcio,(Ley la del 1.976),adoptando un amplio criterio receptivo de la jurisprudencia canónica por nuestros jueces.

Se puede considerar también la heteroinseminación como un abandono de los deberes de esposa y madre,teniendo -

en cuenta que entre estos deberes figuran la fidelidad y el hecho de obtener la procreación con semen de un tercero, conlleva implícitamente un acto de deslealtad para con el otro cónyuge, que no ha sabido ni autorizado tal procedimiento. No discutimos que dentro de las diversas formas de analizar los aspectos legales, bien pudiera plantearse en una demanda de divorcio, varias causales y entre ellas incluir la del numeral 2 del Art.1 de la ley de divorcio. (Ley la de 1.976).

En cuanto a Jurisprudencia que marque la pauta, en lo que a la inseminación artificial se refiere, si es que no existe, es bastante escasa.

B.-FRANCIA: No se posee información reciente sobre asuntos judiciales resueltos en Francia referidos a la inseminación. Pero, en 1884 el tribunal de Burdeos denegó la demanda presentada por el Dr: Lajartre, para exigir el pago de sus honorarios médicos en un caso en el cual había intervenido. El tribunal calificó el procedimiento de la inseminación de "simple" y de un verdadero peligro social en caso de abuso. El tribunal rehusó ver en el empleo de éste método una causa lícita de obligación y por lo tanto no admitió la demanda del Dr: Lajartre.

C.-CANADA: Caso Orford Vs Orford. En "DOMINION LAW REPORTS" se publicó el caso decidido por el tribunal supremo de Ontario en el mes de Enero de 1.921. La demanda se presentó por alimentos.

El señor y la señora Orford se casaron el 26 de agosto de 1.913, es decir, tres meses más tarde, el señor Orford dejó a su esposa y regresó a Canadá.

Se demostró plenamente que entre la época del matrimonio y la fecha en que Mrs Orford quedó sola, el matrimonio no se había consumado por defectos físicos de la mujer. La demanda por alimentos se presentó el 19 de febrero de 1.919. La señora en el escrito de demanda sostenía que había dado a luz a un niño, fruto de inseminación artificial, sin el consentimiento de su esposo, puesto que ella se había quedado en Inglaterra. El juez de la causa dijo que no creía "en la historia esa de la inseminación artificial" y declaró culpable de adulterio a la mujer, como si hubiera tenido relaciones intimas con cualquier hombre en la forma ordinaria.

Dijo el tribunal que aunque la historia de la inseminación fuese cierta, este hecho constituiría, no obstante, verdadero adulterio.

El abogado de la señora, no satisfecho con este argumento, dijo que para la constitución de adulterio era necesario que existiesen relaciones intimas entre varon y mujer en la forma ordinaria.

La respuesta del tribunal fué la siguiente: "El término adulterio no tiene una definición exacta, ni universal, ni es el mismo concepto en todos los sistemas legales. Todas las definiciones, sea cual fuere el sistema, la ley o el -

país, en los cuales necesiten una definición usan la frase "relaciones Intimas" o un sinónimo, para describir uno de los elementos necesarios que caracterizan la ofensa".

Termina diciendo el tribunal que en esencia la ofensa de adulterio no está en el significado moral del acto, pero si en la sumisión voluntaria de una persona a los poderes o facultades reproductoras de la otra; y cualquier sometimiento de estas facultades al servicio o placer de otra persona fuera del matrimonio, trae consigo insita la definición de adulterio. Y observa el tribunal que si la parte técnica corre por cuenta de una mujer, quizá se le podría tener por cómplice.

D.-INGLATERRA: Caso Russell Vs Russell. En 1.924 se presentó el caso Russell. En él se declaró culpable de adulterio a una mujer que se habia hecho inseminar con semen de un tercero, pero con consentimiento del esposo. Se fundamentó el fallo en las razones del proceso Orford.

En la Camara de Lores dijo en ese entonces Lord Dunedin: "La demandante concibió y dió a luz un niño sin -- que se efectuara penetración por hombre alguno.....; el jurado llegó a la conclusión de que habia sido fecundada ab extra por varon desconocido; esta fecundación ab extra es indiscutiblemente adulterio". Se decidió que el niño era ilegítimo y se ordeno la persecución del dador como responsable de complicidad en el delito de adulterio..

Otro caso:

En 1.946 R. P. Larére, en Cahiers Laenec, pública-- un caso juzgado en esos días en Londres. Se trataba de un hombre que impotente para desflorar a su esposa, la había hecho-- inseminar artificialmente durante un sueño narcótico. El di-- vorcio se autorizó por no haberse "consumado" el matrimonio, el niño fue declarado ilegítimo por la virginidad oficial de la madre.

E.-ESCOCIA:Caso MacLennan Vs MacLennan. En 1.958 -- correspondió a la "HIGH COURT OF SESSI-ONS" de Escocia decidir un caso en el cual se discutía si una mujer que se había hecho inseminar con permiso del esposo ha bía cometido o no adulterio. El tribunal declaró que no exis-- tía en ese caso adulterio y se mostro inconforme con los pun-- tos de vista de Lord Dunedin en el caso Russell.

F.-ITALIA:El 26 de Mayo de 1.956, una maestra Ita-- liana daba a luz una niña concebida por-- heteroinseminación. El presunto padre de Rita, que así se lla-- maba la niña, impugnó su filiación negándose a reconocerla.-- Era Rita Ilegítima?, era su madre adúltera??. El tribunal de -- Palma en primera instancia, la absolvió del cargo de adulte-- rio, pero apelada la sentencia el tribunal de segunda instan-- cia, el 16 de febrero de 1.959 revocó la sentencia y condenó-- a la acusada por el delito de adulterio.

G.-ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA:La jurisprudencia--

cia norteamericana ha sido hasta ahora la mas abundante en la desición de casos de inseminación artificial. Entre los casos más conocidos estan:

Caso Hoch Vs Hoch. Fué uno de los primeros presentados a los tribunales americanos en busca de solución. Corria el año 1.948 cuando la Circuit Court Of Cook County Illinois, dió su fallo. Se trataba de una mujer que se habia sometido a la heteroinseminación, sin el consentimiento del esposo. El tribunal aceptó las razones de éste y le concedió el divorcio por adulterio natural de la mujer.

El juez de la causa, Feinberg, en opinión oral sostuvo que la heteroinseminación no constituia adulterio si habia permiso del marido.

Caso Doornbos Vs Doornbos. Seis meses más tarde -- del proceso de Illinois se presentó otro alli mismo.

En 1.954 le correspondió dar el fallo a la superior Court of County, Illinois. Se trataba de una mujer que se habia sometido a la heteroinseminación con el expreso consentimiento del esposo. No obstante el permiso que mediaba, la Corte decidió que la mujer era adúltera y que el niño era ilegítimo. Sostuvo el fallador que la inseminación con semen de un tercero va contra la moral y las buenas costumbres y que constituia adulterio por parte de la mujer, aún con el consentimiento del esposo.

Caso Strand Vs Strand: El caso ocurrió en New York en 1.948. Se trataba del caso de un hombre que reclamaba el derecho de visitar a su hijo, nacido por heteroinseminación con consentimiento suyo.

El tribunal le concedió el permiso solicitado y rechazó la oposición de la mujer, que decía que su ex-esposo no tenía derecho a visitarlo porque no era hijo suyo. Dijo el tribunal que el permiso dado por el esposo equivalía a una semiadopción y que por lo tanto tenía el peticionario los mismos derechos del padre adoptivo. Señaló el juzgador que cuando se practica la heteroinseminación con permiso del marido, el niño es legítimo y que tiene los mismos derechos o status similar al nacido fuera del matrimonio legitimado posteriormente.

Caso Gursky Vs Gursky : También la suprema Court - Of Kings County de New York, falló en 1.963 otro caso de inseminación. Se trataba de una mujer que se había hecho heteroinseminar con permiso del esposo. Sin embargo el juez Constantino no aceptó los principios de la sentencia del caso Strand y se guió por los principios comunes de niños nacidos fuera del matrimonio, declarando por lo tanto ilegítimo al neonato con base en la sentencia del caso Dornsbos. Pero también dijo el juez que el permiso del esposo equivaldría a una semiadopción y que por lo tanto al padre correspondía el mantenimiento y crianza del niño.

Caso Turner Vs Heavrin: éste fué un caso por adul-

terio ventilado en Kentucky, donde el juzgador aceptó la tesis de la acusación. Se dijo en ese fallo que el derecho fundamental que nace de la relación matrimonial y que la sociedad debe conservar inviolable, debe ser el de las relaciones íntimas de los esposos.

Caso Prutting: El día 4 de Enero de 1.967, un juez de New York "ordenó que se inicie juicio privado en el caso del doctor John M. Prutting de 55 años de edad, y su esposa - Kate, de 36 para decidir judicialmente si el hecho denunciado constituye adulterio". La señora había tenido un niño de 15 meses de edad al momento de la demanda - sin el consentimiento de su esposo, y por ello el médico la acusó de adulterio.

El tribunal aceptó los puntos de vista del demandante y condenó a la acusada por el delito de adulterio. El niño por ende fue declarado ilegítimo.

Es bueno advertir que el primer estado que legalizó la inseminación artificial fue el de Oklahoma en mayo de 1.967, ley que fue sancionada por el entonces gobernador Dewey Bartlett, siendo su autor el representante George Camp.

Igualmente debemos observar que no está bien en materia de delitos, aplicar la analogía como lo hicieron con la heteroinseminación asimilándola al adulterio cuando son cosas completamente diferentes. Para que la heteroinseminación sea delito, debe estar inequívocamente tipificada como tal, a la luz de las normas del derecho positivo.

V

PROBLEMAS ETICOS Y JURIDICOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

Antes de adentrarnos en el tema tratado, permítasee
nos hacer algunas consideraciones generales del complejo problema
de la ética.

DEFINICION DE ETICA: Ciencia de las costumbres. Parte
de la filosofía que se ocupa
pa de la moral y de las obligaciones del hombre.

Filósofos y teólogos han monopolizado por siglos-
la preocupación en torno a los problemas éticos.

Durante las últimas décadas las investigaciones -
sociales han permitido relativizar los supuestos morales, gracia
cias a una apreciación más exacta de la cambiante tabla de -
valores.

Los hombres de ciencia por su parte, habian prestado poca atención a estos problemas, hasta que recientes y muy importantes acontecimientos han hecho recaer su atención sobre la "RESPONSABILIDAD DE LOS CIENTIFICOS".

La ciencia, intrinsecamente valiosa, es preciso someterla a controles morales y sociales.

El científico es responsable de todo cuanto recomienda y ejecuta. Por tanto es digno de elogio o de condena.

La ética no se modernizará mientras se persista en ignorar la experiencia moral de los científicos, negándose a emplear los recursos que brindan claridad y precisión.

Las diversas organizaciones religiosas y morales se obstinan en considerar inmoral el avance científico, hasta el último momento en que no les queda más alternativa que aceptarlo puesto que todo el mundo lo elogia y lo utiliza.

Si los encargados de la moral social se concientizaran que su papel no es el de hacer oposición a la ciencia, sino el de marcar las pautas razonables y convenientes para la debida aplicación de un avance científico se evitarían muchas desviaciones de la ciencia en manos de personas inescrupulosas.

Esto por cuanto esta abierta la discusión moral de la inseminación artificial y del avance científico.

A.-CUESTIONAMIENTO ETICO: La ciencia pone al alcan-
ce de los matrimonios in

fecundos, en la actualidad, el recurso de la inseminación arti-
ficial. Esta constituye una técnica-un método si se prefiere-
que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden
la fecundación mediante la cópula o coito normal entre mari-
do y mujer. En el caso de la inseminación homóloga (marido y -
mujer), los componentes genéticos-óvulo y espermatozoide fér-
til-existen en el marido y mujer. La inseminación sólo permi-
te su encuentro óptimo para lograr su fecundación. En la inse-
minación heteróloga (tercer donante) uno de los componentes --
genéticos de la fecundación está fuera de la pareja. La inse-
minación lo aporta, lo introduce "desde afuera".

Ahora bien, tanto la inseminación artificial homó-
loga como la heteróloga participan de un carácter común, la -
fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inocu-
lado mediante jeringas o cateteres y depositado en el cuello
vaginal o en las cercanías del óvulo femenino. A partir de --
ese procedimiento analizaremos sucintamente los cuestiona-
mientos éticos que ha merecido la inseminación.

1.-Inseminación Homóloga dentro del Matrimo-

nio: Quienes cuestionan en general, la in-
seminación artificial parten de la siguiente premisa: en el-
matrimonio las funciones orgánico-sexuales son inseparables.
por tal razón, la licitud-ética- de la reproducción humana --
está condicionada a que se logre mediante la copula perfecta
lo contrario importaría una violación sui-génensis de la ley

natural.

Este pensamiento en lo relativo a la inseminación-homóloga dentro del matrimonio, ha sido particularmente aludido en la ética católica. El papa pio XII en su discurso a los médicos católicos en ocasión del congreso internacional de - 1.949 decía: "...es superfluo observar que el elemento activo de la fecundación no puede ser jamás procurado lícitamente por actos contra la naturaleza". Y repetía en el discurso a las obstétricas de 1.951: "El acto conyugal en su estructura natural, es una acción personal, una cooperación simultánea e inmediata de los cónyuges.....mucho más que la unión de dos gérmenes que pueden también efectuarse artificialmente, - es decir, sin la acción natural de los cónyuges. El acto conyugal ordenado y querido por la naturaleza, es una cooperación personal a la que los esposos, al contraer matrimonio, se otorgan mutuamente el derecho".

Es decir que se condena el medio empleado porque el matrimonio "no tiene por objeto la descendencia sino los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida y destinados a ella. La fecundación artificial viola la ley natural y es contraria a la moral y al derecho. Pero paralelamente se acepta lo que se ha dado en llamar inseminación complementaria que es "una ayuda para la consecución del fin de la procreación por el medio natural". Dicho de otra manera, lo reprobable éticamente desde la perspectiva analizada sería - el medio por el cual se logra la inseminación que exige la obtención del semen del marido por medios antinaturales como

la masturbación, por ejemplo. Pero si el semen se obtiene de la vagina tras un coito marital normal entre marido y mujer, sería aceptable el procedimiento que complementa el acto conyugal para lograr la fecundación.

Es claro que la impugnación ética, por provenir -- principalmente de la más alta jerarquía de la Iglesia católica, el sumo pontífice, involucra además, cuestiones de fé. Un autor ha dicho, que si bien no se le oculta, que para muchos juristas del mundo actual todo ello no pasa de la categoría de lo opinable, se adhiere a esos pensamientos en la convicción -- de que la autoridad de la Iglesia "es infinitamente mayor -- que otra cualquiera humana, individual o colegiada, por más -- respaldada que pueda estar por altos organismos internacionales". Sería conveniente analizar ampliamente como la Iglesia -- muchas veces se ha impuesto a la soberanía de los estados -- independientes.

Reflexionando, más allá de la sumisión al pensamiento pontificio en esta materia, lo más seguro es que han -- de ser reformuladas en el futuro, como siempre le ha ocurrido a la Iglesia cuando la ciencia le coge la delantera, que le -- toca adaptarse a los nuevos hechos sociales y científicos. Si bien el objeto --la prestación-- del acto matrimonial es la cópula entre los esposos (un concederse el uno al otro un derecho sobre el propio cuerpo a tal efecto), la inseminación homóloga durante el matrimonio no constituye un medio antinatural para la procreación. Si los esposos, manteniendo entre sí -- actos sexuales por sí aptos para la generación como expresa-

el cánón 1081 del código de derecho canónico no logran pro--
 crear(que constituye uno de los fines primarios del matrimo--
 nio según la teología tradicional),el recurrir a los métodos--
 o técnicas que la ciencia moderna pone a su alcance para la--
 consecución del fin no importa una afrenta a la naturaleza.--
 Es que el hombre mediante la ciencia ha logrado superar las--
 ciencias naturales.Del mismo modo que extirpa un tumor cance--
 roso que la naturaleza produce espontáneamente en su cuerpo--
 conduciendolo a la muerte en caso de no hacerlo,o que inter--
 viene quirurgicamente en la apendicitis o acepta y realiza --
 una transfusión de sangre,o un trasplante de riñon,el hombre
 asume su naturaleza y la complementa la perfecciona.

La inseminación no contradice a la naturaleza en--
 cuanto a lo fundamental,la fecundación del ser humano con --
 los componentes genéticos de hombre y mujer.Falta el coito o
 cópula perfecta entre ellos pero no porque estos a proposito
 la excluyan,sino porque ese coito no logra satisfacer a un --
 fin a que esta ordenado por la naturaleza:la procreación.Se--
 ria censurable que una pareja se entregara a practicas sexua--
 les contra natura porque les place,podiendo fecundar median--
 te el coito vaginal,persistieran en aquellas prácticas y la--
 procreación se obtuviese por inseminación artificial.Pero és--
 te supuesto es poco menos que impensable en los hechos.Si se
 recurre a la técnica para procrear es porque los esposos no--
 logran superar su infertilidad,no obstante haberlo intentado
 mediante coito por si mismo apto para la procreación.

Es más,podríamos llegar a pensar que el no recu--

rrir a la inseminación en estos supuestos, frustra el fin natural de la unión humana (matrimonial o no). En efecto si no se ha excluido la cópula, recurrir a la inseminación es un medio que facilita el concurso de los componentes genéticos naturales para fecundar sin contrariar el objeto de la prestación natural para la conservación de la especie (el coito). -- La masturbación del marido para la obtención del semen no es entonces inmoral, es solo el medio para facilitar el fin natural. Del mismo modo que se practica la masturbación para obtener el semen en los análisis de probable esterilidad masculina; o como medio de prueba antro-po-heredo-biológica en procesos de paternidad. Además el hombre es también parte de esa naturaleza que evoluciona y se transforma.

Dejo claro pues, en mi pensar, que la técnica conducente a la inseminación artificial, no afrenta la naturaleza ni los fines de la unión cónyugal, y merece aprobación moral como un medio para superar, siendo posible, la infertilidad de los integrantes de la pareja.

2.-Inseminación Heteróloga dentro del matrimonio. Veamos algunos conceptos que son -

muy respetables pero que no comparto, aunque no por ello debo dejar de tenerlos en cuenta, para un mejor juicio.

"Distinto es el caso en que, ante la esterilidad del marido, los conyuges recurren al expediente, de utilizar para la inseminación el semen de un tercero "Donante" porque entonces intervienen en la fecundación componentes genéticos

extraños a marido y mujer, lo que no ocurre en la inseminación homóloga.

El supuesto del cuestionamiento ético radica en - que los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento activo de un tercero, y éste el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse responsable del nuevo ser que contribuye a crear. Decía Pío XII: "A todo aquél que da la vida a un pequeño ser, la naturaleza le impone, en virtud misma- de éste lazo, la carga de su conservación y educación. Pero entre el esposo legítimo y el niño fruto del elemento activo - del tercero, (aunque el esposo hubiera consentido), no existe- ningún lazo de origen, ninguna ligadura de moral o jurídica e de procreación conyugal!"

A lo cual deben añadirse otras consideraciones. En primer lugar que la inoculación del semen de un tercero produce un resultado similar a la fecundación adulterina. Aquí no interesa, es irrelevante el consentimiento del marido. En - segundo lugar el procedimiento ataca el significado que tie- ne, en el matrimonio, la transmisión de la vida: obra personal e indelegable de los esposos. A ello también aludía Pío XII di- ciendo que reducir la cohabitación de los esposos y el acto- conyugal a una pura función orgánica para la transmisión de - los germenés, "sería solo convertir al hogar doméstico, santua- rio de la familia en un simple laboratorio biológico".

Es que en todos estos pensamientos existe un pun-

to evidente, que es el siguiente: el hombre no puede éticamente disponer, ceder o transferir sus componentes genéticos. Moralmente ello significa afirmar que es contrario a la naturaleza ofrecer el semen fecundante a quien no es la esposa (y por supuesto a través de la cópula perfecta), y consecuentemente es contrario a la naturaleza recibirlo teniendo en cuenta que el hijo es participación personal de los esposos en su procreación.

No creo, sin embargo, que la inseminación heteróloga importe un acto similar al adulterio en su valoración ética como se ha sugerido, porque en el adulterio hay una entrega del cuerpo, reprobada moralmente, por parte del esposo o esposa que mantiene una relación sexual extramatrimonial. Pero no podemos ignorar que la inseminación heteróloga introduce en la procreación un componente genético extraño a quienes, institucionalmente serán el padre y la madre del hijo. Aludimos a la tercería biológica y ello es imposible de ignorar.

De un lado advertimos, que la primera resistencia se presenta cuando se piensa que el hijo es una prolongación genética de sus padres. El hijo es fruto genético y trascendencia genética de sus dadores de vida. Es entonces indiscutible que la inseminación de la esposa con esperma que no es el de su marido compromete o repugna esa trascendencia genética. Genéticamente el hijo lo es de un tercero que no es su padre institucional. El marido de la mujer ha contrariado a la naturaleza al permitir que su esposa conciba con un tercero. Aludimos, obviamente, a contrariar la naturaleza ética --

que sólo en la concepción matrimonial, ve el modo apetecible de procrear la vida. Es decir, no se alude a la pura naturaleza biológica pues, que la fecundación se produce, en esos casos, cumpliendo las leyes de esa naturaleza. Lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza biológica para afrentar la naturaleza ética de la procreación humana".

La verdad es que los prejuicios éticos y morales en que nos encuadran los moralistas, impiden brindar al nuevo ser toda la protección necesaria y adecuada, para que sea un correcto y capacitado ciudadano en el mañana. Por eso es que las familias producen mediocres continuadores del mundo, por que la sociedad no permite más ciencia y dignidad humana, que la que conviene a sus individualistas intereses. La sociedad se limita a mirar a la persona, condenando a priori su origen sin darse cuenta que el nuevo ser no tiene la culpa y menos idea del medio social que lo espera. Se dice es natural, es ilegítimo, es incestuoso, es adulterino, pero nunca dicen ayúdemos a que sea un gran hombre, para que la sociedad mejore.

Es necesario y conveniente que la sociedad se conciente de la importancia de que la nueva generación sea su responsabilidad y no la de un minúsculo grupo, como el de la familia, pues el campo en que va a actuar el nuevo ciudadano es el contexto general social y no en la familia la cual después de un tiempo se desintegra. Si acaso ese ciudadano no proviene de una ingenua niña que ha sido engañada o violada por indeseables ciudadanos que no han tenido acceso a la cultura y a una mejor formación social a sus instintos.

El origen de la familia nos da una idea sobre sus fines. Al respecto el filósofo Bertrand Russell expresó:

"Las condiciones económicas de las comunidades primitivas agrícolas y pastoriles llevaron a la familia a su -- apogeo. La mayoría de la gente no podía disponer del trabajo de esclavos, y por tanto, el modo más fácil de adquirir trabajadores era engendrarlos. Para estar seguros de que ellos trabajarían para sus padres, era necesario santificar la institución de la familia con todo el peso de la religión y la moral. Gradualmente la progenitura extendió la unidad de la familia a las ramas colaterales y acrecentó el poder de cabeza de familia. La realeza y la aristocracia dependen esencialmente de este orden de ideas y aún la divinidad, ya que Zeus era el padre de los dioses y de los hombres". (Russell Bertrand, -- matrimonio y moral, Ediciones siglo XX, 1.976).

Por su parte la Honorable Corte Suprema de Justicia en fallo de 6 de Junio de 1.976 expone:

"La familia es la institución histórica y jurídica de más hondo arraigo a través de las distintas etapas de la civilización. Constituye uno de los grupos sociales que satisfacen los profundos intereses personales del hombre y de la sociedad en conjunto. Como núcleo natural del desarrollo colectivo, es la base de la solidaridad humana y de la ayuda mutua. Por ello juega papel decisivo en el progreso del estado y en el fortalecimiento de la comunidad. Surge, o como producto del convenio matrimonial, o AL MARGEN DE ESTE."

"2.-Esta cualidad sociológica exige, en consecuencia, su protección legal, y ello mediante un estatuto que determine con precisión los deberes y derechos de sus miembros con virtualidad para hacer cumplir los unos y respetar los otros. Por tanto, se trata de preceptos de orden público, de vigencia anterior a la creación subjetiva del vínculo familiar independientes de la voluntad del padre, la madre o el hijo, y cuyos efectos jurídicos no pueden estos modificar o extinguir".

La familia no es tratada como un todo jurídico, sino que se trata a los integrantes individualmente, no es difícil observar que la familia condiciona de cierto modo al individuo y le crea unos parámetros desde un comienzo, cuando esa familia es calificada de legítima o ilegítima según nuestras leyes y costumbres. Lograr los objetivos sociales que antes se lograban con la familia hoy son muy difíciles por la influencia exterior de la sociedad que muchas veces lo impiden.

La sociedad nuestra deja al pequeño núcleo familiar la formación de los nuevos ciudadanos, interesándose en ellos solo cuando cumplen edad para prestar servicio militar o reciben ingresos para que ayuden al sostenimiento de un estado, que poco o nada le ha interesado la suerte que hayan tenido para llegar a esa edad, muchas veces en condiciones de analfabetismo y desnutrición. Yo creo que los conceptos de la familia hay que reevaluarlos jurídica y socialmente, pues eso de engendrar esclavos u obreros ya no se justifica porque el desempleo actual es tan agobiante como las condiciones de vida misma. El estado debe preocuparse verdaderamente por

la nueva generación, pero no con leyes que se conviertan en letra muerta, sino con programas sociales que beneficien realmente a la familia y por ende a la comunidad, que cada día es ta más deteriorada, desafortunadamente.

Ahora, si la Inseminación Artificial contraría la naturaleza, por intervenir el semen de un tercero, entonces es ta se viene contrariando desde tiempos inmemoriales cuando la familia no era monogama como la actual (al menos de ley - aunque difícil de realidad). Lo que ocurre es que vivimos inmersos en un mundo en el que obran concepciones de toda clase, que nos condicionan. Veremos como el tiempo cambia el sentimiento ético, social, religioso, etc. y la ciencia encontrará el camino expedito, para seguir prestando un mejor servicio a la humanidad. Pienso que en algunos casos podría ser repudiable el desprendimiento del semen de una persona, como sería el caso de lucrarse con él o utilizarlo para fines innobles, pero no por esto debemos de censurar u obstaculizar el avance científico. La descendencia y conservación de la especie es un problema social, más no individual, así, quien dona semen u ovulos de buena fé, esta cumpliendo con una obligación social.

3.-INSEMINACION ARTIFICIAL FUERA DEL MATRIMONIO.

La procreación no es una pura función biológica - que pueda ser objeto de consideración independiente de la -- función institucional que aquélla cumple socialmente. La inseminación artificial fuera del matrimonio debe reglamentarse-

convenientemente, respetando las libertades, derechos de los - asociados y el orden público; al fin de cuentas, la procrea- ción es un hecho natural que tiende a evitar la extinción de la especie, razón por la cual debe ser prioridad estatal.

Para comprender la actualidad del tema estudiado- veamos el artículo que trae la revista "Semana" en su # del- 30 de Nov. al 6 de Dic. de 1.982. Bajo el título de "HIJO POR ENCARGO", se lee lo siguiente: "Christine y Magali, dos herma- nas gemelas nacidas desde hace 31 años en un pueblo del sur- de Francia, esperan recibir el próximo verano con un extraño- hijo en mano. Un producto de la nueva técnica de la Insemina- ción Artificial "In Vitro". Es bien conocida la existencia de mujeres que ante la evidencia de esterilidad de su marido, a- cudan al semen de un donante anónimo para tener un hijo. El - siguiente caso es diferente: Luego de 10 años de matrimonio y ya sin esperanzas de renovar su apellido, Magali Sevault le - "encargo" un hijo a su hermana gemela. Los doctores fecundaron el óvulo de Magali con el semen de su esposo, pero el embrión fue implantado en el seno materno de Christine. El caso las - ha mantenido en las primeras planas de los periódicos y ha - desatado una fuerte polémica. Si bien se acepta que esta revo- lucionaria técnica va a permitir que más niños corran por -- los bosques del Grandee Mottee, no se descarta la creación de un niño bastante especial. Las buenas relaciones de las dos - hermanas pueden desembocar en graves problemas de pertenen- cia. Algo que contribuye a hacer más discutible éste método - para concebir. No sólo por la artificialidad que implica, sino también porque hace que la maternidad y la paternidad, signi- fiquen únicamente la posibilidad de concebir".

Para sustentar mejor la necesidad existente de --- adecuar las vigentes leyes sociales de la familia, a las realidades de los avances científicos. Tomemos apartes textuales por su profundo y pertinente contenido, de la obra de Alvin Toffler titulada "el shock del futuro" en su capítulo XI.

" LA MISTICA DE LA MATERNIDAD.

Parece evidente que la fuerza transformadora que --- conmoverá la familia en los próximos decenios será la nueva- tecnología de la generación. La facultad de predeterminar el- sexo del hijo, o incluso de "programar" su índice de intelligen- cia y los rasgos de su personalidad, debe ser considerada co- mo una verdadera posibilidad. Injertos embrionarios, niños cul- tivados In Vitro, posibilidad de tomar una pildora que garan- tice mellizos o trillizos, o incluso de acudir a un "infanto- rium" para comprar embriones: todo esto está tan lejos de las- anteriores experiencias humanas, que para comprenderlo hay --- que mirar al futuro más con ojos de poeta o de pintor que --- con los ojos del sociólogo o del filósofo convencional.

La discusión de estas materias se considera poco --- científica, o incluso frívola. Sin embargo los avances de la --- ciencia y de la tecnología, o, simplemente de la biología de --- la reproducción, podría dar al traste, en breve plazo, con toda las ideas ortodoxas sobre la familia y sus responsabilidades. Cuando puedan cultivarse niños en un frasco de laboratorio, --- qué será de la noción misma de maternidad? y que será de --- la imagen de la mujer en unas sociedades que, desde que el --- hombre existe, consideraron que su misión primaria es la pro-

pagación y la conservación de la especie?.

.....

Qué será del culto de la maternidad-pregunta Weitzen-, si "su retoño" puede no ser literalmente suyo, sino de un óvulo genéticamente "superior" trasplantado a su matriz desde la de otra mujer, o incluso desde una redoma de "Petri"? La importancia de la mujer -sugiere- no dependerá ya de que sólo ella puede parir hijos. En el mejor de los casos, estamos a punto de matar la mística de la maternidad.

Y no sólo la maternidad, sino también el concepto mismo de paternidad sufrirá, tal vez, una revisión radical. En efecto: quizá no está lejos el día en que un niño pueda tener más de dos padres biológicos. La doctora Beatrice Mintz, biólogo del "Instituto de estudio del cáncer" de Filadelfia, ha criado los que empiezan a conocerse con el nombre de "multirratones", ratoncillos cada uno de los cuales tiene un número de padres superior al normal. Se toman embriones de dos ratas preñadas. Estos embriones se colocan en un frasco de laboratorio y son alimentados hasta que forman una sola masa en crecimiento. Entonces, ésta es introducida en el útero de un tercer ratón hembra. El ratón que nace presenta, ostensiblemente, las características genéticas de ambas estirpes. Así, un multirratón típico, nacido de dos parejas, tiene el bigote y el pelo blanco en un lado de la cara, negros en el otro lado, y rayas blancas y negras en el cuerpo. Unos 700 multirratones criados de este modo han producido ya más de 35.000 retoños. Si se ha creado ya el multirratón, puede estar muy lejos el "multihombre"??.

En estas circunstancias, a qué o a quién puede llamarse padre? Cuando una mujer lleve en su útero un embrión concebido en la matriz de otra mujer, quién será la madre? y por la misma razón, quien será el padre?

Si una pareja puede comprar un embrión, la paternidad se convierte en una cuestión legal, no biológica. A menos que tales transacciones sean severamente controladas, cabe imaginar situaciones tan grotescas como la de una pareja que compra un embrión, lo cría in vitro, y compra otro en nombre del primero, como en una operación bursátil. En tal caso, podrían ser considerados como "abuelos" antes de que su primer hijo saliese de la infancia. Y necesitaríamos todo un vocabulario nuevo para definir los lazos de parentesco.

Además, si hubiese embriones en venta, podría una empresa comprar uno de ellos? Podría comprar diez mil? podría revenderlos? y, si no una empresa, podría hacerlo un laboratorio no comercial?? si compramos y vendemos embriones vivos no volveremos a una nueva forma de esclavitud? Estas son las preguntas de pesadilla que no tardaremos en tener que discutir. Por consiguiente, sería absurdo seguir pensando en la familia en términos puramente convencionales.

Frente al rápido cambio social y a las pasmosas consecuencias de la revolución científica, el hombre superindustrial puede verse obligado a experimentar con nuevas formas familiares. ".....".

".....

Cuando una "madre" pueda reducir todo el proceso de la concepción a una corta visita a la tienda de embriones, -- cuando el trasplante de embriones de un útero a otro puede -- incluso destruir la antigua certidumbre de que el embarazo -- dura nueve meses, los niños nacerán en un mundo en donde el -- el ciclo familiar, antaño continuo y seguro, experimentará --- arrítmicas sacudidas. Se habrá extirpado otro estabilizador -- crucial de los despojos del viejo orden, se habrá roto otro -- pilar de la cordura.

Desde luego, no hay nada inevitable en los fenóme-- nos descritos en las paginas que anteceden. Tenemos poder su-- ficiente para moldear el cambio. Podemos escoger entre varios futuros. Pero no podemos conservar el pasado. En nuestras for-- mas familiares, en nuestras relaciones económicas, científicas tecnológicas y sociales, tendremos enfrentarnos necesariamen-- te con lo nuevo".

.....".

B.-PROBLEMAS JURIDICOS DE LA INSEMINACION HETEROLOGA MATRIMONIAL.

El medio ideal para la inseminación artificial es--
aquéel utilizado para lograr la concepción del hijo, siempre--
que intervengan los componentes genéticos de marido y mujer--
y que ella acaezca durante el matrimonio. Tal el supuesto de--
la inseminación homóloga de la esposa, caso diferente en la --
inseminación heteróloga.

Refiriendonos a la inseminación heteróloga matrimo--
nial, es decir, la practicada a la esposa durante el matrimo--
nio, con semen de un tercero: ha de tratarse consiguientemente
de un hijo que nace después de los 180 días de la celebra---
ción del matrimonio o dentro de los trescientos posteriores--
a su disolución. Arts 92 y 214 del C.C.C.

1.-Presunción Legal de la Paternidad:

"Quien invoca su condición de hijo legítimo para--
reclamar algún derecho anexo a ese estado civil, afirma impli--
citamente estos hechos: a) que ha sido dado a luz por determi--
nada mujer, o sea, la relación materno-filial; b) que su madre --
se hallaba casada; c) que su concepción ocurrió durante el ma--
trimonio; d) que fue engendrado por el marido de su madre, o --
sea la relación paterno-filial. Estos cuatro hechos constitu--
yen jurídicamente la filiación legítima. Para que exista el --
correspondiente estado civil, todos ellos deben estar perfec--
tamente comprobados. El hecho de la maternidad se puede esta--

blecer con prueba directa y positiva. El parto y la identidad de la criatura, fruto del alumbramiento, pueden acreditarse -- con declaraciones de testigos que hayan presenciado el nacimiento y conocido al hijo desde pequeño. Para la demostración de la maternidad se emplea normalmente la respectiva partida del registro del estado civil sobre el nacimiento, en donde -- se declara el nombre de la madre. El hecho del matrimonio de la madre se puede acreditar también con prueba directa y positiva, por medio de las actas del registro del estado civil -- o por medio de las pruebas supletorias. Pero los otros dos -- hechos, concepción durante el matrimonio y procreación por el marido, en razón de su propia naturaleza no son susceptibles de prueba directa y positiva. Solo pueden comprobarse indirectamente al través de PRESUNCIONES. Para establecer la concepción durante el matrimonio se acude a la presunción de derecho del art. 92 del C.C.. El hecho de la paternidad resulta -- de la presunción legal, establecida en el 214. En cuanto a los hechos que pueden alegarse en contra de la presunción para -- destruirla, y en cuanto a las personas a quienes se permite -- atacarla, la ley establece determinadas restricciones" (Sent. -- 13 Oct. 1.955, LXXXI, 418).

Ninguna duda cabe que por acaecer el alumbramiento en los términos que hacen presumir que la concepción ocurrió durante el matrimonio, opera en plenitud la presunción -- legal de paternidad atribuida al marido: "El hijo concebido -- durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo" (Art. -- C.C. 214 C.C.).

"La prueba de la filiación legítima materna impli

ca la demostración, por una parte, del parto de la mujer casada, y por otra parte, de la identidad entre el niño que esa mujer dió a luz y el que pretende ser hijo de ella (Colin y Capitant, I, núm. 227; Josserand, I, Nums 1013 y Ss.). Esa prueba es distinta de la prueba de la paternidad y anterior a ésta, aunque es la base de la presunción de paternidad. Es distinta, -- porque puede producirse directamente, por la naturaleza misma de las cosas, a tiempo que la filiación legítima paterna no es susceptible de prueba directa y absoluta sino que tiene -- que ser establecida por presunciones. Y es anterior, porque solo en cuanto se haya establecido el hecho del parto de la mujer casada y la identidad del hijo dado a luz por esta con -- aquél cuyo estado se discute, puede haber lugar a la atribución legal de la paternidad, susceptible de prueba en contrario (Planiol y Ripert, II, 703).

Paternidad: partiendo de la idea racional de que -- la paternidad es un hecho que no se puede demostrar directamente, la ley establece, para la prueba de la filiación legítima paterna, la presunción consagrada por el art. 241. Y para -- la prueba de la filiación legitimada la presunción del Art. -- 237. La primera de esas PRESUNCIONES Se apoya en la circunstancia de que ha debido haber relaciones sexuales entre la -- mujer y el marido y de que aquella le ha debido ser fiel a -- éste. Por eso se llama PRESUNCION DE COHABITACION Y FIDELIDAD. La segunda se funda en que el hombre que se casa con una mujer en cinta es porque tacitamente reconoce la paternidad -- del niño que está por nacer. (Colin y Capitant, I, Num 237; Jose -- serand I, núm 1036 y 1039; Planiol y Ripert, II, Num. 770).

QUIENES PUEDEN RECLAMAR CONTRA LA LEGITIMIDAD

PRESUNTA

El Art. 216 del Código Civil establecía que mientras el marido viviera "NADIE PODRÁ RECLAMAR CONTRA LA LEGITIMIDAD-- DEL HIJO CONCEBIDO DURANTE EL MATRIMONIO, SINO EL MARIDO MISMO". Con la vigencia de la ley 75 de 1.968 desapareció lo afirmado--- por la Corte en alguna oportunidad en donde se afirmaba que el marido era el juez soberano en este campo; el marido mismo si vive y el hijo.

Al respecto la Corte en sentencia de Junio 19 del año de 1.975 expresó lo siguiente:

"Brota del texto legal transcrito (se refiere al inciso 2 del numeral 3 del Art. 3 de la ley 75 de 1.968) que hoy, son ya dos las personas que, viviendo el marido,, pueden reclamar contra la legitimidad presunta del hijo concebido durante el matrimonio, a saber: el hijo mismo y el marido.....".

Cuando es el hijo el que ejercita la acción de impugnación, para que pueda decidirse sobre la relación sustancial nacida de dicha presunción de legitimidad, expresamente la ley exige que sean citados al proceso la madre y el marido de ésta; y - si uno de ellos ha fallecido, deben ser citados sus respectivos herederos. El menor tiene toda la vida para hacer ejercicio de esta acción.

El marido tiene un término de sesenta días, para ejercer la acción contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto. Y toda la vida, 310 días después de la separación conyugal.

2.-Desconocimiento de la paternidad.

"Las presunciones de paternidad legal no son irrefragables. La ley permite en ciertos casos y bajo ciertas condiciones al marido desconocer la paternidad del hijo dado a luz por su mujer y concebido durante el matrimonio o antes de éste. Es esta la acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad a la cual se refieren los Arts. 214 y Ss. del C.C. pertenecientes al cap. 1 del título X del C.C.. Ese capítulo está intimamente consagrado a la presunción de paternidad de que antes se habló y a la acción mediante la cual puede destruirse esa presunción en caso de absoluta imposibilidad física por parte del marido de tener acceso a la mujer, en caso de adulterio, acompañado de otras circunstancias, y en caso de abandono por la mujer del domicilio conyugal. Es esa acción la que no puede ser promovida sino dentro de los cortos plazos señalados por el art. 217 y la que, en principio, le está reservada exclusivamente al marido. Es obvio que para que tal acción tenga cabida es menester que la PRESUNCION de paternidad haya tenido lugar y para que esta tenga lugar es indispensable que no haya duda sobre la filiación legítima materna (Champeau y Uribe; Planiol y Ripert, II - núm. 713; Beudant, III, 995)". "Salvo el caso de que haya reconocimiento o confesión del padre - dicen Planiol y Ripert, III, - núm 703 - Las presunciones de paternidad no tienen cabida sino cuando se conoce la madre del niño. Por lo demás es según la fecha del parto de la madre como puede determinarse la fecha de la concepción y por consiguiente la probabilidad de la paternidad." (Autores mencionados anteriormente).

Hoy el hijo puede también reclamar contra la le-

gitimidad, en virtud del Art. 3 ordinal 3 de la ley 75 de 1.968.

En caso de que suceda el desconocimiento de la paternidad habrán de presentarse los problemas jurídicos más agudos si, eventualmente se ejerciera por el marido la acción de impugnación o desconocimiento de la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio mediante inseminación artificial heteróloga.

Aquí hay que distinguir básicamente dos situaciones diferentes: que la inseminación artificial hubiera sido realizada con consentimiento del marido (lo que será el supuesto habitual), o, en su caso, que la inseminación se efectúa ra sin ese consentimiento o contra la voluntad del marido. Y a la vez, corresponde también analizar los problemas en relación a nuestro sistema jurídico.

a.- Posibilidad o imposibilidad del desconocimiento, fuera de todo marco legislativo específico, si la inseminación se practica con consentimiento del marido.

En este caso hemos de imaginar que el marido de la mujer que dio a luz el hijo, no obstante haber asentido a la inseminación de aquella con esperma fértil de un tercero, pretende luego probar judicialmente que el hijo no es genética o biológicamente suyo. Imaginemos, pues, que recurriendo a pruebas de tal índole (Ej: prueba hematológica de incompatibilidad de los grupos sanguíneos, prueba antropomorfológica, etc.), y, además, a la acreditación fehaciente de la

inseminación heteróloga misma, desconoce judicialmente la paternidad presumida legalmente.

Cierto sector de la doctrina, en el derecho comparado (ya visto), dando prevalencia absoluta al elemento genético de la paternidad entiende que la acción de desconocimiento debería prosperar en el caso, a pesar de que el propio impugnante consintió en que fuera inseminada su esposa. Así un tribunal Italiano admitió la acción de desconocimiento de la paternidad aludiendo particularmente al fundamento biológico de toda relación de filiación "que no puede ser desvinculada de una correspondiente relación biológica o de sangre." "El reconocimiento de la paternidad -añade un autor- sería nulo de pleno derecho e imposible una declaración por vía jurisdiccional, es que, en suma -según esta posición- el consentimiento o la voluntad del marido sería irrelevante, pues operaría el principio de la indisponibilidad de los derechos de familia."

Otro sector doctrinario-mayoritario-entiende, en cambio, que si el consentimiento del marido no fue revocado -hasta que la inseminación se practicó, éste no podrá desconocer la paternidad del hijo que dé a luz su mujer. -La doctrina concuerda en que el consentimiento o conformidad del marido para que a su mujer se le practique inseminación artificial heteróloga es revocable hasta el momento en que ésta se practique. Lo anterior por diversas razones: en primer lugar, porque ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido, constituyen objetivamente un acto ilícito aún ...

cuando pueda ser discutible, en el supuesto, su valoración moral o ética. En segundo lugar, porque el marido que luego de consentir en la inseminación heteróloga planteara el desconocimiento del hijo, obraría deslealmente contrariando una conducta anterior, contradictoria con su posterior pretensión impugnatoria. Siendo así se estaría ante un típico supuesto en que corresponde aplicar el principio general del derecho con sustento en la buena fé. El no reconocimiento de un hijo-fruto de inseminación heteróloga consentida por el marido, sería una violación al contrato matrimonial y un perjuicio para el nuevo ser que en ningún momento pudo decidir como si lo hizo su institucional padre. Como se debe proteger al nuevo ser la ley no puede permitir esa burla del marido a su mujer y a la sociedad.

Esta última posición es, desde luego, más justa y razonable. La tesis que permite a ultranza la impugnación de la paternidad por parte del marido que aceptó la fecundación de su esposa con-esperma fértil de un tercero, favorece un obrar desleal de aquél, y, que por supuesto, es un autentico engaño. Ha de suponerse que la inseminación fué decidida luego de una deliberación común de los esposos, y en ese entendimiento practicada. Podría decirse que el procedimiento es éticamente repugnante, en opinión extrema, pero no siendo jurídicamente ilícito-pues no lo es- debe prevalecer entonces, como valor jurídico, el de la seguridad en las relaciones jurídicas.

Otro argumento es de naturaleza sistematica,.El-

principio general de la buena fé hace inadmisibile una pretensión contradictoria, de que habiendo asumido una conducta jurídicamente relevante, lícita, intenta luego obtener un resultado contrario al exigible o esperable en razón de aquella. - La lesión a la buena fé es evidente. Además a nadie le es dado en su favor alegar su propio dolo. Y no puede discutirse - que el consentimiento para la inseminación es un acto jurídicamente vinculante entre los conyuges. Tomemos un ej: Si el marido pretendiese después de prestar ese consentimiento y realizarse la inseminación, acusar a su esposa de injuria grave - como causal de divorcio, evidentemente no triunfaria en su -- pretensión. Porque ese consentimiento excluyó, por parte de la esposa un acto de afrenta al esposo. Del mismo modo, ese con-- sentimiento importó el compromiso vinculante entre ambos cónyuges de asumir la paternidad y la maternidad, aún cuando los componentes genéticos sean, por parte de uno de ellos, extra--ños. Diaz Guijarro diría que opera relevantemente la voluntad procreacional. El consentimiento del marido se traduce en un elemento voluntario suficiente para responsabilizar al marido. Aunque no son supuestos idénticos, algo similar acaece en la adopción plena. Incluso autores como Savatier sostienen -- que ese consentimiento opera similarmente a la adopción.

Esta es, en definitiva, la tesis que de lege lata - prevalece en los países que incorporan a su legislación la - inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido. En los Estados Unidos, dos estados Georgia y Oklaoma, a--ceptan legalmente la inseminación heteróloga de la esposa mediante consentimiento del marido, que debe ser dado por escri

to. Y la jurisprudencia norteamericana muestra una notable -- evolución. Primitivamente considero que la inseminación heteróloga era contraria al orden público y a las buenas costumbres (Is contrary to public policy and good morals) aunque se hubiese practicado con consentimiento del marido. Más tarde, -- sin embargo, probado ese consentimiento, la misma corte de New York en dos juicios similares (ver casuística), ordenó al marido alimentos y sustento al hijo concebido, mediante inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido. En los Estados de Georgia y Oklahoma, se juzga que el hijo concebido mediante inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido queda legitimado.

Hay que reconocer, sin embargo, que la inseminación heteróloga plantea un problema nuevo no previsto jurídicamente en los principios tradicionales. Es cierto que el semen fecundante no es el del marido que asume la paternidad, y, por consecuencia que la trascendencia biológica de los componentes genéticos contenidos en el esperma fecundante pertenecen a un tercero, generalmente anónimo o desconocido. A pesar de -- todo, como se ha dicho, "El hijo necesita un padre, no tanto como solución dialéctica a un problema teórico o doctrinal sino para encauzar su futuro y formar su personalidad". Afortunadamente esa es la filosofía de la adopción de hoy: "Dar -- padres a los hijos y no hijos a los padres" impotentes o estériles". La filiación jurídicamente hablando, no encierra un puro elemento biológico sino también el factor o exigencia institucional. Dar prevalencia a éste último, en el caso, conduce a una solución socialmente más valiosa que la contraria, ya --

que, de aceptarse sin más la impugnación de la paternidad legítima, llevaría a colocar al hijo ante una paternidad incierta y quizá imposible de establecer. Solución a la postre anti funcional, si se tiene en cuenta que ese hijo fue concebido con consentimiento del marido de su madre. Como se dijo, gráficamente, fue él quien decidió que ese hijo debía nacer.

b.-Desconocimiento de la paternidad del hijo concebido mediante inseminación heteróloga realizada sin o contra el consentimiento del marido.

A diferencia del caso a.--, a la circunstancia de que el hijo no es biológicamente del marido, se añade la coyuntura o particularidad de que él no asumió voluntariamente su concepción. Es más, pudo rechazarla y oponerse a que su esposa fuera inseminada.

En éste caso la doctrina es prácticamente uniforme en el sentido de que el hijo no puede reputarse legítimo o ilegítimo, como el anterior; aquí ha de inferirse que la esposa ha obrado unilateralmente sin el concurso biológico o voluntario del marido, por lo que respecto a éste, el hijo le es totalmente extraño. De tal modo, teóricamente queda expedida la acción de impugnación o desconocimiento de la paternidad presumida legalmente, conforme a las normas estudiadas.

Pero, acotamos, teóricamente, o al menos relativamente, en aquellos sistemas legales que consagran un sistema--

"cerrado" de desconocimiento riguroso de la paternidad legítima, basada en causas o supuestos restringidos que habilitan la acción impugnatoria. El sistema cerrado como el argentino, más que otros sistemas abiertos de impugnación como actualmente el Francés, Suizo y Alemán, muestran que el criterio de atribución de la paternidad al 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 queden descartadas en ese lapso, que la conducta de la esposa no invierta gravemente la presunción de paternidad. También los sistemas abiertos descansan en ese supuesto, pero permiten al marido desconocer la paternidad en cualquier caso en que pueda verosimilmente demostrar que no es el autor de la concepción.

En un sistema abierto, tomemos como Ej: el Art. 262 del Código Civil Suizo (texto según la reforma de 1.976) que permite al marido probar ampliamente que su paternidad está excluida o es menos verosímil que la de un tercero. Creemos que sin dificultad alguna, el ejercicio de la acción de desconocimiento prosperaría de acreditar el marido fehacientemente que su mujer fue fecundada por esperma de un tercero, sino contra su voluntad, sin perjuicio de que, aún de no poder probarlo, de otras pruebas biológicas resultara descartada la paternidad, (v. Gr. por incompatibilidad de los grupos sanguíneos, o demostrándose la imposibilidad material de cohabitación entre los cónyuges durante el periodo legal de la concepción del hijo o su esterilidad absoluta).

Pero en los sistemas cerrados-tal el argentino--- el marido no estaría habilitado para accionar si no se dan ninguno de los supuestos que hacen a la proponibilidad del desconocimiento. Sabemos que en nuestro derecho positivo, sólo se puede desconocer la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio en tres situaciones unicamente:

- 1.-Probar que existió imposibilidad física absoluta por parte del marido, durante el periodo de concepción (Art. 214 inc. 2).
- 2.-Probar adulterio de la mujer en el periodo legal de la concepción. (Art. 215 C.C.)
- 3.-en caso de abandono de la mujer del domicilio cónyugal (Ley 95 de 1.890, art. 6).

Y puede agregarse la impotencia Coeundi, como parte de la doctrina y de la lógica.

Desconocimiento que puede ser hecho por el marido mientras viva, (Art. 216 C.C.) o por sus herederos si no se han vencido los términos. Hoy el hijo puede también reclamar, Art-3 ord. 3 de la ley 75 de 1.968.

"La acción de desconocimiento de la paternidad -- mientras viva el marido solo corresponde a éste (art. 216 C.C. Muerto el marido el ejercicio de tal acción corresponde a -- cualquier persona que tenga interés en ello (arts 219 y Ss.)-- La presunción de paternidad sólo puede destruirse en caso de absoluta imposibilidad física del marido durante el periodo de concepción (art 214 inc. 2), o en caso de adulterio acompañado de ciertas circunstancias (art. 215) y en caso de abando-

no de la mujer del domicilio cónyugal, (ley 95 de 1.890 Art. 6). La acción de desconocimiento de paternidad solo puede -- ser promovida dentro de los plazos cortos señalados en la -- ley (Arts 217 y Ss.). cuando la acción de impugnación de la -- legitimidad se presenta no con referencia a la paternidad, si -- no con el fundamento de que los padres no han estado casados -- no se aplican las reglas del cap. 1 del título 10 del libro 1 del C.C.. En consecuencia, la acción puede promoverse aún en -- vida del padre, por cualquier interesado y en cualquier tiempo. Y en ella la controversia se limita a la comprobación del matrimonio de los padres del hijo cuya legitimidad se desconoce". (Sent. del 13 de Oct. de 1.955, LXXI, 419).

Ante éste panorama, de lege lata forzoso es concluir que mientras no se modifique la ley, el marido no podrá accionar por su desconocimiento, si no cuenta en su favor con alguna de esas circunstancias.

3.-Eventualidad de que la paternidad fuera reclamada por el dador del semen.

Se plantea la hipótesis, muy posible por cierto, de un dador de semen no anónimo que, conociendo a su destinataria, pretendiese luego reconocer como suyo el hijo, o reclamase judicialmente la paternidad; es motivo de consideración.

Fuera de todo ámbito legislativo, considero que debe negarse tal pretensión con semejante fundamento. Quien consintió en donar o entregar su semen para su utilización por-

el matrimonio infértil, si bien puede alegar que el hijo es genéticamente suyo (en lo que a la paternidad se refiere), deberá en cambio, aceptar que el hijo no es institucional ni voluntariamente suyo. Aquí también le estaría vedada toda reclamación en función de la prohibición de ir en contra de sus propios actos. Al desprenderse de su esperma fecundante abdicó voluntariamente de su paternidad jurídica.

Lo afirmado es de toda lógica y reconoce, además, una razón elemental de orden y de seguridad. Si la atribución de paternidad legítima se hace en cabeza del marido de la mujer que recibió el semen, el estado de familia adquirido por el hijo no puede ser objeto de división. Opera la indivisibilidad del estado de familia.

Distinto sería el caso si el hijo, por cualquier circunstancia no quedase emplazado en el estado de legítimo: por Ej: de prosperar la acción de desconocimiento de la paternidad, intentada por el marido de la mujer alegando que no prestó su consentimiento para la inseminación artificial heteróloga. En tal hipótesis, el hijo podría ser, en lo sucesivo, reconocido por quien se dice su padre pero, claro está, la filiación quedará confinada a la ilegitimidad.

En nuestro derecho positivo, el dador del semen en el supuesto imaginado no podría reconocer o reclamar la paternidad en tanto, la presunción de paternidad legítima subsistiere.

4.-Caso de desconocimiento de la Paternidad -
ejercida por los herederos del marido que-
consintió la inseminación heteróloga de su
esposa.

Nuestro regimen jurídico permite a los here-
deros del fallecido interponer la acción de desconocimiento-
del hijo concebido por la mujer durante el matrimonio si a-
quél murió sin "hacer reclamación contra la legitimidad del-
hijo". Se presupone que el marido no inició la acción, falle-
ciendo pendiente el plazo de caducidad -sesenta dias desde -
que tuvo conocimiento del parto- porque si el marido premuer-
to no inició la acción de desconocimiento y, en vida, se cum-
plió ese término de caducidad, el estado de legitimo y la pre-
sunción de paternidad habrían quedado consolidados definiti-
vamente.

Estimo que si la inseminación heteróloga fue con-
sentida por el marido -tal el supuesto- los herederos no pue-
den desconocer la paternidad que la ley presume en aquél. Ri-
gen al respecto todos los argumentos dados para negar la pro-
cedencia o proponibilidad de la acción por parte del marido-
mismo. Si ellos son válidos como se cree, los herederos no po-
drían iniciar ex-novo una acción impugnatoria que no habría-
prosperado de haberla intentado, en vida, el marido de la mu-
jer inseminada. Lo contrario conduciría a propiciar una solu-
ción incongruente. El desconocimiento que no le era posible -
intentar a aquél que, jurídicamente es el padre del hijo con-
cebido por su esposa, lo podrían intentar los herederos, sien-

do que los presupuestos de la acción son, como no podría ser de otro modo, comunes en ambos casos?.

Y si se tratase de la impugnación de la paternidad atribuida al marido fallecido que no consintió-o, en su caso se opuso-a la inseminación artificial heteróloga de su esposa, los herederos sólo podrán iniciar la acción en tanto y cuanto se configuren los presupuestos que hacen a la proponibilidad de la acción por el marido. Es decir, acreditar la imposibilidad material de la cohabitación de éste con su mujer en el periodo legal de la concepción, o la ocultación del parto que subsigue al adulterio.

**C.-SUPUESTO DEL HIJO CONCEBIDO POR INSEMINACION -
HOMOLOGA TRESCIENTOS DIAS DESPUES DE FINALIZA-
DA LA VIDA EN COMUN DE LOS CONYUGES.**

He aquí un supuesto atrayente que no puede ser imaginado por muchas legislaciones como la nuestra. Se presume que sólo los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio tienen por padre al marido y en ella queda involucrada la presunción de la legitimidad en función del periodo legal de concepción del hijo: "La ley supone concebidos durante el matrimonio los hijos que nacieren después de los ciento ochenta dias del casamiento válido o putativo de la madre, y los postumos que nacieren dentro de los trescientos dias contados desde el dia en que el matrimonio válido o putativo -- fue disuelto por muerte del marido o porque fuere anulado".

Es obvio que los hijos dados a luz por la viuda - después de los trescientos días, desde que su matrimonio quedó ipso jure disuelto por fallecimiento de su marido no se presumen concebidos en ese matrimonio, ni, por ende, el marido premuerto será reputado su padre. Pero que ocurriría si la viuda alegara y en su caso probara que ese hijo fue concebido con semen del marido obtenido antes de su fallecimiento.

En algunas legislaciones los términos del problema se invierten porque no descartan que pueda inscribirse -- como legítimo el hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, aunque, en éste caso, dejan -- abierta la acción de impugnación de la legitimidad. Así por -- Ej: El Art. 111 del Código Civil Español dispone que "el marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos los términos legales; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en éste caso la paternidad del marido". Norma similar contenida en el Art. 234 del Código Civil Italiano, la que fué -- sustituida por la ley 151 de 1.975.

Desde ésta perspectiva la legitimidad del hijo nacido después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio es impugnabile, si lo fuese, cierto sector de la doctrina ha reputado 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. En el caso del derecho español esta conclusión ha sido aceptada a la vista del precepto del Art. 111, citado --

que planteada la impugnación de la legitimidad, confiere al hijo y a la madre el derecho para justificar la paternidad del marido, no obstante que el hijo naciere luego de los trescientos días posteriores a la muerte del marido premuerto.

En la legislación Colombiana el Art 6 de la ley 95 de 1.890 dice: "En cualquier tiempo podrá el marido reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal, en tanto que el marido no la haya recibido nuevamente en él. Este derecho no podrá ejercitarse sino por el marido mismo."

Art. 214 C.C. inciso 2 "El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Art 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer"

En nuestro derecho positivo la paternidad del marido premuerto no se presume. En el supuesto, cabe preguntarse si la madre -su viuda- podría en representación del hijo postumo reclamar la filiación legítima si puede probar fehacientemente, claro está, que la concepción post mortem se obtuvo mediante inseminación con esperma de su marido (muerto).

En este caso el conflicto dicotomía entre lo biológico y lo institucional se presenta un tanto diferente al --

supuesto de la inseminación heteróloga durante el matrimonio. Aquí estamos en presencia de lo que podemos llamar una concepción genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial.

Si se diera trascendencia exclusiva al elemento biológico o genético que, mediante la procreación determina la filiación, el razonamiento sería más o menos éste: 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.

Sin embargo, abordemos el razonamiento desde la perspectiva institucional no juega la voluntad de los procreadores, puesto que la legitimidad es una atribución o calificación si se prefiere- que depende de la presunción operante de que la concepción del hijo acaeció durante el matrimonio. Caso en el cual sería hijo ilegítimo. No obstante, se trata de analizar, hasta que punto podría estar vigente el matrimonio, después de muerto el marido si nuestras leyes, y aún las canónicas que son tan estrictas contemplan que el matrimonio se disuelve por la muerte de 1 de los conyuges, entonces tocaría plantear: que el hijo pueda ser legítimo, aunque haya sido concebido después de la disolución del matrimonio, y otra distinta plantear que el hijo tenga por padre al marido premuerto. Estimo que de acuerdo con nuestra ley, el hijo concebido con semen del marido pero con posterioridad a la disolución del matrimonio, es hijo extramatrimonial, porque las calificaciones básicas de la filiación en legítima y extramatrimonial, se

realizan exclusivamente a la época en que la concepción sucede.

Es cierto que en virtud del favor legitimatus, también quedan en situación de legítimos -o legitimados- los hijos concebidos fuera del matrimonio que posteriormente contraen sus padres, (Art. 236 C.C.C.), pero esto no se aplica al caso que analizamos. En efecto no podría válidamente sostenerse que el hijo, o su representante legal están habilitados para reclamar la filiación legítima a los herederos del marido premuerto que siempre podrían reconvenir, demostrando que el hijo no fue concebido durante el matrimonio, apoyados en la ley. Y aunque no lo hicieren, el juez no podría tener al hijo por legítimo desde que, al juego de las presunciones legales (Arts 213, 214 y 236 del C.C.C.) fue concebido después de la disolución del matrimonio.

Ahora bien, ello no obsta a que el hijo o su representante legal, reclame judicialmente la paternidad a que tiene derecho. Y en el caso podría probar 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. A mi juicio la reclamación, probados los extremos que fundan el presupuesto biológico de la filiación habra de prosperar.

En Colombia con la ley 29 de 1.982 que igualó los derechos de los hijos naturales a los de los hijos legítimos no tendría mayor repercusión nuestro supuesto, pues con pro-

bar la paternidad y declarar como padre al marido premuerto- como biológicamente es lo natural, no tendría ninguna limitante en sus derechos. Sin embargo, no debemos desconocer que las estructuras de los Códigos a este respecto no despejan las incognitas planteadas.

Además debemos destacar que el supuesto suscita reflexiones que interesan planteos ético-ontológicos inquietantes. Adviértase que la posibilidad que analizamos permite mediante la conservación del semen, prolongar el poder de reproducción de un ser aunque éste haya muerto. La moderna biología en suma logra que los seres humanos u otros seres vivos puedan transmitir la vida después de su propia muerte física. Ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser. Podría afirmarse entonces que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría a lo sumo, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre pero no por su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre, sin embargo la hipótesis exige un esfuerzo de reformulación. ¿porqué no afirmar que la moderna biología permite que la individualidad genética del ser vivo, del hombre en nuestro caso, trascienda su muerte física y que en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante, el ser a quien pertenecía no ha muerto definitivamente??.

Advierto, no obstante, que para el derecho positivo

la muerte física del sujeto implica el fin de su personalidad. Y así, por Ej: el hijo concebido post mortem con semen de su padre, no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque al día de su fallecimiento ese hijo no existió jurídicamente.

D.-SUPUESTO DE INSEMINACION HOMOLOGA MEDIANDO IMPOSIBILIDAD DE ACCESO ENTRE MARIDO Y MUJER EN EL PERIODO LEGAL DE LA CONCEPCION.

Al reseñar en general los replanteos jurídicos -- que provocan los avances científicos, señalemos el caso del -- hijo que fuera concebido mediante inseminación homóloga de -- su madre y cuyo marido, después, pretendiera desconocer la paternidad alegando que existió imposibilidad física de acceso durante el periodo legal de la concepción. El supuesto podría ser operante en la hipótesis de que el marido hubiese consentido en remitir su propio semen, o en los casos de impotencia coeundi, accidental sobreviniente al matrimonio, que no provocaren esterilidad. En tales hipótesis el marido podría, eventualmente, demostrar que existió imposibilidad material o física de mantener relaciones sexuales en el periodo legal de la concepción, y con sustento en el ordenamiento jurídico, -- plantear el desconocimiento riguroso de la paternidad.

Una vez más se nos hace presente la posible dicotomía entre procreación genética y cópula o coito. Hace un siglo, o menos aún, parecía imposible escindir ambos conceptos. -- Para Vélez Sársfield, como para todos los códigos y leyes de --

la época, no era físicamente posible la procreación sin mediar coito entre hombre y mujer. De allí la poderosa fuerza, el vigor, que esos códigos y leyes atribuyeron a la imposibilidad del coito como destructor de la presunción de paternidad atribuida al marido de los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio. Es más, la interpretación del supuesto permitió inferir que la sola prueba de la imposibilidad física del coito era suficiente para descartar la paternidad. En los casos de separación de los esposos, la imposibilidad material es resultante inevitable de su alejamiento. En los casos de impotencia, la inferencia es razonable consecuencia de que el coito exige aptitud genital-existencia de órganos, erección del pene, etc- y sin esa aptitud no se habría podido engendrar, aún cuando el impotente no fuera propiamente estéril.

Hay algún autor que el caso de impotencia coeundi el hijo concebido por inseminación artificial con semen del marido impotente cuyo matrimonio no se consumó, sería natural extramatrimonial, puesto que se está en presencia de nupcias inválidas (Fragoni, Rey Guillermo). Esto no es de lege lata cierto. La impotencia del marido siendo absoluta, manifiesta y anterior a la celebración del matrimonio, compete exclusivamente a la mujer; si ella no inicia ninguna acción tendiente a disolver el matrimonio, no procede reputar inválido el vínculo matrimonial. De modo que rigen las normas legales generales que hacen a la presunción de legitimidad o de paternidad y, en su caso, las que permitirían desconocerla o impugnarla.

En los supuestos planteados estimo que si el mari

do desconociese la paternidad legítima que la ley le atribuye (por tratarse de un hijo concebido por su esposa durante el matrimonio), la mujer podría oponer un auténtico hecho impeditivo a tal desconocimiento; la prueba de la inseminación con el semen de aquél. Aun cuando hubiere mediado imposibilidad material de cohabitación en el periodo legal de la concepción, la prueba de tal inseminación, siendo fehaciente, implicará afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica, el hecho constitutivo de la procreación. La actitud del marido que habiendo consentido en la extracción de su propio semen para fecundar a su esposa, impugna la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio por ella, implica ir contra sus propios actos y desconocer el origen biológico que es fundamento de la filiación.

F.-LA "EXCEPTIO PLURIUM CONCUMBENTIUM" ALEGADA --
POR EL MARIDO EN EL SUPUESTO ANTERIOR.

Aún así el marido podría reconvenir, a su vez, en el sentido de que si bien donó su semen para fecundar a su esposa, ésta tuvo relaciones sexuales con terceros en el periodo legal de la concepción. Lo cual implicaría que, si bien pudo tener lugar -o tuvo efecto- la inseminación, la paternidad estaría enervada por la prueba de adulterio de la esposa.

En el particular supuesto de que un planteo de esta naturaleza se efectuara habiendo mediado imposibilidad física por parte del marido en el periodo legal de la concepción, dicha imposibilidad, al constituir por sí misma un presu-

puesto autónomo y suficiente para accionar por desconocimiento riguroso de la paternidad, permitiría alegar el adulterio.

-Plurium concumbentium- aunque no hubiese mediado por parte de la mujer, ocultación del embarazo o del parto. Pero probada la inseminación homóloga, el marido debería producir pruebas biológicas que descartasen la procreación genética a él atribuida, (Art. 215 C.C.C.), por Ej: mediante incompatibilidad de los grupos sanguíneos entre él y el pretendido hijo. Si tales pruebas biológicas no se ofrecen, o si resultan negativas, --- creemos que la paternidad legítima del marido debe ser mantenida no obstante el adulterio, porque subsistirá la duda sobre quién es el padre del hijo dado a luz por la esposa. Y ante la duda, subsistirá la presunción de paternidad legítima - en función del tradicional favor legitimatis, del mismo modo - que subsiste cuando, en circunstancias normales, el plurium concubentium no descarta la paternidad (Art. 215 C.C.C.). Campea en este caso el criterio de que, ante la duda, debe estar-se por el mantenimiento de la filiación legítima. (Lopez del Carril, La Filiación).

VI

FECUNDACION HUMANA EXTRAUTERINA

A.-HISTORIA: La fecundación humana extrauterina es bastante reciente o novedosa por ser uno de los más grandes avances científicos logrados por el hombre en el campo de la biología.

La fecundación extracorpórea, con posterior implantación del huevo en el útero materno, cumplió en la experiencia de los doctores Steptoe y Edwards una finalidad concreta. Lesley Brown era estéril por obstrucción de las trompas de falopio. De tal modo, la oclusión impedía que los espermatozoides hicieran su recorrido a través del útero ascendiendo por las trompas uterinas en donde se produce la fecundación del óvulo maduro que, al ser expulsado del ovario desciende precisamente por las trompas.

En estas condiciones y probada la no esterilidad-

de su esposo,,el procedimiento utilizado para lograr la fecundación habría sido más o menos éste; mediante un laparoscopia se logró observar internamente el abdomen de Lesley Bron para proceder a la extracción de un óvulo maduro. Lograda la extracción y proporcionados los medios para su cultivo en el laboratorio, el óvulo fue posteriormente fecundado con semen de su marido. Después de suministrar al huevo o embrión así formado los elementos nutritivos que normalmente le proporcionan las trompas hasta su anidamiento en el útero (es decir durante cuatro o cinco días más o menos) se implantó el embrión en el útero, donde cumplió en lo sucesivo las etapas del desarrollo fetal.

Como se ve en el caso concreto, el procedimiento -- fué utilizado para suplir la imposibilidad de fecundación -- del óvulo por causas anatómicas en la mujer. Pero esa fecundación obtenida en el "tubo de ensayo" -- o en "la probeta" como difundieron los medios informativos -- se logró con un óvulo de la esposa y esperma o semen del marido. Es decir fue una fecundación homóloga, utilizando la terminología ya aceptada. En otras palabras, el procedimiento para fecundar el óvulo se basó en la pareja matrimonial.

Sin embargo, Ab initio, la posibilidad de extraer -- quirurgicamente del ovario uno o mas óvulos femeninos y ensayar su fecundación "IN VITRO" implica, amén de la manipulación de las células reproductivas --, alterar, jurídicamente los presupuestos de la concepción. Nuestro código civil, no trae en el sentido de la concepción extrauterina homóloga proble-

mas pues el Art. 90 reza: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre".

La criatura que se muere en el vientre materno o - que perece antes de estar completamente separada de su madre o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputara no haber existido jamás". Pero en otras legislaciones como la Argentina que establece: "desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia de las personas.....". (Art. 70)/. Adviertase: "concepción en el seno materno". Donde si no ?, hubiera podido preguntar el legislador - a mediados del siglo pasado. Ocurre que mediante la fecundación in vitro, la formación del huevo o cigoto no se produce en el seno materno, sino fuera de el, en el laboratorio, en la "probeta". Allí estan, el óvulo, al que se ha proporcionado los medios nutricios que le deben brindar en el seno materno las trompas de falopio, y el esperma eyaculado también In Vitro. La adecuada manipulación de ese óvulo y de los espermatozoides contenidos en el esperma, logra la fecundación, la formación del embrión humano, el que es implantado para su anidación en el útero con posterioridad.

Aquí es cuando advertimos que la fecundación extrauterina interesa aspectos mucho más amplios que los comprometidos en el derecho de la filiación, como sucede en la inseminación artificial. Está en juego, en esas legislaciones - nada menos que la determinación jurídica del comienzo de la vida, en cuanto a personalidad jurídica, y, consecuentemente, --

la protección al nasciturus, tanto desde el punto de vista -- civil, como del derecho penal.

Así fue como el 26 de Julio de 1.978 el mundo entero fue conmovido por la noticia pública del nacimiento del -- primer bebé concebido fuera del seno materno mediante la fecundación de un óvulo de su madre, lograda en el laboratorio.

El hecho importa la culminación de una larga serie experimental en el campo de la ectogénesis o "gestación en -- tubo de ensayo" que se vincula, a su vez, con los logros científicos alcanzados por la moderna embriología médica.

Por primera vez --públicamente al menos-- se había-- logrado cerrar el ciclo: la fecundación extrauterina de un -- ser humano, la posterior implantación del embrión en el útero y su desarrollo completo hasta alcanzar el nacimiento.

B.--ANTECEDENTES.

Lo que ha constituido factor de auténtica conmo--- ción ha sido la posibilidad de concebir extrauterinamente y-- obtener después que el embrión pueda ser implantado en el -- útero en condiciones biofisiológicas tales que permiten un -- desarrollo fetal ulterior regular. Hasta entonces solo se ha-- bía logrado el primer paso: la fecundación In Vitro, pero no -- el ciclo genético completo. Algunas publicaciones --no médicas -- aluden a logros similares obtenidos con anterioridad. Así -- por Ej: se dice que un médico Británico, Douglas Bevis, anunció

publicamente en 1.974, tres implantaciones de embriones en --
tubos de ensayo que culminaron en nacimientos normales. La --
verdad es que el hecho no fue comunicado científicamente a --
los centros de investigación.

Sin embargo, debe señalarse algunos antecedentes --
significativos en el plano científico. Ya desde fines del si-
glo pasado se venían realizando diversas investigaciones so-
bre la ectogenésis en conejos, ratas, etc. Un notable Zoólogo, --
Británico también, Gregory Goodwin Pincus (1.903-1.967), obtuvo
hacia fines de la década de 1.930 un promisorio resultado: --
logró la activación artificial de un óvulo no fecundado de --
una coneja y el parto de un conejo vivo sin padre. Sus inves-
tigaciones prosiguieron en el área de la biosíntesis de las --
hormonas suprarrenales. Pincus llegó a ser el padre de la pí-
lora, al obtener el primer compuesto anticonceptivo por via --
oral, la FDA, lanzada al mercado de consumo de los E.U. en ---
1.963.

A partir de la década de 1.940, las experiencias e
investigaciones en este sentido se extendieron a seres huma-
nos. Se computan las de los científicos como Rock y Menkin en
1.944. Landiun y Shettles en 1.953, Petrov en 1.958 y Mericard
en 1.959. Todos ellos lograron fecundaciones In Vitro, aunque
no pudieron prolongar la vida del embrión mas de cinco o ---
seis días.

Pero debe recordarse -- como verdadero hito -- el ex-
perimento que entre 1.960 y 1.961 realizó el biólogo Italia-

no Daniele Petrucci, investigador de la Universidad de Bolo--
nia logró el desarrollo de embriones in vitro, uno de los cua
le se matuvo vivo durante casi sesenta dias en el tubo de en
sayo y cuya evolución fue, incluso, filmada.

Es de hacer notar que, en este caso, Petrucci no --
pretendia más que estudiar los caracteres de las celulas que
originarian ciertas malformaciones como la leucemia y el can
cer. Pero lo cierto es que la experiencia fue condenada por --
diversos sectores, especialmente por la Iglesia Católica, a cu
yo pedido el biólogo interrumpió la investigación. (De ser --
cierto que Daniele Petrucci interrumpió el experimento a so
licitud del papa, sobreviene la nesecidad de una reflexión --
e inquietante- que interesa la entidad de las secularmente e
consideradas verdades absolutas. Por muy condenable que fuese
el experimento que se desarrollaba por el científico, él ha--
bia dado origen a vida humana, la Iglesia, como no podia ser--
de otro modo, ha proclamado siempre el valor absoluto de la --
vida humana, y, sin embargo, ante el embrión In Vitro de Petruc
ci, habria pedido a éste su destrucción. Es decir, que en este--
especialisimo caso, y ante los graves reparos de naturaleza--
ética del medio empleado para generar esa vida y de las con--
secuencias, que de proseguir, pudiese provocar, la Iglesia ha--
bria optado por la muerte, por la destrucción del embrión. Es
to nos alerta contra el absolutismo de los principios que se
formulan sin atender a la realidad. Es que como ha dicho el --
teólogo Paul Tillich, todo principio es necesariamente abstrac
to frente a toda realidad absolutamente concreta). No obstan--
te, se debe a Petrucci un notable avance en el estudio del --

desarrollo embrional desde la fecundación. Su filmación permitió observar la segmentación inicial de las células embrionarias -Blastómetros- hasta formarse el embrioblasto, núcleo a partir del cual evoluciona el cuerpo embrionario.

Si en afán , prospectivo, se proyectan todas estas conquistas de la biología y de la genética, la proeza de Step toe y Edwards provoca los mas inusitados interrogantes. 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. Piénsese solamente en algunas - pocas y trascendentales implicaciones: La embriología mediante una adecuada combinación celular embrionaria, podría seleccionar incluso ciertos caracteres genéticos. Desde esta perspectiva es pensable que una pareja pueda agregar a sus propias características genéticas, otras de germen donados con una diferente composición lográndose así un hijo de paternidad múltiple; se trataría en suma de mezclar al embrión de -- los padres, uno genéticamente superior y combinar adecuadamente las células embrionarias en el estadio de segmentación -- inicial de los blastómetros. Algo así como una depurada forma de Eugenesia.

(En los E.U. la Dra: Beatriz Mintz, canceróloga, - realizó el siguiente experimento: Apareó dos ratones negros - y simultaneamente, otros dos blancos albinos. Cuando los huevos fertilizados de cada par se habian multiplicado en ocho- células, fueron colocados juntos y disuelta químicamente la--

membrana exterior que cubre a cada embrión. Después de entremezclarlos, la doctora Mintz obtuvo embriones de ocho células con un cruzamiento de las mismas. Uno de estos embriones fue implantado en una hembra y se desarrolló hasta producirse la gestación de una cría. ¡Fantástica prospectiva! No ha faltado quien, con el genétista de la Universidad del estado de New York, Bentley Glass, diga que éste moderno procedimiento eugénico sustituye el derecho de los individuos a procrear, por el derecho preferente de todo niño a entrar en la vida con las mejores dotes físicas y mentales que sea posible.)

Pero hay mucho más. Hoy se habla de la Partenogénesis, también conocida como Cloning (explicada en paginas anteriores), o reproducción asexual dentro de las ciencias biológicas. La partenogénesis se obtiene a partir de la fecundación mediante una célula cualquiera -- no el esperma -- que, según se ha demostrado, contiene todos los componentes genéticos -- del organismo a que pertenece y absolutamente toda la información para crear un nuevo ser idéntico a aquél. Esa célula se introduce en el núcleo del huevo sustituyendo el embrioblasto, es decir, el embrión formado por las células genéticas originales. Un biólogo de Oxford, J.B. Gurdon, logró por este procedimiento, en 1.960, reproducción de ranas. Pero la ciencia se pregunta si no pudiera hacerse ella en seres humanos.

C.-MATERNIDAD POR PROCURACION.

Un reciente libro de Vance Packard plantea, entre otras, una alternativa alucinante: el alquiler de úteros. Si el

embrión humano, puede obtenerse In Vitro, nada impediría luego su implantación en un útero adecuado para su gestación, -- que no fuera el de la madre, y, después del nacimiento del bebé, la entrega de este a los progenitores, previo pago, por supuesto, del correspondiente "alquiler". Perspectiva alucinante -- como la venta de óvulos o de esperma. Todo es imaginable y -- ya se han dado algunos casos en los Estados Unidos, que es el país, que marca la pauta en adelantos científicos y en este -- caso en lo que se ha dado en llamar la MATERNIDAD POR PROCURACION. Países como Japón, Estados Unidos y la Unión Soviética cuentan con bancos de esperma masculino, obtenido de donantes previamente seleccionados, teniendo en cuenta sus antecedentes familiares, estado de salud, características morfológicas, etc. Los médicos ofrecen a las potenciales madres que recurren a ellos, información sobre los caracteres genéticos del esperma disponible, aún cuando la identidad de los donantes -- se oculta. 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.

Sin embargo, todo esto, no debe tentarnos a deshechar los alcances de una auténtica conquista científica. Por supuesto que es pensable en el alquiler de úteros, la venta de esperma o de óvulos o, directamente la comercialización de embriones. Pero también los logros de la moderna embriología -- ponen al alcance de muchas personas un modo de resolver requerimientos concretos, sin perjuicio de las investigaciones -- colaterales que en todos los campos posibilitan. Lo importan

te es prefigurar, lo más certeramente que sea posible, los límites éticos de las aplicaciones que de la investigación --- biológica y genética hace el hombre.

Difícil tarea por cierto. Porque a no dudarlo, los límites éticos sólo podemos formularlos en cada época a partir de lo óntico: el mundo en que vivimos, dicho simplemente. Lo arduo es lograr el acceso al fundamento ontológico de lo ético que descubra lo cotidiano, "lo positivo", el sentido de una intuición ética estimativa que nos proporcione el valor y el disvalor de las cosas.

Y después ha de venir el planteo del jurista. Es claro que su toma de posición dependerá de sus propias concepciones y su sentido de lo justo. No podrá, empero negar que el derecho presupone no solo lo científico sino también lo ético,.Y esto no significa combatir el progreso científico más allá del fenomenismo y su relativismo, está subordinado a un orden superior en que las categorías axiológicas, valorativas, señalan límites. De un modo u otro los límites éticos son permanentemente destacados por los mas diversos pensadores. En el XIII congreso internacional de Filosofía(1.963), decía Norberto Bobbio: "más que de un renacimiento del iusnaturalismo se debería hablar del eterno retorno de aquellos valores que hacen la vida humana digna de ser vivida, y que los filósofos revelan, proclaman, y al fin tratan de justificar según los tiempos y las condiciones históricas, con argumentos tomados de la concepción general del mundo prevaleciente en la cultura de una época". Pues bien, la ciencia coadyuva a que la

vida del hombre sea, cada vez más, digna de ser vivida.

D.-DIRECTIVAS BIOLOGICAS, ETICAS Y JURIDICAS DE LA FILIACION LEGITIMA.

Constituye cometido urgente el conjugar las novísimas posibilidades que brinda la embriología y la genética-contemporáneas con respuestas adecuadas en el ámbito jurídico que, como lo sugeríamos, presupone también ciertos límites, éticos.

Las categorías jurídicas -la filiación y- en particular la filiación matrimonial o legítima es una de ellas- reconocen en el derecho de familia un sustento biológico. Así se alude al matrimonio como institución jurídica que presupone la unión intersexual, y a la filiación que presupone la procreación. Pero cuando se alude al presupuesto biológico no necesariamente se lo proyecta como única realidad constituyente de la institución jurídica.

En efecto, hace ya muchos años, Díaz de Guijarro -- planteaba las eventuales discordancias entre el presupuesto biológico y el vínculo jurídico.

Cuando las legislaciones no hacen el reconocimiento de los hijos como legítimos, sino que les dan otras calificaciones como naturales, incestuosos, adulterinos, etc. Ello no quiere decir que biológicamente esos hijos no reconociesen, como todo ser humano una procreación de autoría de los pa---

dres; significa que los hijos adulterinos e incestuosos no podían reclamar la filiación -un vínculo jurídico- si los progenitores no los reconocían voluntariamente. En este caso, pues, acaecía que siguiendo determinadas pautas éticas y sociales, por supuesto en la actualidad superadas-, .Es interesante destacar, de paso, que en la actualidad se asiste a un auténtico replanteo y superación de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, o extramatrimoniales, cosa que se logró en nuestro país con la ley 29 de 1.982. En el derecho comparado se advierte una decidida tendencia a abandonar la diferencia tradicional entre legitimidad e ilegitimidad y sustituir la por el principio de unidad de filiación. En este sentido podemos mencionar la legislación de los países escandinavos (Noruega 1.956; Dinamarca, 1.960; Suecia 1.969), ciertos estados de los Estados Unidos (Arizona 1.956; Oregón 1.963) --- Gran Bretaña y Nueva Zelanda, 1.969, y, también el Código civil Suizo, Bolivia 1.972. Así el derecho negaba trascendencia a la realidad biológica de la procreación. Es decir, una típica discordancia entre lo biológico y lo jurídico.

Del mismo modo es dable que la ley cree un vínculo jurídico sin correlación con el presupuesto biológico que naturalmente sustenta ese vínculo. Así por Ej: la filiación -- sin procreación biológica en la adopción de menores. En éste caso la realidad jurídica no es el trasvase de una realidad biológica. La realidad jurídica tiene sustento y creatividad propias. La ley atribuye un vínculo jurídico paterno-filial, (y en su caso familiar, en el supuesto de la adopción plena o legitimación adoptiva), en casos en que juzga ética y social-

mente beneficioso crearlo. Desde esta perspectiva jurídica no biológica, la filiación adoptiva en la adopción plena es, en las relaciones familiares, ontológicamente idéntica a la que emerge de la procreación, Art 276 C.C.C. "Por la adopción adquieren adoptante y adoptivo, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo legítimo, el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta.

Lo expuesto tiende a poner de relieve que el orden jurídico, a través del legislador, no es un ciego receptor de circunstancias externas. Las instituciones jurídicas familiares se captan en la constitución de relaciones cuya base biológica constituye objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de la cultura.

Las conquistas en el campo de la genética humana exigen al jurista, ahora, conjugar los datos que aquella computa en el espectro de las realidades -o posibilidades.- biológicas, con los presupuestos que informan la realidad jurídica. En ese entendimiento creemos necesario determinar las directivas fundamentales, para ensayar, no sólo una consideración axiológica de los resultados a que puede conducir, la aplicación de las posibilidades que brinda la genética, sino su adecuada integración en función interpretativa del derecho vigente.

E.-DICOTOMIAS DEL FUNDAMENTO BIOLOGICO INSTITUCIONAL.

El derecho de filiación matrimonial se asienta en dos pilares fundamentales; uno de naturaleza biológica, el --- hijo es legítimo porque fue concebido por marido y mujer; el otro de naturaleza institucional, el hijo es legítimo porque fue concebido en el matrimonio. El primer fundamento exige -- una implicación genética, el segundo una exigencia institucional.

Ambos fundamentos son recogidos en nuestra legislación positiva. "la ley presume que los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio tienen por padre al marido". -- la presunción de paternidad va inescindiblemente unida a la certidumbre de maternidad, y, a su vez, tanto la maternidad como la paternidad operan calificando la concepción durante el matrimonio. A mayor abundamiento el fundamento institucional -- se infiere de la presunción de legitimidad determinada por -- la circunstancia de que el hijo nazca después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o durante los trescientos posteriores a su disolución o anulación.

De tal modo es perfectamente coherente sostener -- que el medio utilizado para lograr la concepción del hijo es indiferente -- de lege lata -- siempre que en tal concepción intervengan exclusivamente los componentes genéticos de marido y mujer y que ella acaezca durante el matrimonio.

Esta constiuye la premisa básica del razonamiento y como consecuencia ha de afirmarse que el hijo concebido -- por la esposa, durante el matrimonio, por inseminación homólo-

ga es legítimo. De igual modo el hijo concebido mediante fecundación extrauterina durante el matrimonio utilizándose un óvulo de la esposa y esperma del marido, es legítimo también. Coinciden en ambos supuestos, la exigencia biológica y la institucional de la filiación matrimonial.

Pero puede ocurrir que el fundamento genético y el fundamento institucional no coincidan. Ello conduce a lo que podemos denominar una dicotomía entre lo biológico y lo institucional.

Las modernas conquistas de la genética y de la biología permiten plantear tanto los casos de tercería biológica como los de concepción genéticamente cónyugal aunque -- institucionalmente extramatrimonial.

Los supuestos de tercería biológica comprenden todas aquellas situaciones en que el hijo si bien ha sido concebido durante el matrimonio de quienes aparecen como su padre o madre, es el resultado de una fecundación, es decir, concepción, en que ha intervenido un componente biológico extraño a ambos. Así:

- 1.-Inseminación heteróloga practicada a la esposa durante el matrimonio.
- 2.-Fecundación con semen del marido de un óvulo -- que no es de la esposa e implantación ulterior del embrión en el útero de ella.
- 3.-Fecundación con semen de un tercero de un óvulo de la esposa.

- UNIVERSIDAD DE NARIÑO
101-
- 4.-Fecundación con semen de un tercero de un óvulo que no es de la esposa e implantación del embrión en el útero de ella.
 - 5.-Fecundación con semen del marido de un óvulo de la esposa e implantación del embrión en el útero de otra mujer.

Mientras tanto, los supuestos de concepción genéticamente cónyugal aunque institucionalmente extramatrimonial se reducirían prácticamente a dos:

- 1.-Inseminación homóloga practicada a la esposa con semen del marido, después del fallecimiento de éste.
- 2.-Fecundación extrauterina de un óvulo de la esposa adecuadamente conservado con semen del marido, practicada después del fallecimiento de aquella. En este caso, obviamente, el embrión se implanta en el útero de una mujer que no es la esposa, pero es indudable que, genéticamente, el hijo es fruto de la fecundación cónyugal.

F.-EL COMIENZO DE LA PERSONALIDAD.

En nuestro derecho positivo, aunque se protege la vida del nonato, la persona comienza al nacer, caso diferente se presenta en otras legislaciones en donde la persona comienza a partir de la concepción y se denomina persona por nacer, cuya existencia distinta, si bien biológicamente dependiente de la madre, ha de reputarse tal jurídicamente, conso-

lidando definitivamente esa personalidad si nace con vida,--
(Art. 70 C.C. Argentino)

La concepción ocurre mediante la fecundación del óvulo por un espermatozoide. La fecundación se produce, físicamente en el tercio externo de las trompas de falopio y una vez formado el huevo termina el descenso hasta la implantación del embrión en el útero donde prosigue su desarrollo. Pero desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide que determina la individualidad genética del nuevo ser. El desarrollo embrionario y fetal posteriores no alteran esa individualidad ya sintetizada mediante los componentes genéticos de las células germinales originarias. El asunto envuelve aspectos de orden religioso y metafísico. Así por Ej: El naturalismo tomista, doctrina oficial de la Iglesia Católica, en el punto sostienen por boca del propio santo Tomas: "...en los animales superiores que se generan por la cópula, la virtud genésica esta en el semen masculino y la materia del feto es lo que subministra el cuerpo femenino; y en esta materia se halla desde el principio el alma vegetativa, no como en acto segundo, sino como en acto primero, a la manera que el alma sensitiva esta en los que duermen. Y desde el momento en que comienza a asimilar alimento, entonces ya obra en acto. Esta materia pues, sufre una alteración por la virtud seminal masculina, hasta ver llevada al acto el alma sensitiva, la que comienza a funcionar por complemento de su propio cuerpo por modo de nutrición y desarrollo."

La fecundación extrauterina provoca la concepción

fuera del medio físico natural y facilita el encuentro de -- las células germinales a través de procesos físicos y químicos adecuados. Sin embargo, ahí, In Vitro, en la "Probeta" existe, a partir de ese momento, el embrión humano, el ser en potencia. Esta allí la persona??

Es posible que para muchos --incluso para el biólogo o el fisiólogo que operan en el laboratorio-- el embrión -- aún no implantado en el útero sea solamente un "compuesto", -- un mero proyecto genético del cual todavía se es dueño. Quizá esta mentalidad haya debido prevalecer en la serie de experimentos previos a su culminación exitosa. Cuantos óvulos han -- brán sido fecundados In Vitro hasta que, finalmente, se logró el embrión que fue implantado en el útero de Lesley Brown. Pero es claro, no será la primera, ni la última vez, que la vida humana es sacrificada en holocausto al progreso científico, y en este caso particular, a la creación y mejoramiento de nuevas vidas.

Es cierto que, se ha reputado el comienzo de la existencia de las personas desde su concepción en el seno materno. Y ello podría llevar a decir, que hasta que el embrión no sea colocado en el seno materno no comienza la persona -- jurídicamente hablando. Lo que nos hace concluir que en los -- casos de fecundación extrauterina, el comienzo jurídico de la personalidad no coincide con la concepción --que lo es fuera-- del seno materno-- sino con la implantación del embrión.

El comienzo de la existencia biológica del ser --

coincide con la concepción, ahora, dentro o fuera del seno materno. A mediados del siglo pasado, aludir a la concepción humana en el seno materno era una redundancia pero hoy no lo es. Se impone entonces una interpretación científica funcional acorde con los conocimientos evolucionados de la biología y las posibilidades que brinda la genética humana.

G.-RELACION CON EL ABORTO.

La fecundación humana extrauterina, si bien genéticamente importa la formación del nuevo ser, se logra fuera del medio biológico natural. Hasta que el embrión sea implantado en el útero, el proceso generativo desarrolla sus primeras e incipientes etapas fuera del cuerpo de la madre. Aceptamos que, aún así, ha quedado ya fijada la individualidad genética y que, por ende, debe reputarse perfecta la concepción.

Una primera pregunta surge al paso: ¿qué límites jurídicos existen para la manipulación libre y en su caso destrucción o modificación del embrión in vitro ??

La cuestión es trascendente. Aludimos a la destrucción o modificación del embrión in vitro que, por efecto de la manipulación, pudiere llegar a alterar la evolución natural, fisiológica a que conlleva la fecundación.

La respuesta a la pregunta se halla intimamente ligada con el modo en que experimenta y opera la moderna embriología. Difícilmente podríamos nosotros ahora pretender --

o sea, es capaz de sobrevivir mediante todas las técnicas médicas.

Si bien ello puede ser así de lege lata y por sumisión, además, el clásico principio de que nullum crimen nulla pena sine lege. Caben dos observaciones fundamentales. En primer lugar, que no definido normativamente el aborto, su concepto se ha perfilado doctrinaria y jurisprudencialmente - en todo el mundo - aprehendiendo los elementos materiales que la observación de la naturaleza ha brindado hasta el presente. Pero hoy existe una nueva posibilidad de aborto que no supone la muerte del embrión en el seno materno, y, por ende, la interrupción del embarazo. Se trata de la destrucción del embrión viable mediante implantación en el útero, en la etapa en que aún se encuentra fuera del seno materno y sujeto a la manipulación de laboratorio. Si biológicamente la fecundación extrauterina implica la fusión genética del espermatozoide y del óvulo y si esa fusión de células germinales masculina y femenina constituye la primera célula del nuevo ser, es indudable que la protección jurídica debe alcanzarle del mismo modo que si esa fusión hubiese ocurrido en el seno materno.

La sumisión a conceptos seculares que han delimitado el delito del aborto a la muerte del embrión o del feto - en el seno materno, no podría constituir - al menos en las legislaciones que no contienen una definición legal del aborto - un obstáculo para reformular el concepto recogido, como decimos, de la observación de la realidad biológica, que con la posibilidad de la fecundación in vitro muestra una nueva

posibilidad biológica de engendrar vida,.Lo esencial,lo común a todo tipo o forma de aborto es la destrucción provocada del embrión humano.Que hasta ayer sólo se formaba en el seno materno,pero que hoy puede formarse fuera de él.

De no acogerse esta interpretación,es imperioso -- recoger penalmente el tipo que reprima el aborto mediante -- destrucción del embrión in vitro,en condiciones similares a-- aquellas que reprimen la destrucción del feto en el seno materno,interrumpiendo el embarazo.

La imprevisión se impone,ya que no podría aceptarse que,so pretexto de experimentación o investigación,se estuviese manipulando con células germinales que han constituido ya el nuevo ser que requiere la protección jurídica.Más-- aún cuando existen informaciones periodísticas que aluden al procedimiento utilizado para lograr la fecundación.Según dichas informaciones no se extraería de la mujer un solo óvulo y con el esperma del marido se obtendría un embrión que luego seria implantado,sino que se operaría extrayendo varios -- óvulos y luego de ser todos fecundados,se escogeria uno,el -- que mostrase mayor vitalidad o viabilidad.

Si ello fuese asi,el "descarte"de embriones constituye,se mire por donde se mire,una forma de destrucción de -- vida humana,genéticamente ya perfecta.Podrá decirse,no sin -- algo de razón desde el punto de vista exclusivamente científico,que el ensayo de fecundación múltiple y la posterior -- selección del embrión óptimo es ineludible para superar los-

riesgos a que conduciría operar con un solo óvulo. Pero aun-
que fuera así, es insoslayable el problema ético implicado. Ca
da embrión es ya la síntesis incipiente de la individualidad
genética del ser humano: su destrucción por "descarte" importa
-porque no decirlo- un nuevo modo de "aborto eugenésico" que -
no está fundado en el peligro para la vida de la madre o del
hijo, sino en una selección eugenésica mediante fecundaciones
provocadas extrauterinamente. Quizá en éste punto se muestre
una importante limitación ética a la investigación científi-
ca.

Se debe tomar en cuenta también una posible obje-
ción proveniente del ámbito científico. Se podría afirmar que
el embrión in vitro -al menos en el actual estadio de las po-
sibilidades que brinda la ciencia- no es hasta su implanta-
ción en el útero, viable por sí mismo. Es decir, hasta su anida-
ción en el seno materno, ese embrión carece de viabilidad, y, -
por lo tanto no es capaz de sobrevivir más allá del breve --
lapso de cuatro a seis días en cuyo transcurso debe ser im-
plantado. Siendo así se podría argumentar que no existe posi-
bilidad de punir aborto alguno por la destrucción del em-
brión que todavía no ha alcanzado las condiciones biológicas
para su ulterior desarrollo fetal.

Pero esa argumentación constituye una petición de-
principios. Es éste embrión, precisamente, el que ha sido forma-
do extrauterinamente con miras a - con el fin o con destino
a- su ulterior implantación en el útero materno. y si es así,
desde el mismo momento en que la fecundación se produce, se-

esta coadyubando al progreso de un resultado que escapa, indefectiblemente, a la libre o arbitraria determinación de la -- voluntad del médico, e, incluso de quienes asumieron la probable paternidad y maternidad. De no entenderse así, debería justificarse el aborto practicado por quienes mantuvieron relaciones sexuales con el sólo propósito de experimentar el placer o goce sin asumir su eventual efecto.

En Colombia El Código penal sanciona el aborto con pena de prisión de uno a tres años. A la mujer que causare su aborto o a quien se lo cause con o sin consentimiento de la mujer. Siendo mas grave lógicamente sin el consentimiento de la mujer. (Arts 343 y 344 C.P.). En el art. 345 existe una pena más benigna por tratarse de las circunstancias de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. En éste último caso pienso que se debiera despenalizar el aborto, por elementales razones de justicia social. Soñar al legislador se le ocurre que a una mujer, después de ser víctima de un delito se le someta a un tormento de tener un hijo que siempre le estara recordando un desgraciado momento de su vida.

Vale aqui destacar como la inseminación artificial apenas fue mencionada, no existe ni una sola norma que penalice la manipulación de embriones, los experimentos eugenésicos la destrucción de embriones, etc. etc.

H.-PROBLEMAS CONEXOS: EUGENESIS SELECTIVA.

El precio de las investigaciones científicas sue-

le ser elevado, sobre todo cuando se dejan de lado sus límites éticos y se bucea en el apasionante campo de la pura biología.

La experimentación en el campo de la embriología-- ha demostrado -hasta ahora suponemos-que sólo en animales -- que es posible incidir en los caracteres genéticos contenidos en el óvulo, y los espermatozoides o, también en el embrión ya formado, mediante la "agregación" de las características genéticas de terceros, algo así como el logro de un embrión genéticamente "superior" o de características genéticas predeterminadas.

"Pronto dicen los médicos, será posible seleccionar el sexo antes de la fertilización mediante varios procesos,-- de los cuales el más prometedor es un sistema de someter al semen a un baño centrífugo. En este proceso, los gérmenes masculinos mas livianos, permanecieran arriba. Médicos -- pesados-que son femeninos -- se iran hasta el fondo y los gérmenes masculinos mas livianos, permanecieran arriba. Médicos -- Suecos ya han hecho pruebas con semen de Toro y han podido -- producir diez terneros, uno tras otro eligiendo los germenos".

Ello podria conducir a la paternidad o maternidad múltiples, en el caso de fertilizarse dos o mas embriones y -- luego entremezclarlos como lo hizo la Dra: Mintz. Ni hablar -- de la posibilidad-también-ensayada- de incidir en el ácido desoxirribonucleico mediante la penetración virosica que puede modificar las características de las células germinales,-- que se proyectan en la descendencia.

Se dirá que todo esto se encuentra aún en el terreno de la pura hipótesis. Verdad a medias en todo caso, porque algunas de esas hipótesis han sido comprobadas por la experimentación en embriones animales. El jurista -al igual- que todo el que se preocupa por los aspectos éticos que encierra la cuestión- debe llamar la atención. La creación de la vida humana tiene connotaciones que exceden lo puramente biológico. Todo procedimiento selectivo-eugenésico o no- que no responda al estricto propósito de posibilitar la procreación cuando existen impedimentos funcionales, y en las condiciones biológicas que predeterminan los caracteres genéticos propios, debe desestimarse por contrariar abiertamente la que varias veces se ha denominado naturaleza ética de la procreación.

I.-FUTURO DE LA FECUNDACION EXTRAUTERINA Y ETICA.

La fecundación humana extrauterina, vista desde la pura proyección genética, abre la puerta a perspectivas insospechables. Pensemos en los posibles bancos de óvulos que, juntamente con los bancos de esperma, permitirían, en el futuro -la selección eugenésica, teniendo en cuenta las características genéticas que contiene. Piensese en "los vientres mercenarios" que estarán dispuestos a ofrecerse para la gestación -del embrión ajeno. Pensemos en los hijos de padres y madres desconocidas, obtenidos mediante la adecuada selección de óvulos y espermatozoides de dadores anónimos que han comercializado con ellos.

Todo ello es, sin duda, aterrador, pero posible. Sin embargo no por ello debemos adoptar una actitud negativa --- frente a los resultados positivos a que puede conducir, en --- ciertos casos la fecundación extrauterina. Es decir, debemos --- condenar enérgicamente -y dotar a la sociedad de los medios- legales y represivos eficaces- todo intento de utilizar los- conocimientos de la genética, fuere en el ámbito de la experi- mentación como en el de sus resultados, para contrariar la --- naturaleza de la procreación humana. Pero simultaneamente, de- berian reglamentarse minuciosamente las condiciones en que - es factible la fecundación extrauterina. La condena indiscri- minada ante el peligro del mal empleo de las posibilidades - de aquélla qué, a la vez, impidiese su utilización en benefi- cio de los matrimonios infértiles por deficiencias funciona- les, es inconducente. Del mismo modo deberian prohibirse las - armas de fuego, la experimentación en el campo de la energía- nuclear y en tantos otros. Las armas de fuego utilizadas por - las fuerzas policiales y de seguridad constituyen una defen- sa de la sociedad; en manos del asesino, un instrumento homici- da. La energía nuclear ha permitido lograr asombrosos progre- sos en la lucha contra el cancer y, simultaneamente es fuente inagotable de vida. También sirvió para destruir a hiroshima- y nagasaki.

De todos modos lo que es inadmisibile es sostener - que la fecundación humana extrauterina contraría o violenta- leyes de la naturaleza en todos los casos. Y no hay porque --- afirmar que, en el caso de un matrimonio que tenga problemas- de fertilidad o de fecundación que se someta al procedimien-

to de fecundación extrauterina o in vitro excluya un acto de amor. La cópula, el coito humano es, si, un acto de amor (o así debe serlo). La fecundación in vitro no excluye ese acto de amor, sino que suple carencias funcionales que impide a los progenitores lograr la procreación mediante la cópula.

Desde el punto de vista ético se acepta la fecundación extrauterina durante el matrimonio siempre que vaya a suplir deficiencias o anomalías de los cónyuges.

J.-PROBLEMAS JURIDICOS RELATIVOS A LA MATERNIDAD.

Condenar ética y legalmente la fecundación in vitro, que no fuere realizada exclusivamente como procedimiento al alcance de matrimonios infértiles y mediante la intervención del óvulo de la esposa y el espermatozoides fértil del marido, no impide prever las consecuencias que respecto del hijo, pueda provocar la fecundación extrauterina heteróloga.

Es decir, la represión a ese medio concepcional no obsta a reconocer que, a la postre, la concepción acaezca y el hijo nazca. El enfoque del tema variará según que exista o no una legislación represiva de tal fecundación extrauterina heteróloga. Si no la hay, como ocurre en la fecha, es forzoso concluir que al igual que en el caso de la inseminación heteróloga, no nos hallamos ante un acto ilícito por sí mismo, aun que pueda juzgarse inmoral. Si la legislación represiva se dicta, la ilicitud quedara encuadrada en los límites que prevea la ley.

Mientras tanto, uno de los problemas más visibles- que plantea al jurista la fecundación extrauterina es el que provocaría la intervención de un óvulo que no fuese el de la esposa. Puede ocurrir que en el futuro se recurra a tal modo- de fecundación cuando la esposa es estéril por carencia de - ovulación, lesiones ovaricas, etc., sin estar impedida de reci- bir en el útero un embrión fecundado in vitro mediante óvulo de una donante, y desarrollar después el embarazo. A continua- ción contemplaremos algunas hipótesis.

1.-La regla "Partus Sequitur Ventrem".

Debemos recordar que anteriormente a todo conflicto, operará la tradicional maxima de que el parto si- gue al vientre (Partus sequitur ventrem), de modo que, en prin- cipio, la maternidad se determina por el parto de la mujer -- que dió a luz el niño. Es decir, del mismo modo que aún median- do inseminación heteróloga mantiene vigencia a priori la pre- sunción de paternidad legítima de los hijos concebidos por - la mujer durante el matrimonio, (Art. 213 C.C.), a priori tam- bién deberá presumirse que la madre es la mujer que dió a -- luz al nacido. Y consecuentemente esta afirmación llevará a -- virtualizar la presunción de paternidad del marido si el na- cimiento acaece en los términos que hacen presumir iuris et- de iure que la concepción tuvo lugar durante el matrimonio. --

Art 214 C.C.-

2.-Desconocimiento de la maternidad legítima

En nuestro derecho positivo la acción de descono-

cimiento o impugnación de la maternidad está prevista en el Art. 335 C.C.C."....., podrá ser impugnada probandose falso parto o suplantación del pretendido hijo al verdadero..."

La doctrina nacional interpretó siempre que, en realidad, no podía darse sino en parto supuesto o sustitución -- del hijo. No se entendía, ni se pensaba, que una mujer pariese un hijo que no es suyo. La fecundación extrauterina mediante óvulo que no es el de la esposa y la posterior implantación del embrión en el útero de ésta, pueden, al menos desde la -- perspectiva estrictamente biológica, dar virtualidad al supuesto, obviamente no intuido ni imaginado hasta entonces, la importancia de la hipótesis es inocultable habida cuenta que a diferencia de la impugnación o desconocimiento de la paternidad legítima, la acción de desconocimiento de la maternidad puede ser entablada por cualquier otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre sucesión testamentaria o ab-intestato de los supuestos -- padre o madre.

a).--Ejercicio del desconocimiento de la -- maternidad por el marido.

Puede ser que la fecundación con óvulo ajeno haya ocurrido contando la mujer con el consentimiento del marido. Puede ocurrir en cambio que se hubiese efectuado sin ese consentimiento o contra su consentimiento.

En el primer caso se aplica el mismo principio --

hecho valer para impedirle desconocer la paternidad del hijo concebido por su mujer con esperma fértil de un tercero o "donante". Opera aquí la conducta jurídicamente vinculante -- del marido que prestó conformidad a la fecundación heteróloga de su esposa. Corresponde entonces, aplicar lisa y llanamente la imposibilidad de venirse contra factum proprium, de ir contra sus propios actos. La conformidad prestada a la fecundación implicó además, asumir plenamente la paternidad del -- hijo concebido por su mujer, y resultaría antifuncional y lesivo a la buena fé admitir una pretensión contradictoria. Esta solución será aplicable sea que la fecundación extrauterina se haya realizado con esperma del propio marido, (inseminación homóloga), o, a su vez, con esperma de un tercero con consentimiento del marido (inseminación heteróloga). Tanto respecto a la inseminación como a la fecundación con óvulo que no es el de la esposa, opera el mismo principio.

En el segundo caso, es decir, si la fecundación se -- hubiere obtenido en un óvulo ajeno sin o contra el consentimiento del marido, aplicamos también el principio aceptado -- para el caso, similar, de inseminación heteróloga practicada a la mujer. Pero hay una diferencia de lege lata en ambos casos. Si se trata del desconocimiento riguroso de la paternidad legítima, el marido sólo podría accionar si prueba que medio imposible material de tener relaciones sexuales con su mujer en el periodo legal de la concepción o, en su caso, que -- medió adulterio y ocultación del parto o del embarazo. Mientras tanto, tratándose del desconocimiento de la maternidad -- no rige el sistema impugnatorio "tan cerrado" y por lo tanto

el marido podría plantear la acción sin sujeción a presupuestos de hechos predeterminados o condiciones de proponibilidad específicas.

b).-Vicisitudes de la Presunción legal de paternidad en el caso anterior.

Sabido es que, como también lo ha enseñado la doctrina y la jurisprudencia invariablemente, el progreso de la acción del desconocimiento de la maternidad conlleva la caducidad de la presunción legal de paternidad del marido, en tanto y cuanto el hijo haya sido concebido por la esposa durante el matrimonio. Pero si se prueba que el pretendido hijo no fue concebido por ella, esa misma circunstancia hace caer la presunción correlativa de que el marido sea el padre.

La posibilidad de la inseminación artificial, evidentemente, incide en la conclusión axiomática sobre éste punto. Si sólo se concibiese la fecundación humana a través de la cópula perfecta -como lo ha sido en la mentalidad jurídica tradicional- parece evidente que los distintos fraudes en los partos pudiesen fundar el desconocimiento de la maternidad, descartan la paternidad. Hay, en estos supuestos, una perfecta correlación o correspondencia entre la ausencia de maternidad, y por lo tanto, cesación del fundamento de la presunción de paternidad del marido: las relaciones sexuales exclusivas mantenidas con su esposa, que se proyectan en la concepción del hijo.

Podría ocurrir, por Ej.: que el marido aceptase la fecundación extrauterina con la utilización de su propio semen y un óvulo de su esposa y, posteriormente a esa fecundación, conociese fehacientemente que, en realidad el óvulo utilizado, hubiera sido de otra mujer. Dejando de lado las motivaciones concretas que pudieran haber conducido a semejante fraude (Complicidad de la propia esposa con el médico, utilización de embriones múltiples, etc), lo cierto es que, genéticamente, el hijo es del marido y de mujer que no es su esposa ya que fue engendrado con su propio semen.

Creemos de todos modos, corresponde aplicar como directiva básica, la tradicional. Prosperando el desconocimiento de la maternidad, cae la presunción legal de la paternidad del marido. Ello, sin perjuicio que si de la prueba de los hechos resulta que el hijo, si bien no es genéticamente de la esposa, si lo es del marido, la paternidad se mantenga incólume. Pero entonces, bien se ve la paternidad sera atribuida no por via presuncional (pater ist est quem iustae nuptiae demonstrand), sino como consecuencia de la prueba del nexo biológico que es su sustento, aunque el hijo será extramatrimonial.

3.-Eventualidad que la dadora del óvulo fecundado pretendiese reconocer luego al hijo.

De idéntica manera que en el caso de la inseminación heteróloga se requiere, la "donante" del óvulo que se utiliza para la fecundación extrauterina sea anónima. Pero .-

aunque no lo fuere creemos que, al igual que el "donante" del espermia fértil utilizado para la inseminación, carece de acción para reclamar la maternidad, si el hijo no ha sido descomocido por quienes estan habilitados con interés legítimo. El suyo no seria por si sólo un interés legitimo para impugnar la maternidad de acuerdo con la ley, ni siquiera como paso previo a un eventual reconocimiento posterior del hijo. Reiterando lo dicho para similar hipótesis del dador del semen: el hijo concebido con el óvulo "donado" no es ni voluntaria ni institucionalmente hijo de la "donante" de aquél. Aceptar pretensión semejante seria antifuncional e implicaría vulnerar la prohibición de ir contra los propios actos.

Sin embargo quedaria a salvo el supuesto en que la maternidad hubiese sido previamente descomocida o impugnada por quien tiene interés legítimo en ello. En tal caso el hijo careceria de emplazamiento materno-filial y seria viable el reconocimiento voluntario, e incluso la reclamación judicial de la filiación materna intentada por el propio hijo.

K.-POSIBILIDAD DE FECUNDACION EXTRAUTERINA HOMOLOGA E IMPLANTACION DEL EMBRION EN EL UTERO DE MUJER QUE NO ES LA MADRE.

Un caso, sin duda singular, se presentaria en la hipótesis que la fecundación extrauterina se efectuara con semen del marido en un óvulo de su esposa y que el embrión fuese implantado en el útero de otra mujer, en razón de im-

sibilidad por parte de aquélla de soportar el embarazo o -- el parto.

El supuesto exige distinguir la lejanísima posibilidad, en los hechos, de que se trataría de la donación del -- embrión ya formado, del caso en que la receptora del embrión -- aceptase la implantación al solo efecto de posibilitar su de -- sarrollo culminante en el nacimiento.. Una y otra hipótesis -- provocan los mas agudos reparos de tipo moral y ético -- como -- lo suscitan la inseminación y la fecundación heteróloga en -- general -- y exigen ineludiblemente su adecuado encuadramiento jurídico.

A nuestro juicio la fecundación extrauterina con -- semen del marido de un óvulo de la esposa y su posterior im -- plantación en el útero de otra mujer implica un acuerdo o -- pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costum -- bres. En efecto no se concibe semejante procedimiento sin el -- acuerdo previo de la "receptora del embrión", y este acuerdo -- nos previene contra los vientres mercenarios o el alquiler -- de úteros a que alude Vance Packard.

La alucinante perspectiva no tiene, por ahora, o --- tro freno que la directiva general del derecho, aplicable a -- la especie, conducente a negar toda reclamación derivada de -- semejante pacto. Así, por ej.: mal podrían los padres del hijo -- que dio a luz otra mujer, pretender desconocer o impugnar la -- maternidad de esta última invocando como interés legítimo el -- hecho de ser ellos los autores genéticos del hijo. Deberían --

para ello, invocar el acuerdo por el cual la receptora se obligó a entregar ese hijo, una vez nacido.

De todos modos es un hipótesis que debe ser regulada por las futuras legislaciones de la mejor forma posible y consultando el interés general de los asociados.

L.-REPLANTEOS JURIDICOS.

Los avances científicos, y sus, por momentos espectaculares logros, pueden llegar a conmover los cimientos mismos de los principios seculares del derecho, en especial en nuestro caso sacudira la concepción jurídica y social de la familia tradicional.

Buen prueba de ello nos la da el tema de la inseminación artificial en seres humanos. Tanto ésta como la fecundación humana extrauterina replantean aspectos jurídicos y éticos comunes y encierran una problemática afín: su insidencia ante carencias naturales que impiden a hombre y mujer en circunstancias concretas, lograr la procreación de un hijo mediante la cópula normal.

Como es sabido, la inseminación artificial está estrechamente unida al descubrimiento de que el semen puede fecundar mucho tiempo después de su eyaculación si es adecuadamente conservado (Ej: por congelamiento). Obtenido el semen mediante eyaculación provocada -masturbación, electroeyaculación, masajes vesiculoprostáticos u otros- es luego inoculado

durante el periodo fértil del ciclo ovárico de la mujer, cuando es factible que se produzca la fecundación del óvulo maduro.

La inseminación se erige así, en un procedimiento al cual recurren numerosos matrimonios frente a situaciones concretas de infecundidad o infertilidad.

La inseminación puede ser homóloga o heteróloga, y común a ambas especies se hace presente un replanteo de fondo. Es el relativo al presupuesto biológico de la concepción, y por ende, de la procreación. Todas las legislaciones, aún las modernas, presuponen -es obvio- que la concepción en el seno materno es obra común de padre y madre que engendran al hijo mediante el coito o cópula. Sin embargo la inseminación artificial -y ni que decir la fecundación extrauterina- permiten observar que puede haber concepción humana sin cópula, aunque -como ocurre en la inseminación homóloga- biológica y genéticamente el hijo concebido sea fruto de marido y mujer. A pesar de que la moderna concepción del matrimonio ya no incluye la procreación como uno de sus fines esenciales, solo exige que los cónyuges sean aptos para los actos tendientes a la generación, aunque ésta no se de; No por ello deja de ser pilar fundamental de la sociedad la forma de procreación y todo lo que a ello tienda, debe ser analizado cuidadosamente por juristas moralistas y sociólogos, etc.

Y en estos supuestos se abre una importante brecha al tradicional principio de la legitimidad de la concepción. Nuestro C.C., como todos los códigos civiles que distin-

guen entre la procreación matrimonial y extramatrimonial,--- juzgan que un hijo es legítimo(o matrimonial) cuando ha sido concebido durante el matrimonio. Esto, simplemente, porque se juzga que solamente durante el matrimonio, el coito o cópula-- fecundante de los conyuges puede dar lugar a la atribución-- de legitimidad del hijo, sin perjuicio de la legítimación que por aplicación del favor matrimonial se acuerda a los hijos-- aún concebidos antes del matrimonio celebrarse, naciendo des-- pués. Sin embargo mediante el procedimiento de la insemina-- ción artificial la esposa podría concebir un hijo que genéti-- camente es del marido, incluso después de la disolución del -- matrimonio por fallecimiento de aquél. Tal sería el caso del -- hijo póstumo dado a luz por la viuda después de 300 días pos-- teriores a la muerte de su esposo (en que la concepción se -- presume iures et de iure que acaeció fuera del matrimonio de conformidad con lo dispuesto por el C.C.C.) si se probara fe-- hacientemente que la viuda fue fecundada con semen de su cón-- yuge premuerto obtenido con anterioridad al deceso. Podría -- calificarse ese hijo como legítimo o matrimonial??

Desde otra perspectiva se afecta el presupuesto -- tradicional de la presunción de paternidad legítima que re-- cae en el marido de la mujer que concibió el hijo entendién-- dose que esa paternidad se sustenta en las relaciones sexua-- les exclusivas que aquél mantiene con ésta. Pues, mediante el -- procedimiento de la inseminación artificial podría ocurrir-- que, aún existiendo imposibilidad material del marido de man-- tener con su esposa relaciones sexuales durante el periodo -- legal de la concepción -- supuesto clásico que autoriza a ----

impugnar o desconocer la paternidad presumida- la esposa acreditára' que la fecundación se obtuvo mediante inseminación artificial don esperma del marido: tal, por Ej: en el caso planteado por la doctrina extranjera, en que éste hubiera consentido en remitir a distancia su propio semen y luego pretende desconocer el hijo alegando la imposibilidad material de cohabitar con su mujer. O que aunque el marido probáre que es impotente para el coito +impotencia coeundi- se constatare - que no es estéril y que accedió a que se le extrajera el semen fecundante con el cual se práctico la inseminación posterior.

Más complejas son aún las cuestiones que suscita la inseminación artificial heteróloga, es decir, con semen de un tercero o donante. Lo habitual es que se recurra a este procedimiento por esterilidad del marido y que la esposa concuerde con el consentimiento de éste para ser inseminada con esperma ajeno. He aquí una situación completamente nueva para el derecho. Por una parte la presunción de paternidad del marido. (la clásica maxima pater is est quem justae nuptiae demonstrand, atribuida a Paulo y que recoge el código civil), riende plenamente pero por otra parte el presupuesto biológico - que nutre esa presunción desaparece: genéticamente hablando, el hijo concebido es de un tercero. Podrá responderse que aquí opera, en modo relevante, la llamada por Diaz de Guijarro, voluntad procreacional que corresponde al marido y no al donante del semen fecundante, que lo proporciona sin pensar en ese hijo, con un "fin impersonal", (como quien dona algo de su sangre al banco de sangre de un hospital). Pero a pesar de --

que la presunción *Pater is est* que *justae nuptiae* demostand se funda en una relación que presupone relaciones sexuales-- exclusivas tradicionalmente, porque en ese momento no se habia presentado las grandes posibilidades de los avances científicos, hoy en día se hace ineludible un replanteo jurídico-- en este aspecto y para el cual me parece muy acertada la tesis de Díaz de Guijarro de la voluntad procreacional. No sólo lo ayudaría a solucionar un problema jurídico sino que se -- tomaría más en cuenta al nuevo ser que tradicionalmente ha-- venido siendo un accidente de la organización social y no -- como lo que debiera ser, es decir, la nueva generación que reemplazara a la actual. Razón más que suficiente para que se-- tenga en cuenta su llegada en las legislaciones modernas.

Los avances biológicos sacuden de tal manera el -- ordenamiento social y jurídico que la presunción en comento-- (*Pater is est* quen.....) aparece injusta en el caso que la-- inseminación heteróloga fuera practicada a la esposa sin con-- sentimiento del marido o más aún contra su consentimiento, -- continua operando en nuestro ordenamiento legal.

Podría el marido desconocer la paternidad del hijo concebido, por inseminación heteróloga contra su consentimiento, aun cuando no haya existido imposibilidad material de relaciones sexuales en el periodo legal de la concepción, ni ocultación del parto?? Tales, como sabemos son los únicos supuestos en que nuestro derecho positivo permite al marido -- ejercer la acción de desconocimiento riguroso. Aunque puede -- llegar a sostenerse que la inseminación practicada sin con--

sentimiento del marido es "adulterio" -adulterio casto, como -
lo llama Garcia Barbarena- si el parto -o en su caso el emba-
razo de la mujer- no le fueren ocultos, faltaria en el im-
pugnante un presupuesto de su acción. Lo que se quiere signi-
ficar es que en una hermenéutica estricta de un sistema ce-
rrado de impugnación de la paternidad, la presunción pater is
est....., operaria en principio aún cuando la concepción --
del hijo no obedeciera a cópula fecundante del marido, aunque
el semen fuera de un tercero y, finalmente, aunque la insemina-
ción se hubiera practicado sin consentimiento del marido -o-
lo que seria más grave contra su voluntad---. Esto nos induce
a pensar que la atribución de paternidad como categoria juri-
dica no tuvo en cuenta el avance científico biológico. La me-
jor solución seria establecer un sistema "abierto de impugna-
ción", como los que consagran las más modernas legislaciones,
asi un ejemplo, entre muchos, nos lo brinda la reforma de 1.9-
76 al código civil suizo, cuyo art. 262 dispone ahora: "que la
presunción de paternidad cesa cuando el presunto padre prue-
ba que su paternidad esta excluida o es menos verosimil que
la de un tercero". Asi se puede recurrir a la fuente que de -
verdadera claridad, asi sea biológica, institucional, etc. sobre
la paternidad discutida.

VII

LA IGLESIA CATOLICA FRENTE A LA INSEMINACION ARTIFICIAL

La posición de la Iglesia católica frente al tema de la inseminación artificial es digna de conocerse, sobre todo, en los países americanos y en especial Colombia, que tienen un elevadísimo porcentaje de población católica.

Por medio de varios documentos ha fijado la Iglesia su pensamiento respecto al tema de la inseminación artificial. Se sostiene que no es lícita y que su práctica riñe con los principios cristianos y por lo tanto la rechaza en forma categórica.

El primer documento data de Marzo 17 de 1.897 cuando se absolvió una duda propuesta. El texto del documento es el siguiente:

"ACTA DE LA SANTA SEDE, Volumen XXIX, Pág. 704. ---"

DUDA SOBRE LA FECUNDACION ARTIFICIAL. Miercoles 17 de Marzo -
de 1.897.

Duda presentada a los inquisidores generales en la congregación general de S. R. y U. J. en presencia de los eminentísimos cardenales, contra la depravación erótica. ¿Se puede proceder a la fecundación artificial de la mujer??.

Examinados todos los puntos con exactísimo cuidado y dado el voto de los señores doctores, los mismos señores cardenales respondieron:

NO ES LICITA.

En el viernes 26 del mismo mes y año, en audiencia ordinaria dada al R. P.D. Asesor, hecha una relación detallada de lo arriba indicado a su santidad D. N. León XIII Papa, su santidad aprobó y confirmó la resolución de sus eminencias. J. CAN. MANCINI. S. R. et. U. J. Notarius".

Como se puede observar la respuesta dada en esta primera oportunidad por los teólogos, no analiza a fondo el problema, ni aduce razones para fundamentar su respuesta. Créyó innecesario el santo oficio dar explicaciones del porqué? Es su respuesta extensiva a toda clase de fecundaciones?? De acuerdo con la traducción transcrita, parece que la oposición a la inseminación por parte de la Iglesia es absoluta, pues no hace distinción alguna al respecto.

La Iglesia en diferentes oportunidades ha fijado y aclarado la posición adoptada. Entre las que se destacan cronológicamente, está la del cardenal Bernard W. Griffin, arzobispo de Westminster, dada el 9 de Abril de 1.945 a los médicos católicos de Inglaterra, y cuyo extracto citado por De -- VENECIANA es el siguiente:

"Después de la experimentación, seguida de éxito, -- con los ganados y animales de la inseminación artificial, hay médicos que están aplicando los mismos procedimientos en seres humanos. La mera mención de tal práctica es repugnante, pero nos debemos expresar con toda claridad cual es nuestra doctrina sobre la inseminación artificial. No nos referimos a la que podría describirse como una auxiliar inseminación de la mujer después de una normal cohabitación con su marido. -- Tratamos de la práctica de la fecundación artificial con el semen de un hombre que no es su marido.

Tal práctica ofende la dignidad del hombre, atenta a la ley de la naturaleza, y es injusta con la descendencia producida. El donador del semen es reducido al status de un caballo-padre; además el método usado para obtener el semen -- (la polución) es gravemente inmoral hasta en el caso de que sea obtenido del marido. EL ACTO DE LA MUJER POR EL QUE RECIBE EL SEMEN DE UNO QUE NO ES SU MARIDO TIENE LA MALICIA DEL ADULTERIO. Haced frente a los hechos. Esta práctica es contra la ley moral natural, porque la procreación de un hijo debe ser dentro de la familia, y el padre debe soportar los deberes de mantenimiento y educación posterior de su progenie. --

Ningún consentimiento de marido y mujer pueden remover la --
 inmoralidad de tal acto. Nos confiamos en que la profesión --
 médica se opondrá a la producción de lo que se ha descrito --
 como niños de laboratorio. La práctica de la inseminación ar --
 tificial humana fue condenada ya por la Iglesia en 1.897, y --
 un médico católico no deberá tomar parte en manera alguna en
 tal clase de operaciones".

Posteriormente su santidad Pío XII, ratificó la --
 posición de la Iglesia ante los participantes del IV congre --
 so internacional de médicos católicos el 29 de Septiembre de
 1.949. En aquella oportunidad el sumo pontífice dijo:

"Hemos tocado ya en muchas ocasiones buen número --
 de puntos particulares concernientes a la moral médica. Pero --
 he aquí que se plantea en primer término una cuestión que re --
 clama, con no menos urgencia que las otras, la luz de la doc --
 trina moral católica: el de la fecundación artificial. No pode --
 mos dejar pasar la ocasión presente para indicar con breve --
 dad y a grandes líneas el juicio moral que se impone en esta
 materia: 1.-La práctica de esta fecundación artificial en --
 cuanto se trate de hombre, no puede ser considerada ni exclu --
 sivamente, ni aún principalmente, desde el punto de vista bio --
 lógico y médico, dejando de lado el de la moral y el derecho.
 2.-La fecundación artificial fuera del matrimonio ha de con --
 siderarse pura y simplemente como inmoral. Tal es, en efecto, --
 la ley natural y la ley divina positiva, de que la procrea --
 ción de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimo --
 nio. Sólo el matrimonio salvaguarda la dignidad de los espo --

sos (principalmente de la mujer en este caso), su bien perso-
 nal. De suyo sólo él provee el bien y la educación del niño,
 por consiguiente, respecto a la fecundación artificial fuera-
 de la unión conyugal, no es posible ninguna divergencia de o-
 piniones entre católicos. El niño concebido en estas condicio-
 nes sería, por este mismo hecho, ilegítimo. 3.- La fecundación
 artificial en el matrimonio, pero producida por elemento acti-
 vo de un tercero, es igualmente inmoral, y como tal debe repro-
 barse sin apelación. Solo los esposos tienen un derecho reci-
 proco sobre sus cuerpos para engendrar una nueva vida, dere-
 cho exclusivo imposible de ceder, inalienable. Y este debe --
 ser también por consideración al niño. A todo aquél que de la
 vida a un pequeño ser, la naturaleza le impone, en virtud mis-
 ma de este lazo, la carga de su conservación y de su educa-
 ción. PERO ENTRE EL ESPOSO LEGÍTIMO Y EL NIÑO FRUTO DEL ELE-
 MENTO ACTIVO DE UN TERCERO -- aunque el esposo hubiera consenti-
 do -- NO EXISTE NINGUN LAZO DE ORIGEN, NINGUNA LIGADURA MORAL Y
 JURÍDICA DE PROCREACIÓN CONYUGAL. 4.- En cuanto a la licitud-
 de la fecundación artificial en el matrimonio, bastenos recor-
 dar estos principios de derecho natural, el simple hecho de --
 que el resultado al cual aspira, se obtenga por este camino, --
 no justifica el empleo del medio mismo, ni el deseo en si muy
 legítimo, de los esposos de tener un hijo, basta probar la le-
 gitimidad del recurso de la fecundación artificial que reali-
 zaría este deseo. Sería falso pensar que la posibilidad de re-
 currir a este medio podría volver válido el matrimonio entre
 personas inaptas a contraerlo, por el hecho de impedimentum --
 impotentiae. Por otra parte, es superfluo observar que el ele-
 mento activo no puede ser jamás procurado lícitamente por --

actos contra la naturaleza. Aunque no se pueden a priori excluir nuevos métodos por el sólo motivo de su novedad, no obstante en lo que toca a la fecundación artificial no solamente hay que ser extraordinariamente reservado, SINO QUE HAY -- QUE DESCARTARLA ABSOLUTAMENTE. Al hablar así no se proscriben necesariamente el empleo de ciertos medios artificiales destinados únicamente, sea a facilitar el acto natural, sea a hacer llegar a su fin el acto natural, normalmente llevado a cabo. Que no se olvide: sólo la procreación de una nueva vida según la voluntad y plan del creador lleva consigo hasta un grado admirable de perfección la realización de los fines -- perseguidos. Ella es conforme a la naturaleza corporal y espiritual y a la dignidad de los esposos el desarrollo normal y feliz del niño".

Dos años más tarde, el 29 de Octubre de 1.951 en Castelgandolfo, su santidad el papa, en mensaje dirigido a la unión católica Italiana de Comadronas, reitera la condenación de la Iglesia a la inseminación artificial. Manifiesto el pontífice en aquella oportunidad:

"Reducir la cohabitación de los conyuges y el acto conyugal a una pura función organica para transmitir los gérmenes, seria como convertir el hogar doméstico, santuario de la familia en un simple laboratorio biológico. Por eso en nuestra alocución del 29 de septiembre de 1.949 al congreso internacional de médicos católicos, excluimos formalmente del matrimonio la fecundación artificial. El acto conyugal, en su estructura natural, es una acción personal, una cooperación --

simultánea e inmediata de los conyuges que, por la naturaleza misma de los agentes y la propiedad del acto, en la expresión del don reciproco que, según la palabra de la escritura, efectúa la unión en una "CARNE SOLA" esto es mucho más que la unión de dos gérmenes, que puede efectuarse artificialmente también, es decir, sin la acción natural de los cónyuges. El acto conyugal ordenado y querido por la naturaleza, es una cooperación natural a la que los esposos, al contraer matrimonio, se otorgan mutuamente. Por eso, cuando esta prestación en su forma natural y desde el comienzo es permanentemente imposible, el objeto del contrato matrimonial se encuentra afectado por un vicio esencial (Acta apostolicae Sedis, Vol. XLIII, Pag. 850, 1.951).

El 19 de mayo de 1.956, nuevamente Pío XII en el II congreso mundial de la fertilidad y la esterilidad, afirmó lo siguiente:

"La Iglesia ha descartado también la actitud opuesta, que pretende separar, en la generación, la actividad biológica de la relación personal de los cónyuges. El niño es el fruto de la unión conyugal cuando ella se manifiesta en plenitud, por el ejercicio de las funciones orgánicas, de las emociones sensibles que a ella van unidas, del amor espiritual y desinteresado que la anima; es en la unidad de este acto humano, donde han de situarse las condiciones biológicas de la generación. Jamás está permitido separar estos diversos aspectos, hasta el punto de excluir positivamente, ya sea la intención procreadora, ya la relación conyugal. La relación que une

al padre y a la madre con su hijo, se enraiza en el hecho orgánico, y más todavía en el acto deliberado de los esposos, -- por el que se entregan el uno al otro, voluntad de entrega -- que se desarrolla y encuentra su acabamiento verdadero en el ser que ellos ponen en el mundo. De otra parte, sólo esta consagración de sí, generosa en su principio y ardúa en su realización, por la acción conciente de las responsabilidades que ella comporta, puede garantizar que la obra de educación de los hijos será promovida con todo cuidado, la energía y la paciencia que ella exige. Se puede, pues, afirmar que la fecundación humana, al lado del aspecto físico, reviste aspectos morales esenciales que es necesario considerar también cuando se trata el problema desde un punto de vista médico. Es evidente que el sabio y el médico, cuando abordan un problema de su especialidad, tienen el derecho de concentrar su atención sobre los elementos propiamente científicos, y resolverle sólo en función de estos datos. Pero cuando se entra en el camino de las aplicaciones prácticas en el hombre, es imposible no tener en cuenta las repercusiones que los métodos propuestos tendrán sobre la persona y su destino. La grandeza del acto humano consiste precisamente en rebasar el momento mismo en el cual se realiza para comprometer toda la orientación de una vida, para acarrear la toma de posición frente a lo absoluto. Esto, que ya es verdad respecto de la actividad cotidiana, lo es con mucha más razón respecto de un acto que compromete, con el amor recíproco de los esposos, su futuro y el de su descendencia. Nos creemos así que es capital para vosotros señores, el no descuidar esta perspectiva cuando considerais los métodos de la fecundación artificial. El medio por el ---

cual se tiende a producir una vida toma una significación -- humana esencial, inseparable del fin que se persigue ya susceptible, sino es conforme a la realidad de las cosas y a las leyes inscritas en la naturaleza de los seres, de causar un -- daño grave a este mismo fin. También sobre este punto se nos ha pedido que demos algunas directrices. Respecto de las tentativas de la fecundación humana artificial, IN VITRO, nos basta observar que es necesario rechazarlas como inmorales y -- absolutamente ilícitas. Sobre las diversas cuestiones de moral que se plantean a propósito de la fecundación artificial en el sentido ordinario de la palabra, o de la INSEMINACION ARTIFICIAL", ya expresamos nuestro pensamiento en un discurso dirigido a los médicos el 29 de Sept. de 1.949, (Discursos y radiomensajes, vol XI Pag. 221 y Ss.); así pues nos limitaremos para los detalles a lo que dijimos entonces y nos limitaremos aquí a repetir el juicio que dimos como conclusión." EN LO QUE TOCA A LA FECUNDACION ARTIFICIAL, NO SOLAMENTE HAY MOTIVO PARA SER EXTREMADAMENTE RESERVADOS, SINO QUE ES NECESARIO DESCARTARLA DE UN MODO ABSOLUTO. SIN QUE SIGNIFIQUE QUE SE PROSCRIBE NECESARIAMENTE EL EMPLEO DE CIERTOS MEDIOS ARTIFICIALES, DESTINADOS UNICAMENTE, YA SEA A FACILITAR EL ACTO NATURAL, YA SEA A HACER LLEGAR A SU FIN EL ACTO NATURAL NORMALMENTE REALIZADO". Pero siendo un hecho que el uso de la fecundación artificial se extiende más y más, ya fin de corregir algunas opiniones erróneas que van difundiendo sobre el tema que nos hemos tratado, añadimos aquí lo que sigue: la fecundación artificial sobrepasa los límites del derecho que los esposos tienen adquirido por el contrato matrimonial, a saber el derecho de ejercer plenamente su capacidad sexual natural

en la realización natural del acto matrimonial. El contrato en cuestión no les confiere derecho a la fecundación artificial porque un tal derecho no está en ninguna manera expresada en el derecho al acto conyugal natural y no puede ser de él deducido. Aún menos se le puede derivar del derecho al "INI-NO", "FIN" primario del matrimonio. El contrato matrimonial no da este derecho, porque el no tiene por objeto el "NINO", sino los "actos naturales" que son capaces de engendrar una nueva vida y destinados a ella. Así, pues, se debe decir de la fecundación artificial que viola la ley natural y que es contraria al derecho y a la moral" (Eclessia, Num, 777, Pag. 630, Madrid 2 de Junio de 1.956).

Algunos teólogos aceptan que no es ilícita la fecundación cuando únicamente se trata de completar el acto generador. Son de éste parecer P. P. PAYEN y VERMEERSCH. Por su parte, el Dr: DUVERGER dice que éste sistema no tiene mucha aceptación dentro del cuerpo médico y que se debe obrar con mucha prudencia antes de ir a practicarlo y sobre todo "A -- LOS MEDICOS OS ACONSEJO EN TODO CASO QUE PARA NO CARGAR VUESTRA CONCIENCIA, PROPONGAIS EL PROBLEMA A LA AUTORIDAD RELIGIOSA".

Se han preocupado de los problemas morales de la inseminación artificial entre otros, ANTONELLI, ALONSO MUNOYERRO, BERARDI, BUCCERONI, CAPPELLO, GASPARRI, GEMELLI, TESSON, VERMEERSCH, PAYEN, etc.

También se han ocupado los canónistas del problema

surgido cuando se practica la heteroinseminación en mujer -- casada con consentimiento del marido y sin él. Constituye --- adulterio la conducta de una mujer que se hace heteroinseminar en estas condiciones ?.

La doctrina canónica rechaza esta conducta como in moral, y la asimila como figura análoga al adulterio, sin olvidar por supuesto que para que exista adulterio, en sentido estricto y riguroso, "ES NECESARIO QUE TENGA LUGAR EL ACTO CARNALE QUE PUEDA CALIFICARSE DE COPULA PERFECTA". No obstante, reconocer la doctrina que materialmente no puede existir adulterio en la inseminación artificial, "EL DERECHO DEBE CONSIDERAR COMO LESIVOS A LA FIDELIDAD MATRIMONIAL NO SOLO LOS ACTOS DE SUYO APTOS PARA LA GENERACION DE LA PROLE SECUNDUM NATURAM (COPULA) SINO TAMBIEN LOS ACTOS DE SUYO APTOS PARA LA GENERACION DE LA PROLE CONTRA NATURAM (INSEMINACION ARTIFICIAL)".

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

"El criterio, pues, que deberá dominar en el futuro -- para sustentar el derecho a la separación perpetua, debe ser el de la violación de la fidelidad conyugal. Pero fidelidad --

entendida en su concepto integral. Siendo los dos elementos de la fidelidad esencialmente, (elemento cópulatorio y elemento final o aptitud para la generación), se debe entender que la fidelidad queda violada por el desconocimiento de cualquiera de los dos elementos esenciales de la fidelidad: *BONUM EX INTEGRA CAUSA, MALUM EX QUOCUMQUE DEFECTU*".

En síntesis, no solamente los autores católicos sino la doctrina española viene considerando el asunto y estima que procede la separación perpetua que solamente es posible por adulterio, en el caso de fecundación artificial, como figura análoga al adulterio.

Sin embargo, a pesar de tener la inseminación como figura similar al adulterio, la Iglesia tiene sentado que -- cuando no ha habido cópula y si inseminación, el matrimonio no se considera consumado. Con todo el respeto que me merece la opinión de la santa madre iglesia y de la jurisprudencia canónica, que en 1.926 declaró que aunque haya prole en un matrimonio en el cual la mujer ha sido inseminada, dicho hecho no permite concluir que haya habido consumación, así sea con semen del esposo por considerar que la fecundación no es licita. (Vicente Montserrat O. "Derecho matrimonial canónico"), me aparto de ella, pues considero que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Y si en el caso de heterosexual inseminación se trata el problema como figura análoga al adulterio, también aquí debe dársele el tratamiento de figura análoga a la cópula, más aún si se trata de inseminación homóloga.

La doctrina tradicional canónica había aceptado el planteamiento antes hecho, es decir, de que se presentaba la consumación. Veamos algunas citas de la obra DE VECIANA. La eutelenesia ante el derecho canónico" Bosch, casa editorial, Barcelona 1.957.

"Por consiguiente, de cualquier manera que el semen viril se mezcle con la sangre, o sea semen de la mujer, sea por intervención diabólica, sea por la misma introducción del varón o por la seminación cerca del lugar, con tal que el semen entre.....se consuma el matrimonio" en summa tabiena, de Tabia, IV, #3, Venecia 1.569".

"Sanchez dice:

"Del mismo modo que están de acuerdo que se consuma, si por cualquier artificio el semen se introduce dentro del vaso natural sin la penetración del pene, porque esta cópula resulta apta para la generación y por ella los esposos se hacen una misma carne.....y esto es así aun cuando el semen del varón se introduzca por arte demoníaco en el correspondiente vaso". (De Sancto matrimonii sacramento, tomo I Liber 2, disputatio 21, num 2, pag. 140, Lyon, 1.637).

Y los teólogos de Salamanca, afirman:

"si, pues, acontece que el semen emitido por el varón llega a introducirse dentro del vaso natural de la mujer aún sin penetración y pese a que esto suceda por arte del --

demonio, el matrimonio es consumado, porque resulta apto para la generación y por ello los cónyuges se hacen una misma carne. Y es doctrina común". (cursus Theologiae moralis, se Salmaticenses, trac, 9c.4, punct 1, n 4 Venecia 1.750).

La Iglesia se enfrenta pues al grave problema de declarar, de acuerdo con la doctrina expuesta a partir de 1.897, inconsumado un matrimonio que ha tenido prole.

No debe alarmar ni sorprender que, en el curso de la historia, la doctrina de los doctores de la Iglesia haya sido permanentemente adecuada a las exigencias de los tiempos y a las verdades de la ciencia. Un solo ejemplo basta. Galileo fue condenado por el santo oficio al sostener la teoría heliocentrista del mundo, y esa condena involucra la tachada de herejía. Hoy, esta actitud oficial de la Iglesia se presenta anecdótica y si fue explicable, por la ignorancia de hace cuatro (4) siglos, hoy no sería sostenible por jerarquía alguna.

Empeñados en el oscurantismo en condenar a como de lugar todo avance científico, caen en lamentables absurdos como el caso que nos ocupa, de considerar un matrimonio con prole como no consumado. Valdría la pena preguntarnos si tendrían suficiente autoridad moral para hablar de prole, quienes no la han tenido por amor a la riqueza, que matan en nombre de Dios, para imponerse con sus ideas, como lo dejan ver las condenas y ejecuciones del santo oficio, y que tratan de avasallar el mundo terreno, como lo demuestran las negociaciones -

de los concordatos, donde procuran que los curas tengan más--
jerarquía que los jueces de la república. Esto es, por decir --
lo menos, un atentado contra la soberanía del país, del que to
dos los ciudadanos somos cómplices. Como es posible que para--
que el congreso apruebe un proyecto de ley para trasladar --
los festivos al lunes siguiente de la celebración, tengan que
consultar primero con los curas. Como si la economía del país
fuera cuestión de ideologías dominantes y no de realidades --
tangibles de nuestro pueblo. La libertad de cultos es algo --
fundamental en cualquier democracia que se respete.

CONCLUSIONES

Analizados los problemas que, jurídicamente, suscitan tanto la inseminación artificial como la novísima posibilidad de la fecundación extrauterina y, más allá de las confrontaciones éticas inevitables, lo primero que hay que concluir que todo balance es provisional.

La humanidad en este último cuarto del siglo XX asiste atónita entre maravillada y confundida, a los espectaculares progresos de la ciencia. En nuestro caso a un logró indiscutible de la genética. Quizas no todo lo científicamente posible es moralmente lícito, pero no es menos cierto que los progresos científicos constituyen jalones indiscutibles de la misma historia humana y que lo valioso o disvalioso son los fines a que esos progresos se aplican.

Lo trascendental es responder al interrogante que lanzan las conquistas de la moderna genética y de la embriología permitiendo, de diversas formas, ayudar, facilitar y hasta posibilitar el acto biológico de la fecundación. Esta ayuda, facilitación o posibilitación, no son, por si mismas, ni buenas ni malas, pienso que son buenas siempre que constituyan el mejoramiento de la vida humana.

Desde el punto de vista ético no comparto la condena que algunos círculos sociales hacen a la inseminación artificial y a la fecundación extrauterina, por cuanto que me preocupa más el avance de las ciencias y el mejoramiento de la vida humana, que los recatos morales y religiosos que obstaculizan el desarrollo social. Es conveniente y necesario establecer marcos jurídicos que garanticen los derechos de todos los asociados; por Ej: si una mujer casada con un hombre estéril desea tener un hijo como es lo lógico y natural, debe concedersele ese derecho, aún contra la oposición de su marido. Desde luego debe antes resolverse la situación del marido estableciendo el divorcio por esterilidad. Así la Iglesia Católica diga otra cosa. Pues por lo sentimientos del esposo y los recatos sociales, no puede violarse los derechos ni los sentimientos de madre, de la mujer.

Los procedimientos de inseminación o de fecundación In Vitro, no violentan en ningún momento las reglas naturales puesto que siempre existen un óvulo y espermatozoide que hacen de la fecundación completamente natural. Si el hombre no sumiera la naturaleza y facilitara y hasta mejorara -

sus procesos,, toda cirugía debería ser proscrita, toda ingestión de medicamentos y fármacos sintéticos o antibióticos rechazada; no se concebiría por ej: el trasplante de órganos, como el riñón, la extirpación de tumores cancerosos, la cirugía cardiovascular, etc.

Para aquellos que no están de acuerdo con lo planteado, respecto a la vinculación que el pensamiento jurídico debe guardar con la realidad social, es interesante preguntarse: ¿Cuál sería la respuesta de una mujer casada que viera resuelta, a través de los modernos medios científicos, su imposibilidad de procrear, si se le señalara que es censurable e inmoral recurrir a la inseminación artificial o a la fecundación extracorporal?? Aceptaría las argumentaciones teóricas que no parten de su realidad existencial ?? O en cambio consideraría que en el plan de Dios es bien mirado lo que favorece la vida?? y por tanto digno de respeto para los hombres Es más, no consideraría como consecuencia de ello, que la inmoralidad reside justamente en tratar de oponerse a ese deseo de satisfacer su vocación de madre??.

Lo que si se debe condenar, son los intentos de utilización de estos medios para fines eugenésicos o puramente experimentales que desconozcan la libertad de hombre y mujer en la aceptación del acto procreacional, como las aplicaciones de la fecundación extrauterina selectiva, eugenésica, pudiese en el futuro, proponer.

El jurista y el legislador deben enfrentar la rea-

lidad con valentia y sin prejuicios. No es posible que aquél-
aterrado ante las proyecciones que el mal uso puede provocar
opte por la diatriba y la condena genérica, indiscriminada, y-
de ahí en más niegue la realidad que se le impone. Ni que el-
legislador adopte la política del silencio por temor al com-
promiso ante esa realidad.

Es conveniente tener en cuenta que si la realidad
es negada, no cesará, por eso, de seguir siendo realidad. Pero -
con un gravísimo riesgo que mientras juristas y legisladores
por temor o por prejuicios, siguen proclamando su condena y -
declamando sus razones, no existirá el marco legal adecuado -
para regular correctamente las proyecciones del fenómeno --
científico.

Estamos, pues, ante un auténtico desafío de políti-
ca legislativa que tiene proyecciones no sólo en el ámbito -
del derecho civil sino también del derecho penal.

1.-EN EL DERECHO CIVIL.

- a.-Urge precisar la existencia de la persona -
desde su concepción dentro o fuera del seno materno para su-
protección.
- b.-Establecer como causal de divorcio la inse-
minación artificial o la fecundación extrauterina de la mu-
jer sin consentimiento del marido, o contra su consentimiento.

c.-Establecer un sistema abierto de la impugnación de la paternidad legítima. A tal fin debiera permitirse el desconocimiento en los casos de inseminación artificial - heteróloga, sino hubiese mediado expreso consentimiento del marido para tal procedimiento; excluyendo en cambio expresamente del ejercicio de la acción a quien dió ese consentimiento.

d.-De igual modo es conveniente consagrar expresamente que el marido no podrá ejercer la acción de desconocimiento de la maternidad del hijo nacido a luz por su mujer, durante el matrimonio invocando que la fecundación se realizó con un óvulo que no era el de ella, si medió el consentimiento escrito de ambos para tal procedimiento.

2.-EN EL DERECHO PENAL.

Deben tipificarse como delitos que llevan consigo la pena accesoria de inhabilitación para el médico biólogo u otros profesionales intervinientes en las siguientes conductas.

a.-La experimentación con embriones humanos que, respondiendo a fines eugenésicos o de otra índole, alteren los componentes genéticos originales, causando perjuicio a la humanidad.

b.-Ofrecimiento público, indebido, de óvulos para su fecundación o de embriones para su implantación.

BIBLIOGRAFIA.

- Borda Guillermo A.: "Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia" 5 edición, Buenos Aires. 1.973.
- Bellusio Marco: "Manual de Derecho de Familia" Buenos Aires/74
- Bobbio Norberto: "Simposio sobre derecho Natural y Axiologia". Mexico 1.963.
- Cantón A. Bernardez: "Causas canónicas de separación conyugal". Editorial Tecnos S.A. Madrid 1.961.
- "Curso de Derecho matrimonial canónico" Madrid 1.969
- Gabra Monroy Marco Gerardo: "Matrimonio civil y Divorcio en la legislación Colombiana". Edit. Temis, Bogotá, 1.977.
- Castán Tobeñas José: "Los problemas Civiles de la llamada Inseminatio Artificialis en seres humanos", Zaragoza, 1.955.
- De Veciana Ramón Maria: "La eutelegenesia ante el Derecho Canónico" Bosh, casa Edit., Barcelona. 1.957.
- De Ibarrola Antonio: "Derecho de Familia". Edit. Porrúa. Mexico 1.978.

- De Aquino Santo Tomas: "La suma teológica". Buenos Aires, 1.951
- Diaz de Guijarro Enrique: "Tratado de Derecho de Familia" Edit
Buenos Aires, 1.952.
- García Barberena: "Adulterio Casto". Revista Española de Dere-
cho canónico. 1.962.
- Gomez Piedrahita Hernán: "Derecho de Familia". Matrimonio, Divor-
cio, separación de cuerpos, Inseminación Artificial, Edt. Derecho Colombiano. 1.978.
- Herrán Goez Maria Teresa: "Filiación Natural", Bogotá 1.969.
- Hinestrosa Forero Hernando: "Estudios de Derecho de Familia".
Publicación del Externado de Colombia, 1976
- Iglesias M. : Aborto, Eutanasia y Fecundación Artificial" Edi-
ciones y publicaciones Barcelona, 1.954.
- Itermán Mas Joan: "Desde Vélez Sársfield hasta el bebé de la -
Probeta". Zeus, T 14, Suplemento diario del 31-8-78
- López del Carril Julio: "La Filiación", Buenos Aires, 1.976.
- La Nación: Diario 27-7-78 Pags 1 y 2. Suplemento diario.
- Llambias Jorge: "La fecundación humana in vitro" E.D. Suple-
mento diario del 11-9-78.
- Montserrat O. Vicente: "Derecho Matrimonial Canónico". Edito-
rial Liturgic Española, 1.926.
- Mazzinghi Jorge Adolfo: "Breve reflexión sobre la Fecundación
In Vitro". Suplemento diario del diario la Nación -
del 4-9-78.
- Noguer More J: "Diccionario Enciclopédico de la Educación Se-
xual", Publicaciones Barcelona, 1.971.
- Palmer Raoul: "Aspectos médicos de la fecundación Artificial".
Zurich, 1.960.

AN 31060
T Noreña Riaño, Wilmer.
D346.2 Concepción y derecho.
N834
Ej.1

VENCE

AN
T
D346.2
N834
Ej.1

31060

31060