

Aspectos legales de la procreación con asistencia científica

Manuel Mendoza Torres*

Es cada día más común que se utilice la ayuda de los procedimientos científicos con fines de procreación. La popularización de las técnicas de inseminación producirá necesariamente un impacto en las costumbres sociales y, por consiguiente, en las normas jurídicas. Entre nosotros ya existe un grupo de científicos que vienen utilizando, y para estos efectos se han creado clínicas y bancos de espermatozoides, cuyo funcionamiento comienza a ser reglamentado, sin que todavía el ordenamiento jurídico cuente con un sistema de normas que contemple las situaciones que puedan afectar aspectos que tocan especialmente con la legislación civil, penal y laboral. La inseminación, ya se trate de la homóloga, que se logra con el espermatozoides del marido, o la heteróloga, con el de un tercero, alterará principalmente las disposiciones sobre el estado civil.

1. Marco legal

El artículo 42 de la Constitución Nacional habla de los hijos procreados con «asistencia científica», lo que indica el fundamento legal para reglamentar estas técnicas de ayuda a la gestación humana.

Con base en el mencionado artículo se deben ordenar todas las técnicas existentes de reproducción asistida, teniendo en cuenta que son derechos fundamentales la vida (11), el derecho a procrear, la protección de la mujer embarazada (43) y la niñez (44). Igualmente, que la atención de la salud es un servicio público (49) y que el Estado tiene, entre sus finalidades, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (366), mediante el establecimiento de la seguridad social.

1.1. *El derecho a la procreación*

Si la vida es un derecho inviolable y la familia es el núcleo principal de la sociedad, es evidente que existe un derecho a la procreación, que es de carácter fundamental, pues conlleva la preservación de la especie humana.

1.2. *Legislación de familia es de orden público*

No obstante lo anterior, como la utilización de estas técnicas implica un acto voluntario entre varias personas, no debe olvidarse que los acuerdos que se celebren para ello no pueden vulnerar las normas de la familia, que son de orden público y cuyo contenido no puede ser modificado por la voluntad de los particulares. Por lo tanto, el límite de la autonomía de la voluntad debe ser fijado por el legislador en esta materia.

* Abogado. Profesor de Derecho Civil, Parte General y Personas, de la Universidad del Norte.

1.3. La intervención del estado

De lo anterior se desprende que el estado deberá intervenir no sólo dando normas sustantivas sobre las consecuencias que se producirán en el estado civil de los procreados mediante asistencia científica, sobre todo, a cerca de la situación creada con respecto a la familia de donde provienen, sino con respecto a las personas que utilicen estas técnicas en desarrollo de una actividad profesional y al funcionamiento de los llamados bancos de semen. Ya la ley 9ª de 1979, conocida como Código Sanitario, estableció en su artículo 540 que las instituciones que se propongan emplear métodos de trasplantes o utilizar elementos orgánicos con fines terapéuticos deberán obtener la correspondiente licencia, *«previa comprobación de que su dotación es adecuada, sus equipos científicos capacitados y que por investigaciones y experiencias aceptadas universalmente, el acto terapéutico no constituirá un riesgo, distinto de aquel que el procedimiento conlleva para la salud del donante o del receptor»*.

Esta intervención, a través del Ministerio de Salud o de los organismos departamentales y municipales se puede extender a la determinación de normas para el control de «líquidos orgánicos», con el fin de eliminar cualquier riesgo para la salud o el bienestar de la comunidad (art. 546).

Recientemente la Secretaría de Salud del Distrito de Santafé de Bogotá, mediante la Resolución N° 01628 del 27 de abril de 1994, adoptó condiciones mínimas para el funcionamiento de los bancos de gametos, embriones y unidades de fertilidad, pero es de

anotar que lo hizo con base en la legislación de trasplantes de órganos, pues no existen normas sustantivas sobre inseminación humana.

1.4. La legislación aplicable

Nos preguntamos si en ausencia de una legislación especial podrían aplicarse, por analogía la ley 73 de 1988 y el Decreto Reglamentario 1172 de 1989 sobre trasplantes de órganos, que define como *«componentes anatómicos, los órganos, tejidos, células y en general todas las partes que constituyen un organismo»*. No obstante, ¿es el semen un elemento orgánico? Como secreción de una glándula del cuerpo, sí lo es. Se podría también inquirir si es la inseminación un procedimiento terapéutico. Lo es, si se entiende que la esterilidad en el ser humano es una alteración de la salud.

Se concluye, entonces, que ante un conflicto suscitado por la inseminación, el juez no podría negarse a dictar sentencia aduciendo que no existe norma expresa, pues deberá aplicar por analogía la referente a los trasplantes de órganos.

2. La responsabilidad civil de la persona o entidad que presta el servicio de asistencia científica a la procreación

Las obligaciones pueden ser de medio o de resultado. Existe «obligación de medio» cuando el obligado o deudor ha de poner toda su diligencia y cuidado en la ejecución de su encargo. La obligación es «de medio» cuando el obligado garantiza que se cumplirá la prestación pactada en el contrato. «Tal es la del médico», dice Guillermo

Ospina en su Régimen general de las obligaciones, «*que debe cuidar a su paciente sin que tenga que responder de la curación de éste, y la del abogado que se encarga de un pleito que fracasa para su cliente, pese al escrupuloso manejo del litigio por aquél*».

Consideramos que la obligación de la institución que presta los servicios de asistencia científica para lograr la procreación de una pareja infértil puede considerarse una obligación de resultado, pues no se trata de cumplir con un deber de cuidado y atención para con el paciente, sino de lograr el embarazo de la mujer y el nacimiento de un ser humano.

Es pertinente señalar que la ley 35 de 1988, de las Cortes Generales de España, dice que las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan un riesgo grave para la salud de la mujer y la posible descendencia. Con el mismo criterio dice la parte motiva de la Resolución N° 01628/94 de la Secretaría de Salud del Distrito Capital, que es necesario garantizar que estos procedimientos «*estén dentro de las condiciones óptimas de seguridad y las normas de la ética, para minimizar los riesgos que repercuten en la salud de la comunidad*».

La Sociedad Americana de Fertilidad ha formulado a la comunidad científica nuevas normas para la inseminación con semen de donante (Birmnighan, Alabama, 1990), lo que significa que éstas implican deberes para los profesionales de esta disciplina, cuyo incumplimiento generará responsabilidad civil y también de

carácter penal, cuando no se cumplan. Es importante destacar que la Resolución de la Secretaría de Salud del Distrito Capital constituye la primera norma de carácter administrativo sobre esta actividad que adopta algunas de las precauciones que deben observarse en la aplicación de estos tratamientos.

El Código Civil establece, en su artículo 63, tres clases de culpa: a) La culpa grave, llamada también negligencia grave o culpa lata, que equivale, en materia civil, al dolo, pues es el mayor descuido; aun las personas negligentes no serían tan descuidadas; b) Culpa leve o descuido leve. Es la falta de la diligencia y prudencia que se tiene ordinariamente en los negocios, y c) Culpa levísima, que es la falta de aquella esmerada diligencia y cuidado que un hombre prudente y juicioso emplea en sus negocios.

Considero que en los procesos de inseminación, quien los desarrolla debe ser cuidadoso en extremo, como corresponde a un científico, y si no lo hace será responsable, por su falta de esmero, de la culpa levísima.

Es de anotar que esta actividad implica un riesgo para el paciente y, por lo tanto, la culpa se presumirá, y la carga de probar la diligencia y cuidado recaerá sobre la persona o la institución que desarrolla el procedimiento de inseminación.

Con el fin de disminuir estos riesgos deben observarse ciertas precauciones, que ya son conocidas y aceptadas, las cuales pueden sintetizarse así:

1. Evaluación de la receptora en su

aspecto emocional.

2. Evaluación del marido o compañero, no sólo en su aspecto psíquico, sino en su estado de salud.

3. Evaluación de la mujer receptora, que comprende el análisis de la historia clínica, la ejecución de un examen físico, la realización de pruebas de laboratorio, documentación y medición del tiempo de ovulación y el estudio de posibles anormalidades peritoneales o de las trompas.

Otro aspecto de este asunto es la evaluación de los donantes. Existe consenso entre los concededores del tema en lo que respecta a que el acto de entrega del semen es una donación. Así lo dice la ley española y lo repite la Resolución de la Secretaría de Salud del Distrito Capital. Este acto gratuito tiene su fundamento en la filosofía cristiana. Podemos decir con Kant que el hombre es fin en sí mismo y que como tal no es posible utilizarlo como medio. Las cosas son medios, y cuando son susceptibles de apropiación y de ser intercambiadas por otras toman la denominación jurídica de «bienes».

El donante también deberá ser sometido a un minucioso examen físico y a diversas pruebas cromosómicas para determinar la presencia de genes recesivos portadores de ciertas enfermedades predominantes en algunos grupos étnicos, además de exámenes serológicos, cultivos uretrales, marcadores de hepatitis B y de Sida, las cuales deben repetirse con intervalos de seis (6) meses.

Todas estas prácticas previsivas son

conocidas y divulgadas en Colombia, y ya se ha conformado una asociación de profesionales de esta especialidad médica, la Sociedad colombiana de fertilidad y esterilidad.

3. El derecho a la intimidad y el secreto profesional

El sigilo es indispensable en todo proceso de inseminación, pues la divulgación de los hechos referentes a ésta puede lesionar el derecho a la intimidad y causar consecuencias sociales. El artículo 15 de la Constitución Nacional dice que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. Por esta razón, tanto el médico como las instituciones que se dedican a los procedimientos de procreación asistida deben guardar riguroso secreto. Igualmente, debe preservarse el anonimato del donante.

La intimidad, dice Mario Madrid-Malo G. («Derecho a la intimidad», Revista Su Defensor) es un término que se emplea *«para referirse a la esfera más profunda, inherente y reservada del ser humano»*, la cual no debe trascender al público. Tales hechos, expresa, *«abarcaban un amplísimo espacio de la existencia cotidiana de cada ser humano y de ellos forman parte, entre muchos, los concernientes a la sexualidad, a las funciones eliminatorias, al estado de salud, a las circunstancias de angustia o de dolor a los secretos familiares, a las creencias o convicciones no declaradas, a los sucesos bochornosos o mortificantes, etc...»*

Otro de los derechos fundamentales, que se encuentra muy ligado al de la intimidad, es el secreto profesional,

que consiste en la obligación que tiene una persona de no divulgar los hechos reservados o confidenciales de los cuales se entera por razón de su oficio o profesión.

El secreto profesional constituye un derecho para el que lo guarda y para la persona a quien se refieren dichos hechos, pero también es un deber para el obligado a guardarlo. Es importante señalar que el secreto profesional se extiende a cualquier persona que por razón de su empleo u oficio se entere de hechos que pertenecen a la intimidad de un tercero, tal como lo establece el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal.

Nuestra Constitución dice en su artículo 74 que el secreto profesional es inviolable. Al interpretar este artículo la Corte Constitucional ha dicho que *«en el secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones pueda legítimamente violarse (...). Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado a él, revelarlo o abstenerse de hacerlo»*. (Sentencia C-150, 22-04-93, citada por Carlos A. Lozano. «El secreto profesional», Revista Su Defensor).

Es obvio entonces que todo lo referente al paciente se encuentra cobijado por el derecho a la intimidad, como, por ejemplo, su historia clínica. En cuanto al secreto profesional, con esa tajante interpretación de la Corte Constitucional se le veda a los jueces solicitar cualquier información referente a los conflictos jurídicos que pueda generar la inseminación, y las personas que han intervenido en estas activida-

des tienen el derecho de no divulgar tales informes, lo que dificultará la demostración de hechos materia de *litis*.

4. Nuestra legislación civil frente a la filiación de los hijos procreados con asistencia científica

Se han venido planteando varios interrogantes sobre las situaciones que se puedan presentar por la reproducción humana asistida y su repercusión en los aspectos jurídicos referentes a la concepción, el nacimiento y la filiación.

4.1. La concepción

Desde el punto de vista científico continúa siendo indeterminado el momento exacto de la concepción. Por ello, el artículo 90 del Código Civil estableció una presunción de derecho: *«De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás desde la medianoche en que principie el nacimiento»*.

Dicha presunción no admite prueba en contrario y en ausencia de legislación sobre la procreación asistida, en los casos en que se insemine a una mujer viuda, trescientos días después de su fallecimiento, no se le podrá atribuir al difunto la paternidad del concebido en tal forma, y el funcionario del estado civil deberá inscribirlo como hijo extramatrimonial. ¿Podría el juez ordenar la inscripción del nacido, como hijo del difunto, teniendo como base el artículo 42 de la Consti-

tución, que habla de los hijos habidos con asistencia científica? No lo creemos, pues la ley es la que debe desarrollar la norma constitucional y establecer los casos en que ello sea posible, señalando las excepciones a esta regla de derecho.

La legislación española, mediante la ley ya citada, ha solucionado esta situación en su artículo 9º al decir: «1. No podrá determinarse legalmente filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial». Igual solución se formula para el varón soltero, siendo tales disposiciones revocables en cualquier momento.

4.2. El nacimiento

El artículo 90 del Código Civil dice que «la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre». El artículo 91 de la misma obra expresa también que «La ley protege la vida del que está por nacer». Acorde con este último, la Corte Constitucional manifiesta en la sentencia T-197/93 del 7 de mayo de 1973 (Legis, Jurisprudencia y Doctrina Nº 268), que «La defensa de la vida no nacida forma parte de la defensa de los derechos y de la dignidad humana. Los derechos del

nasciturus se encuentran reconocidos en normas internacionales sobre derechos humanos. Estas normas rigen en Colombia por disposición del artículo 93 de la Constitución Política». La jurisprudencia de la Corte, que no hace ninguna referencia al artículo 90 del Código Civil, sobre el momento en que comienza la existencia legal del ser humano, recoge la tendencia de la legislación civil moderna de considerada la concepción como el principio de dicha existencia e ignora deliberadamente el artículo mencionado.

4.3. La filiación

Si bien existen varias clases de parentesco, el de «consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por vínculos de sangre» (art. 63 C.C.). La procreación asistida debe crear parentesco de consanguinidad por vía materna, en caso de no establecerse la filiación paterna. Es evidente que si el marido consiente en que su mujer sea inseminada con su propio semen, se presume que el hijo habido dentro del matrimonio tiene por padre al marido. Igual solución puede darse en caso de que la unión sea de hecho.

Será de gran utilidad la reglamentación española sobre la filiación, pues dice que ésta se regirá por las normas vigentes, equiparando las situaciones de los nacidos de la unión mediante la cópula, salvo las normas especiales. Una vez que se haya prestado el consentimiento se prohíbe la impugnación de la filiación matrimonial del hijo nacido de tal fecundación.

La ley española exige el consentimiento

to del marido en caso de ser la receptora mujer casada, y en caso de revelación de la identidad del donante, ello «no implica, en ningún caso, determinación legal de filiación».

4.4. Algunos se han preguntado si constituye adulterio la inseminación artificial heteróloga. Según cita de Roberto Sorzano Niño (*Medicina Legal criminalística para abogados*, Edit. Temis, 1990) un juez del Canadá consideró que sí la había cuando no existía consentimiento del marido; y en Illinois, en 1954, se determinó que había adulterio, aun con el consentimiento del marido. Ante la ausencia de normas en Colombia, se estima que el marido podría intentar acciones judiciales si

la mujer es inseminada sin su consentimiento, impugnando la paternidad e incluso podría solicitar el divorcio por incumplimiento de la fe debida entre los cónyuges, aun cuando debe advertirse que dichas causales con taxativas.

El establecimiento de las técnicas de procreación asistida revela, una vez más, el avance incontenible de la ciencia, cuyo desarrollo llega hasta nosotros, a pesar de las precarias condiciones socioeconómicas. Por eso es necesario que las normas legales reflejen la realidad social, económica, científica y la conducta de los hombres, porque de lo contrario se convierten en simples reglas carentes de contenido.