
**LA REPRODUCCION ARTIFICIAL
HUMANA FRENTE AL DERECHO
CIVIL COLOMBIANO
(Segunda Parte)**

Luis Orlando Leal Dávila

**Abogado de la Universidad Libre de Bogotá
Profesor de las materias:
Responsabilidad Civil, Seminario III y Seminario V
en la Universidad Pontificia Bolivariana**

III. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA COLOMBIANA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

A. El contexto del problema

Antes de entrar en la aplicación de las reglas de la calificación, interpretación e integración de las normas jurídicas a la diversidad de situaciones que generan las prácticas de la reproducción artificial humana, es necesario apreciar la normatividad vigente del Código Civil Colombiano, del Código del Menor, del Código Sanitario (Ley 09 de 1979), de la Ley 73 de 1988 “por la cual se adiciona la Ley 09 de 1979 y se dictan otras disposiciones en materia de donación y trasplante de de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos”, y el Decreto 1172 de 1989 “por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a la obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de órganos o componentes anatómicos y los procedimientos para trasplantes de los mismos en seres humanos, así como la Ley 73 de 1988”.

El cuerpo humano se divide básicamente en:

- a. Partes naturales y no naturales.
- b. Partes renovables y partes no renovables.

En cuanto a los actos jurídicos se diferencian los relativos a partes de personas para ser usadas entre vivas o a disposición de cadáveres propios y de terceros.

Dentro del lineamiento de los derechos de la personalidad, toda persona tiene derecho a realizar modificaciones corporales en beneficio propio, o de terceros, o de la experimentación científica, y a disponer de su propio cadáver.

Los actos jurídicos de disposición se escinden, a su vez, en partes del cuerpo renovables (sangre, médula ósea, cabellos, piel, óvulos, gametos) y no renovables que le permitan seguir viviendo (riñones, retina, cristalino).

Ahora bien, el donante de espermatozoides y/o óvulos traspasa más que una parte de su cuerpo, su finalidad singular es crear una nueva vida y ese ser va a recibir una carga genética que determinará no sólo su posibilidad de existir, sino que también su aspecto físico, síquico y su potencialidad como receptor y/o transmisor de males hereditarios.

Sustancialmente existen dos modalidades de fertilización humana asistida:

- a. La introducción de semen en los órganos genitales femeninos por un medio distinto del contacto sexual, pero la concepción se produce dentro de los órganos sexuales femeninos.
- b. La introducción de un óvulo fecundado fuera de los órganos femeninos al cuerpo de la mujer, produciéndose la concepción en el laboratorio, luego que extraídos semen y óvulos de los respectivos donantes son colocados en una solución química y una vez que el médico verifica la fecundación se espera ocho horas y sólo entonces es introducido el embrión al seno materno que lo acogerá durante el período de gestación.

El método a utilizar es fijado por el galeno y depende de la causa de infertilidad.

Así las cosas, desde el punto de vista de los donantes, las técnicas de reproducción son:

- a. Inseminación artificial homóloga si la mujer recibe el semen de su marido.
- b. Inseminación artificial heteróloga, si la concepción se produce con un semen u óvulo donado por una tercera persona.
- c. Inseminación artificial mixta o combinada, si se junta semen del marido con el de un tercero.
- d. Uso de cualquiera de las posibilidades anteriores para implantar el embrión en el útero de una mujer que no es la cónyuge y que va a hospedar en su cuerpo al feto durante los nueve meses normales de embarazo.

Resultado de todo lo anterior, es que aparecen como agentes partícipes del proceso gestable:

- a. Marido que proporciona el semen, que es a la vez padre biológico.
- b. Donante o padre biológico, que puede ser de identidad conocida o no.
- c. Mujer que proporciona el óvulo y lo recibe en su cuerpo, es decir, madre biológica completa.
- d. Mujer que proporciona el óvulo y no lo recibe, madre biológica.
- e. Mujer que recibe el embrión y lo alberga durante la gestación, es madre sustituta o delegada que arrienda o presta su útero, pero no es madre biológica, de la misma manera que el marido que no aportó su semen no es padre biológico, ya que ninguno de ellos transmite su carga genética al no ser utilizados en la concepción ni su óvulo ni su semen, por lo que son extraños a la concepción de la criatura.

La procreación, como acto sexual natural, donde solamente participan un hombre y una mujer, por virtud de los adelantos de la medicina,

actualmente puede ser un acto complejo protagonizado por cinco actores, asistido por un sexto, que es el médico especialista, facultado para decidir quién es o no seleccionable para este proceso. ¿Será el médico directamente responsable de situaciones anómalas? ¿Es el verdadero guardián de los antecedentes genéticos de las criaturas nacidas gracias a estas técnicas de reproducción humana?

Demos paso, entonces, al análisis desde el punto de vista jurídico de las implicaciones de las técnicas de reproducción humana asistida en el campo del derecho civil colombiano.

B. ¿Contrato de donación seminal o contrato de venta de semen?

En Colombia viene presentándose una situación peculiar en tomo a la forma como los bancos de semen obtienen este producto humano disfrazando la compraventa de semen mediante la donación de semen. En todo caso, muy importante sería que la información sobre el donante consignada en el contrato sea corroborada mediante exámenes de laboratorio, de manera que el banco de semen pueda certificar o abonar la calidad de las muestras recibidas. Estos estudios hacen parte de la diligencia y cuidado que el banco de semen debe observar en el desempeño de su función. Cualquier omisión o hecho que posteriormente acarree daño para quien utilice las muestras, tanto al momento de recepción de las mismas como en su cryo-preservación, debe hacer responsable al banco.

Es el negocio jurídico de venta de semen legal o ilegal? El semen es un bien dentro del comercio? Hoy por hoy, las sociedades y el mismo Estado han aceptado sin alguna consagración legal, la venta y compra de semen para investigación, fecundación y por qué no, como un nuevo negocio. En este sentido podría pensarse que ese negocio jurídico que se realiza se asemejaría a la "donación de órganos" (ojos, riñones, etc.) en la medida en que el objeto del acto reside en algo que es del cuerpo humano.

En Colombia, la legislación establece que los bancos seminales podrán existir, pero su utilización con fines de inseminación artificial sólo podrá hacerse con sujeción a las disposiciones legales que se dicten sobre la materia, pero que aún no se han dado.

Pero existe entre la venta de semen y la donación de órganos una diferencia esencial, a saber, mientras que en el primer acto realmente hay es una compraventa, (a pesar de que se llama "donante" al que vende su semen), en el segundo existe una real donación, en la que el donante no recibe por tanto ninguna contraprestación del donatario.

Las explicaciones son varias para que exista esa diferencia; cuando el que vende su semen así lo hace, no sufre perjuicio o menoscabo alguno de su integridad física y puede hacerlo cuantas veces, en vida quiera. En el caso de donación de órganos, la legislación es enfática en señalar que el donante no se verá privado del órgano sino hasta tanto no se compruebe "medicamente" que no tiene salvación y que por tanto, en el instante de la muerte (aspecto éste que sí es un problema determinar exactamente), puede privársele de él sin perjudicarlo.

Pensando en la razón por la que el semen es vendido y no realmente donado, ello obedece, primero que todo, a la necesidad de estimular el negocio, como quiera que se da al mal llamado "donante" honorarios correspondientes a las muestras que éste vende; segundo porque como se verá más adelante, una vez realizada la compraventa se desliga totalmente al vendedor (negocio ejecutado y acabado) lo que evita su ingerencia en el resto del proceso.

Por razones éticas, quizás el negocio entre el vendedor de semen y el centro médico y/o banco de semen, se le ha llamado donación y por otra parte se habla de honorarios como si se tratara de un servicio, siendo realmente un precio. Posiblemente esto se deba a que el "donante" sabe que su semen va a dar lugar a una nueva vida y que crudamente él cobra por ello.

La aspiración de los médicos es que en un corto plazo, dicha compra-venta sea una donación realmente, como presupuesto del proceso y debido a una concientización de las personas frente al problema masculino de impotencia, esterilidad, baja concentración del esperma, etc. En este sentido, vendría a ser comparable el negocio al de la donación de sangre.

¿Cuáles son las responsabilidades del vendedor "donante" y del comprador? Sobre la base de que se trata de una compra-venta cabría

preguntarse si el vendedor responde por vicios ocultos; en principio, la investigación sobre calidad de esperma, así como el historial médico del vendedor es responsabilidad del médico. En este aspecto el vendedor responde únicamente por condicionamientos que implican vender esperma: abstinencia e higiene. Pero recae en el médico la responsabilidad de "comprobar" que el vendedor no sufre de mal congénito, de enfermedades infecto-contagiosas y otros impedimentos que traigan consecuencias funestas para quien va a ser fecundada.

Observando la investigación que hacen los centros médicos al vendedor de semen, esta no es lo suficientemente diligente en el sentido de exigir pruebas médicas a fondo, pues si bien hay aspectos como análisis de sangre y exámenes rápidos, no se anexa la opinión de otros médicos, que por ejemplo sepan de la historia familiar del vendedor; se corre así un gran riesgo, pudiendo el "donante" ocultar muchos males, pues su interés está en lo que recibirá como contraprestación.

La responsabilidad del vendedor está en cumplir con su obligación de abstinencia (5 días antes de la venta), de relaciones sexuales y en este sentido el médico podría no aceptar determinada muestra que no cumpla con los niveles de concentración exigidos o usuales. Además, podría hacer lo mismo cuando no medien las condiciones de higiene necesarias.

Como luego de surtido el proceso de inseminación, no se puede por ningún invocar la responsabilidad del "donante", la diligencia del médico ha de ser extrema, además porque tampoco al médico se le responsabiliza (en principio).

Dadas las condiciones de la venta y en especial con respecto a la abstinencia requerida, se puede plantear un problema: si el "donante" es casado, y a la vez se somete a vender su semen, podría eventualmente su señora o compañera oponerse, puesto que la abstinencia implicaría que el esposo dejara de cohabitar con ella, y por ende, incurriría en causal de divorcio?

Es necesario, cuando el vendedor es casado, pedir el consentimiento de su cónyuge, lo mismo que se necesita el consentimiento del marido cuando su esposa va a ser inseminada. Por otra parte, si bien por regla general, los donantes son personas solteras, el médico se enfrenta a la

disyuntiva de que es menos riesgoso comprobar una descendencia sana en el donante casado y ya padre que con el soltero.

Puede el médico pedir la devolución del dinero al dador porque luego del análisis se comprueba que el semen es defectuoso o no cumple con las calidades exigidas? Cuando se observa el tipo de contrato que se celebra entre el "donante" y el médico y/o banco de semen, no ya como compra-venta que es, sino mirando el lapso que lleva el contrato y si es de adhesión o no, se llega a la conclusión: primero, el vendedor del semen, dadas las condiciones médicas necesarias anteriormente descritas debe someterse y por tanto no podrá discutir los términos del contrato; segundo, médicamente, se ha explicado que para aceptar a una persona como "futuro donante apto", se hace un análisis preliminar (Venta o prueba?), tanto de la muestra de semen como de las condiciones físico-orgánicas. Si la muestra y el donante resultan aptos, se lleva a cabo el contrato; hay un verdadero contrato de compra-venta sometido a condición: si resulta apto o no.

Sin embargo, y a pesar de tratarse de una venta a prueba, como el semen en caso de no resultar apto no es reutilizable, (en este sentido ¿cómo podría devolverse?), por el solo hecho de que una persona se preste al examen, recibe una pequeña contraprestación: de lo contrario, sería una especie de contrato preparatorio, (si no se diera contraprestación), que enervaría la responsabilidad del médico y/o banco de semen, frente al "donante", que es precisamente lo que se pretende evitar en este contrato.

Esta venta a prueba, dada su naturaleza, supone además que el contrato se clasifique como un contrato civil, y no comercial, puesto que en el segundo evento, el médico sería responsable (dada la entrega) de la muestra de semen y en caso de no utilizarla o clasificarla como apta, devolverla en el mismo estado en que la recibió y, permitiendo así su re-utilización, cosa que es imposible. En este sentido no es el médico el que corre con los riesgos de la cosa, pues quien los asume es el donante (los de ser apto o no).

Cuando el "donante" no ha sido clasificado como apto, supone que éste cumple su obligación cuando dona 3 muestras por un período de un mes, puesto que es la cantidad necesaria para hacer un depósito adecuado

en cantidad, ya analizada la calidad. En este sentido podría pensarse que el contrato que normalmente es puro y simple (la compra-venta), se tomaría necesariamente de tracto- sucesivo. Pero realmente, cada una de las tres veces que el "donante" da su semen, se le paga, (normalmente a razón de \$ 5.000.00 por vez), de manera que dentro de un contrato considerado como "global" hay tres compra-ventas, normalmente. ¿Incurrirá en responsabilidad el vendedor que realizada la primera y hasta la segunda "entrega" dejando sin la tercera al médico y/o banco de semen? Claro que sí, porque no ha cumplido totalmente con su obligación, y el médico necesita de la cantidad cancelada de tres muestras. Si no se pagara cada una de las tres veces, se pagaría al final la totalidad de las tres ventas (hipótesis: \$15.000.00 normalmente por mes), pero entonces cabría preguntarse si el "donante" sólo cumple con dos entregas y no tres, podría pedir una reducción del precio? (a \$10.000.00, por ejemplo), o debe el médico devolver lo entregado y podría pedir una indemnización compensatoria? Si es así, cómo sería la devolución de un semen utilizable y cuáles sus características de conservación?

También hay que recordar cómo en la práctica se hacen mezclas seminales (compatibles en sangre, características físicas similares) para lograr la cantidad necesaria, técnica peligrosa sobre todo si se tiene en cuenta que el médico es el único que sabe quién es, realmente, el "donante" en la inseminación heteróloga.

"El problema planteado por el Síndrome de Inmunodeficiencia (SIDA), que es transmisible a la descendencia de estos enfermos, determinó que los médicos tomaran ciertas precauciones indispensables para evitar que los que lo padecen puedan ser donantes. Todavía no existe un examen físico ciento por ciento seguro en cuanto a descubrir esta enfermedad y es por eso que si bien todos son sometidos a los tests de laboratorio, como precaución adicional se congelan los espermios y óvulos por lo menos 180 días en Estados Unidos, un año en otros países, y en Inglaterra se realizan pruebas cada tres meses, hasta que exista la seguridad de que no hay daño en el material genético almacenado.

Esta situación prolonga indudablemente el tiempo en que el donante ejerce su tuición sobre sus gametos, y limita la facultad del médico o del laboratorio de disponer de ellos. ¿Qué pasa si el donante muere en el intertanto? ¿O si la pareja a la que estaba destinado el futuro niño se separa

o fallece? ¿O se embaraza naturalmente? Las soluciones dadas por los diferentes trabajos en los distintos países difieren sustancialmente y así propone:

- a. Que en estas circunstancias es el médico, el organismo de depósito (laboratorio y/o clínica) y/o el Estado el que se subroga a la voluntad de los donantes;
- b. Otros Estados exigen que, en el momento de la donación, se establezcan en las condiciones en que quedaría el gameto o el embrión si ocurrieran las hipótesis anteriores. Y que, sólo en defecto de estipulación expresa, sería el médico o el organismo en que se encuentran depositados los gametos el que decidirá su suerte;
- c. Existe una tercera proposición que postula que los gametos sean automáticamente destruídos o dejar la decisión a los tribunales de justicia.

Hay que recordar que en el caso de embriones congelados cuyos donantes murieron, ocurrido en Australia, cuando falleció el matrimonio chileno que había solicitado su congelación, fue una decisión judicial la que falló que fueran destruídos, no sin que antes se produjera un problema acerca de la herencia dejada por la pareja a sus descendientes vivos. Las medidas anteriores están destinadas a evitar que este caso se repita.

Ya vimos que durante el tiempo de congelación el donante mantiene un derecho residual de propiedad y que es médicamente exigible y necesario con el objeto de detectar enfermedades transmisibles, como el SIDA. Por otra parte, a pesar de este derecho no puede permitirse una congelación demasiado prolongada que permita el salto de una o más generaciones, como sería si el embrión es "activado" en momento que sería contemporáneo de presuntos hijos o nietos, lo que también seguramente significaría que nacieran huérfanos de sus padres genéticos, como en el caso australiano recién mencionado.

Una congelación por tiempo indeterminado sería contra el principio de seguridad jurídica necesario en la sociedad, porque impediría saber quiénes son los miembros que constituyen una familia y en el caso de sucesión por una causa de muerte los herederos vivos y presentes tendrían

la incertidumbre acerca de la eventual presencia de otros seres con igual derecho a la herencia, "presuntos hijos de los causantes", que aparecerían en cualquier momento a reclamar sus derechos. Aplicando las reglas generales del Código Civil, tendríamos que llegar a la conclusión de que los existentes tendrían que adquirir su herencia por prescripción y estarían de buena fe hasta el momento en que se les notificara que existen "parientes" en estado de gametos. Esta insólita situación impediría el normal comercio de bienes mientras obtuviera la certidumbre de que él o los causantes no dejaron, en laboratorio, óvulos, espermatozoides y/o gametos (gametos son los óvulos fecundados)"(1).

Agrega in fine la profesora Natacha Panatt Kyling, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, República de Chile, que es conveniente mantener el esquema de no lucrar con el tráfico de espermios y/u óvulos, aunque la existencia de bancos para almacenar estos fluidos atenten peligrosamente con el control y gratuidad que se desea conservar. A pesar de eso sumamente atractivo y peligroso que se inicie un intercambio entre estos bancos, dando lugar a una categoría de importaciones y exportaciones que todos los Estados tratan de impedir modificando en tal sentido su legislación interna, sujetando a los laboratorios y clínicas comprometidas a una severa vigilancia e imponiendo sanciones a los establecimientos y a los médicos, personalmente.

El contrato de donación de gametos debe ceñirse a las reglas generales y entonces adolecerá de objeto ilícito, si así se ha establecido en el derecho internacional, en caso de no ser gratuito. Esta es una de las razones por la que el Derecho Internacional Público debe intervenir, para evitar que algunos países con reglas muy permisivas en la materia se transformen en un paraíso irrestricto y desarrollen el turismo jurídico, como lo que ocurre en el caso del aborto, en que en un viaje de fin de semana el "problema" queda solucionado (2).

C. Contrato de préstamo de vientres o maternidad delegada

El préstamo de vientres, empleado como sinónimo de "madres sustitutas" pierde algún alcance, pues constituye en realidad el género de donde se desprenden diversas posibilidades:

- Préstamo de vientres consistentes en que la prestamista dona el óvulo y adicionalmente la capacidad de gestar. En este caso procede la sinonimia con la idea de “madre sustituta”.
- Préstamo de vientres en que la prestamista dona el óvulo, es inseminada artificialmente con espermatozoides del marido de la mujer infértil y posteriormente, mediante lavado, es extraído el embrión para ser implantado en el útero de quien quiere y no puede ser madre.
- Préstamo de vientres en que la prestamista pone su capacidad de gestar exclusivamente, previa implantación y óvulo de una pareja fértil, en que la mujer presenta incapacidad de gestar.

En países desarrollados esta institución surge como respuesta al hecho de que la cantidad de niños disponibles para ser objeto de adopción ha disminuído notablemente en los últimos años. Mirando el caso norteamericano, al cabo que la tasa de infertilidad entre 1.965 y 1.982 se ha incrementado en un 177% y consecuentemente la demanda para adopciones ha también subido, instituciones tales como la maternidad en mujeres solteras, hoy ampliamente aceptada, ha contribuído al déficit real de bebés objeto de adopción. Se calcula que el promedio de tiempo que hoy tiene que esperar una pareja para lograr tal finalidad es siete (7) años (3).

Dentro de este contexto, el procedimiento que nos ocupa, en vez de solucionar el problema directo de la pareja infértil que rehúsa volcar su búsqueda en la aplicación de otras técnicas (IVF ó AID) o en la adopción de algún nativo del tercer mundo, donde ciertamente las posibilidades de adopción son mayores, pero paralelamente siembra enormes dificultades que hasta hoy no han sido resueltas. Por ejemplo: Si no parece convertible el hecho de que buena parte del aparato emocional del ser humano toma forma a partir de la relación feto-madre dentro del vientre, cómo argumentar en contra de la maternidad de una mujer que presta su capacidad de gestar? ¿Merece en equidad, algún tipo de remuneración la mujer que presta el servicio que nos ocupa?

Obviamente, todos y cada uno de los interrogantes que desde cualquier disciplina o sector de la sociedad se planteen con respecto al préstamo de vientres, tiene su correspondiente en la ciencia jurídica. Así:

¿Qué derecho asistirá a los co-contratantes para exigir a la prestamista la entrega del niño, finalizado el período natural de gestación si ésta se negare a efectuarla invocando “mejor derecho”? En otras palabras: Tiene poder vinculante un contrato de préstamo de vientres? De ser así, qué tipo de obligación contrae la prestamista? Cuál es el grado de diligencia y cuidado que debe observar la “madre sustituta”?

Como quiera que sobre estos puntos en ninguna parte existe todavía “suficiente ilustración” y por lo tanto cualquier posición razonable al respecto es tan autorizada como alguna de las dos posibles acerca del sexo de los ángeles, el aparte relativo a los contratos en sí constituye poco más que ciencia, ficción jurídica. Ni siquiera donde rige el common law, sistema éste que se caracteriza por una gran movilidad jurisprudencial, existen precedentes con respecto al fondo de los problemas puestos sobre el tapete. Hasta ahora aparece sin definirse totalmente el asunto de Mary Beth Whitehead y el matrimonio William-Elizabeth Stern resuelto en primera instancia por el juez Harvey Sorkow en Hackensack, Estados Unidos, reseñado en la primera parte de este trabajo.

Con todo, si existen algunas luces, como que el consuetudinario contrato verbal que para efectos del préstamo de vientres se realiza en Estados Unidos no tiene poder vinculante. Por ende no existe para las partes la posibilidad de exigir, por vía judicial, absolutamente nada de la otra y viceversa, como quiera que se trata de un contrato de pura buena fe. Nada se opone a que los contratantes puedan pedir les sea devuelto lo relativo a los gastos y expensas en que hubieran incurrido en desarrollo del negocio, cuando quiera que la prestamista se negare a entregar el niño. Incluso parece equitativo que la “madre sustituta” que incumpla el contrato, deba reconocer al co-contratante que hubiere “donado” el semen, algún tipo de indemnización en razón de que justamente en este caso, ni la identidad del dueño del esperma se oculta, ni la propiedad de la muestra de semen desplaza. Aunque, en el caso Stern, ocurrió todo lo contrario.

Otro punto de candente discusión es el relativo a la remuneración de quien presta el vientre. El M.D. Dr. Ervin Nichols, director del Colegio Norteamericano de Obstetricia y Ginecología opina que: “...no quisiera pensar que no hubiera lugar a préstamos de vientres... pero es difícil diferenciar entre pagar por este servicio y pagar por un ser humano”(4).

Ningún Estado de la Unión cuenta con un Estatuto propio sobre la materia y 24 de ellos aplican analógicamente leyes viejas que prohíben la remuneración para quien dispone su hijo en adopción. Al otro lado del mundo, en Alemania, recientemente los tribunales fallaron un caso en que se demandaba a un hombre que incluyó en los avisos clasificados de un periódico de amplia circulación, propuesta que incluía remuneración tendiente a conseguir voluntaria para ser inseminada y gestar. Las cortes conminaron al individuo a pagar una multa por el valor equivalente a US\$ 1.750, debido a que en dicho país las normas prohíben publicar ese tipo de ofertas. (En estricto sentido la propuesta se dirigía a que una vez nacido el niño, este fuera puesto en adopción de manera que una pareja interesada pudiera adoptarlo). Como vemos, la justicia alemana eludió un pronunciamiento sobre el fondo del problema que examinaba y se curó en salud, reprochando con argumentos "sacados del sombrero", la actuación del anunciante.

Este es un poco el panorama general de la práctica conocida como préstamo de vientres. Desde luego podríamos llenar varios anecdotarios con casuística relativa al punto, lo que reñiría con el interés sistemático, informativo y en lo posible analítico que nutre este trabajo. Más adelante, cuando abordemos el punto específico de la relación sistemas-responsabilidad civil, seguramente el lector estará en capacidad de limar las aristas que hubieren resultado de todo lo anterior.

D. Contrato de inseminación artificial

Siguiendo los modelos de contrato contenidos en el anexo número 3 vemos que este contrato llamado "consentimiento para la inseminación artificial", es celebrado entre el médico que pone en práctica la técnica de inseminación artificial homóloga o heteróloga y la pareja. Sea lo primero señalar que dicho contrato no es de aquellos que se celebran mediante libre discusión, pues claramente una de las partes tiene preparada una oferta inmodificable, que la otra ha de aceptar o rechazar sin posibilidad de contraposición. Conforme a la teoría de la adhesión, hay contratos en los cuales no existe equilibrio en la voluntariedad de la aceptación, porque una de las partes, más poderosa, impone condiciones en el contrato que la otra parte se ve obligada a aceptar por la necesidad de celebrarlo. En tal virtud, se considera que si una de las partes puede imponer condiciones favorables para ella y la otra está en necesidad de

aceptarlas, los contratos se deben interpretar en favor de la parte más débil, para compensar así la disminución de su libertad contractual.

Aunque son muy pocas las legislaciones que consagran expresamente este tipo contractual, su uso se está generalizando en todas partes. El artículo 1342 de Nuevo Código Civil Italiano de 1.942 contiene una referencia especial a los contratos por adhesión en los siguientes términos: "En los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con estas, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas." Lo anterior en virtud de que las cláusulas manuscritas en un contrato tipo, presuponen una expresión de voluntad concreta, que gravita y supera el contenido del formulario. Con todo, no parece razonable que, mediando minuta pre-impresa, la parte fuerte permita a la débil alterar la misma. Messineo, ilustre comentarista del C. Civil Italiano elogia las innovaciones contenidas en él, pues aseguran la defensa del contratante débil respecto del fuerte como otra de las manifestaciones de un nuevo espíritu contractual, que no se puede vacilar en reducir al principio de socialidad (5).

El Art. 1624 de C. Civil Colombiano toca con la interpretación del contrato por adhesión, limitándose a disponer sobre el particular que: "... Las cláusulas ambigüas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que deba darse por ella". Lo anterior no obsta para que en punto de la interpretación de los contratos por adhesión, sean aplicables las normas generales sobre interpretación de los contratos que consagra el C. Civil en su título XIII.

En primer lugar, y concretando ya en los contratos contenidos en el anexo número 3 debe descartarse la tesis de que cuando no pueden discutirse las cláusulas no hay contrato. Contrato hay, porque hay consentimiento. En lenguaje vulgar consentir significa adherir unilateral y voluntariamente a algo, y en este sentido el Art. 1502 del C. Civil dice que "...para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario... que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio".

Es así como para la validez de un acto jurídico se exige conocimiento y libertad de parte de los agentes. Tal es el fundamento de la institución jurídica de los vicios del consentimiento que, según la tradición doctrinal, comprende tres manifestaciones, a saber: El error, la fuerza y el dolo (Art. 1500 ejusdem).

En realidad, los vicios que pueden afectar el conocimiento y la libertad humanas son: La ignorancia, el error y el miedo. El error y el temor, por ser estados subjetivos, son difíciles de probar, al cabo que la fuerza y el dolo ordinariamente dejan huellas materiales; de ahí que en actitud pragmática el Código cambie unos por otros.

Los contratos contenidos en el anexo No. 3, que parecen traducidos del inglés, ciertamente son celebrados por personas cuyo consentimiento es libre y espontáneo, esto, dentro de los límites que impone el formulario pre-impreso. No parece haber huellas de un consentimiento viciado por error producto de ignorancia, por cuanto el "staff" médico se ocupa de informar ampliamente al agente sobre la técnica a utilizar, sus "pros" y sus "contras", etc. (Prueba de ello son los manuales que, previamente a la adhesión, se le entregan a los interesados). Con todo, es también responsabilidad del agente que se apresta a adherir, el de informarse por sí mismo, esto dentro de la normal diligencia de todo aquel que contrata de todos aquellos puntos que ofrezcan duda, so pena de arriesgarse a afrontar acción de perjuicios por culpa in contrahendo (6). Pero la problemática del consentimiento no se reduce a la valoración de las voluntades individuales, sino más bien a su grado de convergencia y fusión en un solo querer.

En cuanto hace el consentimiento en asuntos relacionados con la regulación de la fertilidad, el Ministerio de Salud Nacional mediante la Resolución 8514 del 27 de junio de 1.984, ha establecido que los usuarios de métodos irreversibles deben llenar un formato de "consentimiento informado" que significa la aceptación plena y voluntaria del individuo después de haber sido informado acerca de las molestias, riesgos concomitantes y procedimientos quirúrgicos que se van a emplear. Así mismo el paciente debe recibir información previa acerca de otros métodos alternativos de regulación de la fertilidad, el propósito de la operación, su irreversibilidad, las indicaciones fisiológicas y sociales y la circunstancia de que el consentimiento puede ser retirado antes de la operación. Este

consentimiento debe ser materializado en un documento especial por parte de la correspondiente entidad de salud y firmado por el paciente ante dos testigos. Como dice la resolución mencionada, "el consentimiento de un individuo se considera voluntario si está basado en el ejercicio de la libre elección y no se ha obtenido por elementos de fuerza, fraude, engaño u otras formas de coacción".

La inseminación y la fecundación artificiales constituyen así mismo circunstancias que pueden dar origen a una responsabilidad médica si falta el consentimiento de alguno de los sujetos implicados en la operación. La ley 23 de 1.981 "por la cual se dictan normas en materia de ética médica" (Decreto Reglamentario 3380 de 1.981), prescribe que el médico se atenderá a las disposiciones legales vigentes en el país y a las recomendaciones de la Asociación Médica Mundial con relación a varios aspectos de su ejercicio profesional, entre ellos la inseminación artificial (Art. 54, num. 7).

- Es responsable el médico cuando realiza una inseminación en mujer que es pariente consanguíneo del dador?

Como ya se dijo, es el médico el único que sabe "quién es el donante" realmente, o podríamos decir "el padre dador de vida". En este evento sí es responsable el médico, incluso porque existe un alto peligro de malformaciones y problemas de tipo mental- físicos, en el hijo concebido entre dos parientes consanguíneos. Es así como, tal sucede en el cuidado que debe tener el médico en el análisis de sangre de la recepción del semen y la sangre del "donante" (bien que se trate de inseminación heteróloga u homóloga), debe tenerse un cuidado supremo en saber quién es el donante y si éste es pariente consanguíneo de la inseminada.

Me refiero a este, entre muchos otros, que pueden darse, para hacer incidencia en la responsabilidad del médico, que en principio, como lo plantearé más adelante, debe ser responsabilidad ante el Estado, dado que si se observa el contrato por el cual se insemina, ni la receptora (como tampoco el donante) pueden accionar jurídicamente ante el médico, pues en el contrato expresamente renuncian a ello.

Si los médicos buscan la concientización de la gente, de manera que la compra de semen no lo sea más, sino que se convierta en una

donación realmente, lo que pasarían a prestar es un “servicio” como intermediarios. En este sentido, responderían por su negligencia, y aún más, su actividad debería considerarse si no como peligrosa, sí como altamente riesgosa.

Sobre esta pregunta, cabe también preguntarse ante ¿quién serían responsables los médicos que realizan la inseminación por la manipulación de razas? No debería esto estar vigilado? Porque aparte de que sobre el médico no recae ninguna responsabilidad como se observa en los dos principales contratos (entre “donante” y médico y entre médico e inseminada) en los que las otras partes renuncian a cualquier acción judicial contra el médico, éste no es vigilado por nadie. Bien sabido es que nadie puede eximirse de responsabilidad por sí mismo.

- Es responsable el médico cuando insemina a una mujer casada, cuando el marido no ha dado su consentimiento para ello?

Como resultado de la inseminación se prevee el nacimiento de un hijo que el médico inseminador “certifica” como legalmente del marido de la receptora. Así, cuando se trata de mujer casada y la inseminación es o será heteróloga (semen de donante no el marido), en el contrato se prevee que el marido asienta dicho proceso.

En este sentido, el consentimiento podría llamarse trilateral y no se puede así mismo considerar que sólo hay dos partes.

En la hipótesis dada en la pregunta, podría pensarse en el derecho que tiene el marido, de desconocer como hijo suyo, el nacido de una inseminación en la que no ha brindado su consentimiento. Legalmente, la presunción de paternidad que recae sobre el marido de una mujer tendría que estar sujeto a que en el contrato de inseminación el marido hubiere prestado su firma como confirmación de que ha otorgado su consentimiento; pienso que como quiera que la inseminación artificial es todo un proceso que comienza por el acuerdo, sigue con la inseminación propiamente dicha y culmina con la certificación del médico al nacer el niño, el contrato así celebrado debería otorgarse ante el funcionario público (documentos con estricta reserva), para precaver posibles divergencias posteriores que acarrearán problemas, como serían el evento en

que el marido-padre, desconociera al hijo, tachara de falsa su firma en el contrato, o incluso acusara a su esposa de adulterio o cosa parecida.

Ante la hipótesis planteada y habiendo el marido desconocido (probando) el hijo producto de ese proceso debería el médico "confesar" quién es el verdadero padre, o, callándolo para cumplir con su obligación ante el "donante" (no decir jamás), estaría llevando a concebir hijos naturales, pero con la especialísima condición de que éstos no podrían investigar quién fue su padre, ni pedir su reconocimiento? Aún más, los hijos naturales concurren hoy a la sucesión de su padre igualmente que los legítimos, pero ¿qué pasaría si se sabe que este hijo lo es natural por inseminación donde el "donante padre" ha renunciado expresamente a sus derechos sobre el hijo, y donde la madre receptora ha renunciado por el hijo que aún no existe a cualquier acción judicial contra el médico y/o "donante" para que a su "eventual hijo" se le reconozcan derechos, alimentos y/o sucesorales por parte de éste?

En estos casos se dan hijos naturales "especiales" y aún más se vería la legislación de sucesiones forzada a discriminar entre hijos naturales? Perdería este tipo de hijo su derecho legal a investigar y averiguar quién es realmente su padre? (Cabe anotar que aún los hijos adoptivos tienen derecho a ello). Respecto del hijo producto de inseminación artificial de mujer soltera, cabrían los mismos interrogantes (¿Sería un hijo natural especial?).

Un aspecto ético que debe ser discutido: Con qué derecho se le pueden quitar "derechos" (valga la redundancia) a unas personas premeditadamente, sin analizar antes las consecuencias psicológicas-sociológicas de ese "hijo especial"? Hasta dónde puede el derecho anticiparse a la creación de un concepto de familia distinto del de padre-madre-hijo? Si bien es cierto que en nuestra sociedad es inmensa la cantidad de hijos con padre desconocido, es muy distinto, el hijo que además de saber su condición de desconocimiento por parte de su padre se le prohíba y/o impida investigar y actuar frente a ello. Al respecto cabe el problema por analizar aún, de los hijos de padres separados o divorciados: El gran trauma de estos niños y de la madre o padre que vive con ellos es la desaparición o debilitamiento de la figura psicológica "dentada sexual" porque son los padres de diferente sexo, los que la dan conviviendo. Este es un problema que aún no se ha analizado a fondo y que se

presentaría en el evento de las “madres solas”. Habría que hacer consideraciones también de hasta dónde es una mujer sola responsable de este proceso, donde se rebasan las meras consideraciones económicas, como en el caso de la adopción?

Para todos los eventos previstos en esta hipótesis y como conclusión, puede decirse que si bien el médico se exime de responsabilidad contractualmente, podría presentarse (si no se toman medidas legales y conservando la legislación actual) en una responsabilidad extracontractual del médico al hijo “natural especial” pues si bien la madre se obliga a no actuar judicialmente, dicha renuncia no supone que el hijo como ser distinto, así lo haya consentido. Esto porque cada contrato de inseminación artificial es un contrato *intuitu-personae*, dadas las compatibilidades médicas necesarias con cada paciente. (Lo renunciado o dado en un contrato *intuitu-personae* no se hereda).

Finalmente considérese, y es aquí donde el derecho y las normas legales no tienen nada que hacer, que debería extenderse una concientización a todo nivel de que así como la madre no es quien lo da a luz, sino quien lo cría y educa, padre tampoco es quien fecunda sino aquel que vé por su hijo. Esta especie de recomendación se hace para sacar algo que en nuestra cultura colombiana está infundada y es la creencia a la inversa de la anterior, que por ello crea los problemas de acción contra el “donante” dador de vida y supuesto “padre”, cuando lo cierto es que como máximo su intención es ayudar a un problema mundial (esterilidad masculina, impotencia, etc.), cuando no es como en la mayoría de los casos, interés por la contraprestación que recibe a cambio de la venta de su semen. Por eso, como están las cosas hoy, es contradictorio que se exija al “donante” que de antemano renuncie a cualquier derecho sobre el eventual hijo y al tiempo se le exija aceptar que su semen va a ser utilizado para dar una nueva vida. ¿Al fin qué? Hoy su móvil es la contraprestación que recibe a cambio y cuando realmente sea una donación, su móvil ha de ser ayudar a la humanidad sin más ni más, como quien dona sangre.

— Por qué el contrato es escrito y por adhesión y no verbal?

En Estados Unidos el proceso de inseminación artificial se da por un acuerdo verbal. Las razones: Se garantiza la privatización del proceso

de mejor manera. Pero en contrapartida hay, legalmente estatuida una responsabilidad en los médicos, (lo mismo que en los abogados) inmensa, de manera que su negligencia, (aún la más leve) le acarrearía sanciones tan drásticas como la pérdida al derecho de ejercicio de su profesión y fuertes indemnizaciones. Por ello, los médicos en Estados Unidos son personas muy diligentes. Además para el proceso de fertilización, el Estado les exige ciertos requisitos para la conservación del semen, aparatos y conocimientos especializados en la materia, de modo que un médico que realice una operación de estas tiene primero el deber de tener un, podríamos llamar, "permiso de funcionamiento". En Colombia y en general en los países tercermundistas, las profesiones "liberales" se tienen más como "profesiones sagradas" e "intocables", pues el desconocimiento general del común de la gente en estas materias (medicina, derecho), hace que los admire más y los responsabilice menos. En países desarrollados, en cambio, precisamente a estos profesionales se les exige más porque guardan una mayor responsabilidad. Por otra parte, en países desarrollados, existe una conciencia general sobre el servicio que presta a la comunidad donando semen para fertilización y no se plantea como negocio comercial para el donante y médico. Sólo basta que haya en Colombia una concientización del problema aunado a una responsabilización de la profesión médica que de facto produzca resultados, podría pensarse en un contrato verbal. Los contratos verbales suponen: por un lado, garantía de privacidad (tan importante en estos casos), y por otro, un depósito de confianza entre las dos partes, respaldada ésta por la responsabilidad que cada una de ellas asume con su rol.

El médico, curándose en salud, en Colombia, y para evitarse futuros problemas celebra un contrato escrito para: eximirse de responsabilidad frente al "donante" y frente a la receptora (no le garantiza contra malformaciones del hijo, ni garantiza porque la inseminación no llegue a su fin, etc.), aunque contradictoriamente, es él quien tiene toda la información, es él quien lleva a cabo el proceso y aún más, se supone es él quien tiene a su alcance todos los medios científicos para una óptima culminación.

Erróneamente el médico enerva a un proceso su irresponsabilidad como profesional donde nadie (hoy por hoy), podría entrar a juzgar su diligencia necesaria.

E. Sobre las técnicas de fertilización asistida y la responsabilidad civil

Si la historia nos ha revelado las conflictivas repercusiones sociales de muchos adelantos científicos, ello cobra un sentido más significativo en cuestiones médicas donde la salud de la sociedad se ve involucrada. Pero si estos avances afectan además lo más fundamental de la organización y de moral de la comunidad, como lo es la familia, no cabe duda de que estamos ante un fenómeno que precisa la atención urgente de los estamentos jurídicos. Ante un problema social e individual como el de la esterilidad, la ciencia ha ofrecido sus respuestas, las cuales, han sido rápidamente adoptados por el sector social que ve directa y personalmente afectado (y que puede asumir los costos que esas respuestas representan) ante la actitud digamos que pasmada de la conciencia general y las autoridades de la comunidad la popularización de las técnicas de lucha contra la infertilidad constituye un suceso cuyos beneficios se hallan acompañados de una serie de riesgos por los demás novedosos, no solo por lo reciente de su desarrollo, sino también porque la demanda urgente por un determinado servicio suele ser el origen de su prestación deficiente y peligroso por parte de personas inescrupulosas que abusen de las necesidades sociales.

El papel de la responsabilidad civil ante este tipo de situaciones es más que evidente: estamos ante una actividad que conlleve la potencialidad relativamente alta de producir unos perjuicios de una naturaleza muy particular; su resarcimiento es una prioridad para el derecho privado. Si bien las normas legales generales sobre responsabilidad no pueden detenerse en el tratamiento de asuntos tan específicos como el que nos interesa, ello no obsta para que el tema de la responsabilidad en la inseminación artificial y el préstamo de vientres sea objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial que articule las normas sobre estas técnicas de fertilidad y dichas normas generales.

Hemos visto los presupuestos contractuales del tema, cuyo presupuesto básico es la validez jurídica de esos actos jurídicos, de los cuales se derivarían pertinentes cuyo incumplimiento perjudicial generarían responsabilidad contractual, sin embargo, la incertidumbre acerca de ese presupuesto, junto con otros factores que paso a analizar, hacen absolutamente necesaria la intervención de las regulaciones acerca de responsabilidad pre, post y extracontractual.

Los trastornos morales acerca de la lucha contra la infertilidad ha dado base para que el Derecho se oponga, a la validez de los acuerdos de voluntad sobre las técnicas mencionadas anteriormente. Sin embargo, las relaciones contractuales se siguen dando, y la inseminación artificial y la maternidad delegada se continúe practicando, con los riesgos inherentes. Indudablemente, si el Derecho niega estas relaciones, los daños que se ocasionan y que precisan una indemnización, deberán ser solucionados jurídicamente especialmente a través de las instituciones de la responsabilidad civil.

No obstante, lo anterior no es la solución definitiva. El ordenamiento jurídico y el Estado deben tomar cartas decididamente sobre este asunto. En primer lugar, se trata cuestiones de salud, sobre las cuales el Estado moderno tiene un interés primordial. Este interés se ha visto reflejado de diversas maneras que oscilan entre una mera regulación de la profesión médica y una prestación monopolizada de los servicios de salud. Cualesquiera que sean las actitudes asumidas por el Estado y el Derecho, lo cierto es que ello ha dado lugar al surgimiento de obligaciones especiales para quienes prestan el servicio de la medicina, las cuales escapan al poder dispositivo de las relaciones contractuales y cuyo incumplimiento perjudicial debe ser saneado según las normas de la responsabilidad civil. Pues bien, las actividades relacionadas con las técnicas de inseminación y préstamo de vientres, dado sus riesgos y las hondas repercusiones sociales que conlleva, precisa de una regulación especial que controle eficazmente a quienes practican dichas actividades, sin que los acuerdos de voluntad puedan modificar la regulación. Dicho de otro modo, las personas, naturales o jurídicas, que realizan la inseminación artificial o la maternidad delegada tienen ciertos deberes especiales, ya sea por estar sujetos a un régimen legal particular o por estar desempeñando una función pública o un servicio social, los cuales dan cabida a una responsabilidad de carácter civil.

Por otra parte, la naturaleza del daño que puede producir esta actividad no va de acorde con el sentido de los perjuicios en materia contractual. Aquí no se trata de meras disminuciones patrimoniales que afectan la capacidad económica de las partes; es la vida y la integridad física y mental de los pacientes o de una futura criatura lo que está en juego. Por razones morales y de orden público estas cuestiones no pueden estar sometidas al libre arbitrio de las personas para producir una

regulación despótica. Por lo demás, estos daños pueden ser el resultado de conductas delictivas que pueden y deben dar origen a las responsabilidades del caso.

Así pues, sentadas las bases para la responsabilidad civil en las técnicas de fertilidad humana, sólo queda aproximarse a la solución de los casos que surgen o que pueden surgir y de los problemas jurídicos y prácticos que implican. Existe, y debe ser utilizada una teoría general de la responsabilidad cuyos postulados son de toda utilidad en esta situación. Los conceptos de daño, nexo causal, culpa y responsabilidad objetiva siguen constituyendo el pilar de esta disciplina jurídica en todas sus aplicaciones. Sin duda, surgen complicaciones especiales, verbigracia, determinar si el nacimiento de un bebé deforme constituye un daño y cuantificar su indemnización; y sería tarea inocua pretender delinear conceptualmente toda cuestión práctica o elaborar una teoría respectiva de la responsabilidad en este caso. El hecho que nos interesa es el daño a que puedan dar lugar y lo referente a su reparación: que sean los casos reales los que nos abran el camino del desarrollo práctico del tema.

Casos para la discusión:

1. A.A. presta su vientre dentro de los supuestos del aparte 2 del numeral C de esta segunda parte del trabajo, de manera que mediante posterior lavado, el embrión le sea extraído para ser implantado en la mujer co-contratante que presente infertilidad. Hasta hoy la medicina no ha desarrollado método infalible de lavado. Deben los médicos practicantes del lavado responder civilmente ante la prestamista, en caso de un embarazo no consentido producto de falla en el lavado?

Reflexión:

Los médicos tienen la obligación de informar a la paciente sobre el estado cierto de las investigaciones y procedimientos, así como acerca de los riesgos que asumirlos implican. Cualquier omisión en el cumplimiento de este deber les genera responsabilidad en caso de daño a la víctima, responsabilidad ésta que obviamente puede ser morigerada cuando quiera que la víctima, por su parte, hubiere incurrido en culpa por haberse sometido al tratamiento sin informarse siquiera sumariamente de las

posibles eventualidades que pudieren presentarse con ocasión del mismo. Por otra parte, en los casos en que los médicos hubieren informado a fondo a la paciente acerca de los riesgos, y a pesar de ello ésta aceptare someterse a la práctica, no cabría para estos responsabilidad distinta de la proveniente de impericia, negligencia, imprudencia en la utilización del procedimiento aludido.

Contexto de la discusión propuesta: El daño y la culpa en la responsabilidad civil contractual médica.

2. El banco de semen B.B. investiga sobre las bondades de un nuevo sistema de cryo-preservación de esperma humano. Ante la insistencia de un grupo de médicos y de parejas infértiles, el banco pone a disposición del mercado muestras tratadas por el método objeto de investigación. Ante la presencia de niños monstruos producto de la utilización de dicho semen ¿qué tipo de responsabilidad se generaría y quién respondería por ella?

Contexto de la discusión propuesta: La responsabilidad por el hecho propio y la responsabilidad por el hecho de terceros.

3. C.C., madre sustituta, da a luz un niño y se niega a entregarlo a XX y YY, pareja que ha contratado sus servicios. Qué tipo de responsabilidad se generaría en virtud de lo planteado? ¿Qué pasaría si C.C. entrega el niño y la pareja se niega a recibirlo?

Contexto de la discusión propuesta: La responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, el caso *Stiver vs. Malahoff* (Revista "Time". Septiembre 10 de 1.984) muestra la importancia que fijar un mínimo de diligencia y cuidado en la conducta de las madres sustitutas parece necesaria. También nos sirve como referencia el caso de los esposos Stern ya ampliamente comentado.

Eso sí, en todo caso, teniendo presente la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, ab initio, la responsabilidad del médico por una defectuosa prestación de sus servicios en punto de la utilización de cualquier técnica de reproducción humana asistida genera una obligación de medio, porque el galeno sólo se obliga a brindar al paciente cuidados especiales y diligentes tendientes a lograr la

reproducción y sus efectos subyacentes. Sin embargo, dicha responsabilidad puede comprometerse con fundamento en una obligación de resultado.

Este contrato de prestación de servicios médicos, se rige por las normas del contrato de mandato; así, el paciente debe probar la culpa del médico, en caso de que el encargo se hubiere cumplido en forma defectuosa, si quiere comprometer la responsabilidad de este o exonerarse de su obligación de pagar las prestaciones que al mandatario le corresponden por sus servicios. A propósito dice el profesor Tamayo Jaramillo:

“Finalmente, cabe anotar que el médico, si bien realiza su prestación sobre la integridad física de una persona, no quiere ello decir que contraiga para con el paciente una obligación de seguridad, sino la de brindarle cuidados diligentes para tratar de recuperar su salud. Podría pensarse que si el paciente sufre un daño en la sala de espera, que nada tiene que ver con la actividad médica propiamente dicha, habría una responsabilidad contractual por violación de una obligación de seguridad del médico, según la cual, este queda comprometido a que el paciente no le ocurra nada mientras está en sus instalaciones. Sin embargo, en tales casos no habría responsabilidad contractual sino extracontractual, pues el objeto del contrato médico sólo comprende los cuidados científicos, y sólo los daños derivados de ese servicio generan responsabilidad contractual” (7).

F. Acerca del derecho de la personalidad sobre el cuerpo

Sabemos que la doctrina, en especial la francesa y la italiana, han denominado derechos de la personalidad a determinados derechos que adquiere el individuo de la especie humana, por el mismo hecho de existir, los cuales son indispensables para su comportamiento y desarrollo dentro del concierto social.

La *conditio juris* para que el ser humano adquiera personalidad, sea sujeto de derecho, tanga la investidura de persona, es que nazca. Al respecto señala el artículo 90 del Código Civil:

“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que 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 reputará no haber existido jamás".

eu no hay

Amén de lo dicho, la ley civil colombiana en consonancia con normas de otra naturaleza (penal, laboral, etc.), asegura la tutela del que está por nacer, siempre que esté concebido (Art. 91 C.C.); por vía excepcional se reconoce similar tutela a quien no ha concebido.

Tales derechos de la personalidad, naturales e inseparablemente unidos a toda persona, se contraen a los siguientes:

- Derecho a la vida y a la integridad corporal.
- Derecho a la libertad.
- Derecho sobre la propia imagen.
- Derecho al honor.
- Derecho sobre el cuerpo o partes integrantes de él.

Estos derechos que a su vez tienen un sinnúmero de subdivisiones, no son absolutos frente al conglomerado social al cual pertenece la persona; frente a él, deben ceder. Pero respecto de las otras personas, son connaturales, pues con ellos se busca colmar las necesidades y aspiraciones singularísimas de cada sujeto de derecho. También integran los derechos primordiales absolutos en la medida que implican el deber de los demás a respetarlos. In fine, son derechos que no se pueden valorar, son extrapatrimoniales, intransmisibles, indisponibles e irrenunciables.

Ahora bien, ubicándonos en el contexto del derecho de la personalidad sobre el cuerpo, por medio de una de sus prismas, en punto de aquellos contratos de venta o donación sobre partes del cuerpo humano susceptible de reproducción, como el semen y el óvulo, cabe considerar

si tales partes del cuerpo humano deben estimarse como cosas, objeto de apropiación, una vez separadas de él (8).

La regla general es que ninguna persona puede disponer en favor de otra, pero sí tienen validez aquellos negocios jurídicos sobre algunas partes integrantes del cuerpo, cuando con ello no se va en detrimento de la integridad corporal, la salud, la capacidad laboral del sujeto de derecho. El cuerpo humano es el sustratum de la personalidad y de la capacidad legal. Esto ha originado posiciones doctrinales relativas a los órganos o partes del cuerpo susceptibles y no susceptibles de reproducción, separados y no separados del mismo, para comerciarlos en el tráfico jurídico de la medicina.

Es evidente que están imbuídos de nulidad absoluta los negocios jurídicos sobre partes del cuerpo, antes de estar retirados de él, así se trate de partes no es posible asemejar el cuerpo humano a una cosa, sobre la cual puedan vincularse derechos de terceros. El cuerpo de una persona viva no es una cosa, sino que, como parte o substrato de la personalidad, pertenece a ésta, sin constituir nada independiente frente de ella. Tampoco el hombre a quien pertenezca el cuerpo es propietario de él; falta aquí un objeto susceptible de apropiación, y no porque el substrato jurídico esté más alejado, sino precisamente por estar más cerca del sujeto que cualquiera de los objetos sometidos a su propiedad. Sin embargo, no descarta el derecho de utilizar el cuerpo (contrato de modelaje artístico o de ropa).

¿Qué ocurre con las partes separadas del cuerpo y sus humores o sustancias, tales como dientes, cabellos, piel humana, sangre, leche materna, semen y óvulos? Pues, estas son cosas independientes desde el momento en que se separan y, en principio, son propiedad de la persona de cuyo cuerpo se han separado, las cuales pueden ser objeto de negocios jurídicos, en cuanto éstos no contraríen el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Es posible que se considere inmoral la disposición del semen y del óvulo, pero ninguna tacha podría oponerse al comprobar que la separación del semen o del óvulo en nada altera la normalidad general de una persona, así como acontece con la extracción de una pieza dental o el corte de cabello o la manicure de las uñas.

La donación o venta de semen u óvulos para la fecundación artificial es posible y lícita, en los términos permitidos por nuestras leyes civiles y sanitarias. Sin embargo, este derecho residual de controlar los espermios u óvulos requiere que se especifique claramente quién será el receptor y permite al donante mantener este poder en tanto no sean utilizados y, por otra parte, y hace al médico jurídicamente responsable si lo aplica a una persona distinta a la expresada por el donante o a la que está implícita en su donación.

G. Acerca del matrimonio civil

El artículo 113 del Código Civil define el matrimonio como “Un contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

Lo primero que resalta, es la participación única y exclusiva de dos personas que necesariamente tienen que ser de diferentes sexos. Esto por cuanto una de sus funciones es la satisfacción sexual y la procreación, aun cuando la primera no es la única norma cultural para realizar este fin, recuérdese que es diferente el matrimonio del apareamiento que por lo general son uniones también de carácter sexual, transitorias, incluso casuales, que de ordinario no imponen ninguna obligación o responsabilidad familiar a los participantes.

Así, los fines del matrimonio serán: vivir juntos, procrear y auxilio mutuo. No obstante, la función primordial del matrimonio estriba en la sanción social que otorga a la paternidad y en el hecho que proporciona un fundamento estable para el cuidado y la educación de los hijos. En este sentido podemos afirmar que el matrimonio puede definirse como un mecanismo cultural esencial para asegurar la continuidad de la familia y de otras agrupaciones basadas en el parentesco.

Por tanto, el matrimonio, no permite la introducción de una tercera persona, aun cuando no mediara una relación amistad- copulación, por cuanto la institución de orden imperativo, no previó semejante posición. El Derecho, que se deriva del contrato, es uno, exclusivo, inalienable a los cuerpos, derivado de uno de sus fines, cual es, la procreación. Sin duda es cierto. Pero lo es también que el matrimonio como mecanismo cultural está ideado para delimitar la paternidad y si efectivamente se

insemina a una mujer casada, con semen ajeno al de su marido, no por eso, aun cuando mediara consentimiento escrito de este último, el hijo concebido, tendría vínculo alguno de parentesco por consanguinidad. En realidad, sería un fraude a la Ley, y al resto de la comunidad. Puede aparecer a los ojos del resto del mundo como su verdadero padre, sin embargo siempre se estaría dispuesto a que se supiera que no es hijo suyo. Tal sería la aplicación de la presunción de paternidad, consagrada en el artículo 213 de C.C.: “El hijo concebido dentro del matrimonio de sus padres es hijo legítimo”.

La doctrina tiene establecidos los hechos que constituyen jurídicamente la filiación legítima:

- Que ha sido dado a luz por determinada mujer; o sea la relación materno-filial;
- Que su madre se encuentra casada;
- Que su concepción ocurrió dentro del matrimonio;
- Que fue engendrado por el marido de su madre.

Tales hechos quedan virtualmente inutilizados. ¿Cómo establecer que el sujeto en cuestión, fue engendrado por el marido de su madre?

Obviamente tratándose de Inseminación Homóloga, no presenta el problema arriba mencionado. Entonces, a partir de la imposibilidad de establecer que fue engendrado por el marido de su madre (aun cuando desde el punto de vista probatorio, tenemos que en materia de filiación, la meta suprema en el campo de la Biología, sería poder administrar la prueba positiva de la paternidad y no solamente esa prueba negativa que constituye la exclusión de la paternidad, así: Un niño del grupo A ó B sanguíneo, puede tener dos progenitores del grupo O: Así pues, si la madre es del grupo O, el padre no puede pertenecer a este grupo. Un niño del grupo MN, no puede tener dos progenitores del grupo N: Así pues, si la madre es del grupo N, el padre no puede ser del grupo N, obviamente nos establece que el padre legal no es el padre biológico, no concluimos nada con establecer que su madre se hallaba casada, y que su concepción ocurrió dentro del matrimonio, porque en términos burdos, ese

muchachito, es un hijo ilegítimo. La biología permite establecer esa cruel verdad, sin embargo la ley lo ampara, cometiéndose un engaño, a tenor del artículo en comento, por cuanto, cuando media el consentimiento del marido, se supone que no utilizará, éste, la vía del artículo 214 del Código Civil que dice: “El marido con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si aprueba que durante todo el tiempo, en que según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer”.

¿Qué, en el hecho transcrito, obliga al marido a guardar su palabra? Muchas veces el amor se pierde, o tal vez reacciones de tipo psicológico, odio, sentimiento de inferioridad por complejo ante su propia esterilidad, le hagan rechazar a ese niño. Entonces pregunto ¿qué lo protege? ¿Hay alguna obligación moral?

Se puede establecer que el marido debe renunciar a la posibilidad de desconocer a ese hijo como no suyo, en aras de defender a una criatura inocente que nació por una voluntad consciente y decidida a correr el riesgo de sobrepasar complejos de inferioridad, a asumir responsabilidad frente a hechos emanados de su aquiescencia.

Este es el fondo moral del problema. Sin embargo, debe existir una fuerza vinculante que provenga de la autoridad estatal, para que como norma imperativa, obligue a responder por esa paternidad. En otras palabras que en estos eventos no quepa la utilización del Artículo 214 del Código Civil, mediante la obligatoriedad que presupone la firma del consentimiento de ambos cónyuges, en un formato o documento preestablecido, que contenga dicha manifestación, clara, expresa e irrevocable.

Los padres son conscientes de su deseo y debe entonces el Estado, como organización activa y vinculante, obligar a que sus miembros tengan responsabilidad frente a sus actos de voluntad.

Este caso, presenta dos voluntades libres para obligarse a traer un hijo al mundo en esas condiciones, sabiendo las características que emanan de su concepción. Toda voluntad libre que actúa, debe asumir las consecuencias de su proceder: El artículo 1502 del Código Civil señala: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: