

LA FECUNDACIÓN POST-MORTEM ¿GARANTISTA O VULNERANTE DE DERECHOS?¹

Jacqueline Cristina Guerra Rico²

Vanina Moadie Ortega³

La presente investigación en curso tiene como objetivo brindar una propuesta a la regulación de la técnica de reproducción humana asistida denominada fecundación post-mortem, en el ordenamiento jurídico colombiano, la cual estará ceñida a conceptos tales como la voluntad pro creacional y el formalismo, tratando así de brindar garantías a los sujetos que intervienen en la aplicación de esta técnica de reproducción humana asistida como los son el padre, la madre y aquel que está por nacer.

Para tal fin se hace un abordaje en general de la técnica denominada fecundación post-mortem, para luego hacer propuestas que resulten garantistas y no vulnerantes de los derechos de los involucrados, lo cual permitirá concluir que la técnica mencionada desarrolla el mandato constitucional y legal que permite su utilización como una herramienta que facilita la procreación artificial o cientí-

fica, dado los nuevos avances de la ciencia médica y la solución ofrecida como parte de la salud reproductiva.

La inseminación post-mortem es conocida según Sanchez-Ruiz, P., Martinez-Castellon, N., y Fernández - Ordoñez, E, enfermeras especializadas en obstetricia y ginecología, por ser un procedimiento científico que surgió a finales de los años setenta y que en los últimos años ha tomado relevancia nivel mundial gracias al desarrollo de la medicina reproductiva, tal y como se evidencia en la constante legislación de la misma en países tales como España, Argentina, Francia, los cuales han procurado alinear el derecho con los avances científicos.

Dichos avances Colombia no los ha logrado canalizar ni desde el punto de vista cultural ni ético y mucho menos desde un abordaje jurídico, tal y como se evidencia en la muy

1 Proyecto denominado DISPONIBILIDAD JURIDICA DEL CUERPO HUMANO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO. Investigador principal: Vanina Moadie Ortega, investigación en curso avalada por la convocatoria nacional de 2018.

2 Estudiante de 5to año de derecho de la Universidad Libre de Colombia Sede Cartagena, email: Jacquieguerra@hotmail.com, en calidad de integrante del Semillero de Investigación de Derecho Privado, cuyo tutora es la docente Vanina Moadie Ortega, integrante del Grupo de Investigaciones Sociología Jurídica e Instituciones políticas Semisoju, categoría A de Colciencias de la Universidad libre de Cartagena.

3 Abogada, especialista de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho de la Universidad de Medellín con énfasis en derecho privado y modalidad Investigación, Defensora pública en el área civil-familia de la defensoría del pueblo, Docente de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena y de la fundación universitaria tecnológico comfenalco, Filiación institucional de ponencia: Universidad LIBRE Sede Cartagena. Investigadora tutora del Semillero de Investigación de Derecho Privado, e investigadora del Grupo de Investigaciones Sociología Jurídica e Instituciones políticas Semisoju, en la línea de Derecho, Estado, Cultura y Sociedad del Grupo de investigación Sociología Jurídica e Instituciones políticas Semisoju , categoría A de Colciencias. Correo electrónico: vaninae.moadieo@unilibre.edu.co y vanmoadie66@hotmail.com.

vaga intención del legislador de no tomar la avilidosa decisión de legislar sobre esta materia, sino al dejar a medias el único intento legislativo sobre las técnicas de reproducción humana asistida, el cual fue el proyecto de Ley 151 de 2001, en el cual el Senado pretendió *“modificar los códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida”*, dándole la categorización de urgente y que era evidente que había que legislar de inmediato, pero por razones meramente formales éste no fue sancionado como ley y hoy han pasado 19 años y no se ha retomado la intención de legislar.

Más que una extracción del esperma del hombre una vez fallecido, este medio de reproducción asistida se ha convertido en una de las principales temáticas de las discusiones jurídicas entre las aulas del derecho y profesionales de la misma rama, donde se cuestiona si el derecho tiene un límite o si al contrario puede extenderse y avanzar de la mano de la ciencia médica, la cual avanza a un ritmo acelerado.

Es por ello, que resulta de gran importancia iniciar destacando que, a pesar de que se han presentado casos con gran auge a nivel nacional, tales como el que se presentó en Barranquilla en el año 2008, donde una pareja inició un procedimiento de reproducción humana asistida pero dos días después el es-

poso muere y la clínica decide no continuar el tratamiento porque tenía dudas sobre la legalidad de la inseminación post mórtem y porque el consentimiento informado que le hizo firmar la clínica a la pareja no preveía un caso de muerte.

Nuestros legisladores no han concretizado norma jurídica alguna que brinde garantías ni ningún tipo de respaldo que les permita a los colombianos la libre y tranquila utilización de esta técnica de reproducción humana asistida, a pesar de que la ley 1953 de 2019, *“por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”* en su artículo 1, manifiesta que el objeto de la ley es establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva, y en su artículo segundo procede a definir la Fecundación como la técnica de reproducción humana asistida, entendiendo por Infertilidad la enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses o más de relaciones sexuales no protegidas y expresó que se entiende por técnicas de reproducción humana asistidas todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.



La reflexión teórica presentada en este artículo se plantea como avance de investigación del gran proyecto denominado: *“Disponibilidad Jurídica del cuerpo humano en el ordenamiento Jurídico Colombiano”*, que es desarrollado por el semillero de Derecho Privado en la línea de Derecho, Estado, Cultura y Sociedad del Grupo de investigación Sociología Jurídica e Instituciones políticas Semisoju, de la Universidad Libre, sede Cartagena, y en el cual se ha construido inicialmente como problema jurídico el siguiente:

¿Existe en el ordenamiento jurídico colombiano fundamentos que permitan una regulación sobre la disponibilidad jurídica del cuerpo humano y partes separadas de este, como respuesta a los avances científicos propiciados por la ciencia médica?

Pero este artículo en especial, se desarrolla en virtud de la investigación sustentada en las clases de Derecho de familia y del menor, de cuarto año de Derecho en la Universidad Libre sede Cartagena, en el cual se plantea el siguiente y específico problema jurídico *“¿Existe en el ordenamiento jurídico Colombiano herramientas suficientes las cuales garanticen la libre disposición de los medios de reproducción humana asistida, en especial la fecundación post-mortem?”*.

La metodología implementada es de enfoque cualitativa, de tipo dogmático, que utiliza

como técnica de recolección de información la revisión documental, acudiendo a fuentes primarias y secundarias.

Resultados y Discusiones

En la época de expedición del Código Civil Colombiano era impensable que un niño fuese concebido luego de muerto su padre; dado los avances de la ciencia médica a través de las técnicas de reproducción humana asistida, en especial con la crioconservación del semen, es posible que en la actualidad algunas mujeres soliciten ser inseminadas con el semen de su marido muerto, técnica que es conocida como *“Fecundación Post-Mortem”*⁴ (Moadie, 2015)

Es sabido, que a partir de la expedición de la Carta Política Colombiana de 1991 se establece la posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica, el artículo 42 de la Carta Magna define la familia como *“el núcleo fundamental de la sociedad y que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*, y en el inciso 5 de dicho artículo manifiesta que *“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.”* (Moadie 2014)

Lo anterior indica que el constituyente otorga igualdad a los hijos ya procreados naturalmente, ya adoptados o ya procreados a través de asistencia científica -lo que en este momento nos ocupa-, y manifiesta que la ley reglamentara la progenitura responsable; lo cuestionable es que si bien la Constitución Política colombiana establece la posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica, hoy, 23 años después de expedida la Carta Magna no exista ley alguna que reglamente las técnicas de reproducción asistida y en especial esta técnica de la inseminación post-mortem, lo que evidencia la relevancia e importancia de la temática. (Moadie 2014)

Según Moadie (2017), Si bien podemos afirmar que existe una amplia literatura sobre el aspecto ético, científico, moral, y bioético de las técnicas de reproducción asistida en el mundo y en Colombia, en esta ocasión se pretende evidenciar el planteamiento de una realidad que podría incidir en una nueva concepción de la familia, toda vez que uno de los roles de toda familia es la procreación-aunque también fue concebida como uno de los fines del matrimonio según el art. 113 del Código Civil Colombiano-, y las técnicas de procreación humana asistidas fueron pensadas inicialmente y desarrolladas como un aporte de la ciencia médica ante la dificultad de algunos matrimonios para la procreación, concebidas estas como *“el conjunto de técnicas médicas especiales que implican la*

ayuda profesional al acto conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana, la obtención y utilización de gametos con tal finalidad, o la transferencia de embriones con el mismo fin”. En una definición más neutral, y sin énfasis en el matrimonio, Santamaría (2000), afirma que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, son *“el Conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana”*.

Moadie (2015) manifiesta que: La doctrina universal ha propuesto como actuales prácticas para la realización de la fecundación post-mortem las siguientes:

- 1.- La técnica de criopreservación seminal con semen del marido o compañero fallecido, quien en vida consintió en entregar sus células germinales a un banco de gametos. Generalmente se hace con un ánimo preventivo ante una enfermedad o tratamiento médico que le pueda ocasionar la pérdida de la capacidad reproductiva. Esta práctica suscita la duda en torno a si la sola intención de entregar el semen por parte del marido hace presumir un consentimiento para realizar el procedimiento después de fallecido aquel, en el caso de que no haya expresamente manifestado en documento del consentimiento la posibilidad de continuar después de su muerte con los procedimientos iniciados en vida.



2.- La obtención por parte de la mujer del semen de su marido fallecido, “ya por la obtención del tejido espermato genico por biopsia de testículo luego de producido el deceso o ya por posibilidad de recuperar del saco vaginal lo eyaculado en el, (Arribere 2006). En general, estas prácticas son rechazada porque que en ambas no existe consentimiento del causante ni expreso ni presunto por lo que es evidente que en dicho caso no existe lo que Bergel (2003) que ha denominado “voluntad procreacional”; Aun así es necesario distinguir que:

A.- en el caso de la obtención del tejido espermato genico por biopsia de testículo luego de producido el deceso, se necesita hacer una análisis desde la disposición del cadáver.

B.- en el caso de la posibilidad de recuperar del saco vaginal lo eyaculado en el, se necesita hacer una análisis desde la naturaleza jurídica del semen para así precisar la disposición que se pueda hacer del mismo, catalogándolo como cosa separada del cuerpo humano. Ambos temas, disposición jurídica del cadáver y naturaleza jurídica del semen, dada la amplitud, especificidad y controversias sobre las diversas teorías, deberá ser tratado en otro momento.

3.- Y finalmente, la transferencia de embriones post mortem: el embrión en concebido in vitro en vida de ambos progenitores, es trans-

ferido al útero materno después de la muerte de su padre;

Como alcanzamos a identificar en este -para algunos inimaginable- procedimiento de fecundación post mortem, quienes son objeto de tratamiento y posible experimentación son humanos quienes gozan de derechos, deberes y obligaciones, es por ello que la rama del derecho debe intervenir de manera sustancial, para así regular los mencionados mecanismos, garantizando los derechos de sus intervinientes.

Dentro de estas fórmulas caben innumerables cuestionamientos que no son del caso enumerar en esta ocasión, pero el que ahora se trae a colación es aquel que, en nuestro concepto se enfatizara en este artículo y que a su vez es un aspecto que debe regularse y concretizarse, y es el tema de lo que se ha denominado “la voluntad pro-creacional”. Esta “constituye la voluntad de los cónyuges (en especial del esposo o concubino) de procrear a través de métodos de fecundidad asistida, lo que trae como consecuencia la existencia de una filiación jurídica con el hijo que nazca de dicha técnica.”⁴ (Alejandro, 2018)

Lo interesante y a la vez preocupante de este asunto es cómo aquel que ya ha fallecido puede dar a conocer su voluntad y si, por otro lado, en vida el donante no hubiese accedido a esta propuesta, ¿se estaría extralimitando la

4 Antítesis Jurídica. (2020). *¿Qué es la Voluntad Procreacional?*. [en línea] Disponible en: <https://www.antitesisjuridica.com/que-es-la-voluntad-procreacional/> [Acceso 27 Enero. 2020].

ciencia médica y el querer de la mujer sobre los derechos de aquel que ha fallecido? Es por ello que en este caso particular de inseminación post mortem consideramos que deben existir formalidades claras y expresas, que no den lugar a la discrecionalidades subjetivas, de tal manera que los derechos de la mujer próximamente inseminada, como los derechos de aquel que está por nacer, sean plenamente garantizados.

Es por ello que, compartimos el criterio aportado por Guzman y Valez(2020) los cuales afirman que: "Cualquier clase de intervenciones genéticas en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico -experimental, es lícita, si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las personas receptoras, teniendo capacidad plena, ausente de cualquiera de los vicios de la voluntad, es decir, otorgado de manera libre, consciente, (no debe haber error, dolo, intimidación o violencia) expresa y por escrito."⁵

Influenciada por esta teoría y ante la observancia de ausencia de regulación específica en nuestro país a dicho respecto, formulamos de manera propositiva una posible estrategia bajo la cual se podría llegar a regular la fecundación post-mortem.

En relación con el nacido vivo, este se consideraría un hijo extramatrimonial científico

bajo la modalidad de fecundación post-mortem. En esta, a pesar de que se disuelva el matrimonio por la muerte de alguno de los cónyuges se tendrá en cuenta el consentimiento del fallecido, expresado en vida, a tener un descendiente a pesar de su muerte, para esto sería necesario que no exista ninguna de las causales que dan lugar a la nulidad del matrimonio establecidas en el artículo 140 del código civil, ni las causales del divorcio establecidas en el art. 154 del mismo estatuto.

Por otra parte, será necesario que en el contrato solemne de matrimonio se agregue una clausula en la cual se le de la posibilidad al hombre de aceptar en vida que, en el caso en el que fallezca permita o no la toma de su esperma para la fecundación de su pareja, es decir, se podría tomar esta como una figura similar a las capitulaciones prematrimoniales las cuales dan lugar o no a la creación de la sociedad conyugal, es decir que quedará a disposición de la pareja una vez que estos contraigan matrimonio aceptar o no la toma del esperma para la creación de un descendiente a pesar de su muerte.

Es decir que, en el caso que el hombre fallezca se permitirá la fecundación post-mortem solo si estos lo aceptaron en vida una vez contrajeron matrimonio, quedando así a disposición de la mujer decidir si hace o no uso de este medio de reproducción asistida una vez fallezca su pareja, lo cual debe

5 Guzman, A. y Valez, M. (2020). Voluntad procreacional. [en línea] Colectivoderechofamilia.com. Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Avalos-y-Valdes-Voluntad-procreacional.pdf> [Acceso 27 Enero 2020].

hacerse en un término corto para no afectar los derechos de los hijos ya nacidos en el aspecto sucesoral. A este respecto España establece una toma de decisión al término de un año de la muerte del cónyuge o compañero permanente.

Además de los requisitos de que deben estar casados y que el consentimiento lo deben dar en vida, también se deberá cumplir de manera analógica con lo establecido en el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia-ley 1906 de 2006- el cual establece requisitos para adoptar de manera conjunta o individual:

1. Ser plenamente capaz.
2. Tener 25 años de edad cumplidos.
3. Demostrar la idoneidad física, mental, moral y social suficiente para ofrecerle una familia adecuada y estable al que estar por nacer.

Los anteriores requisitos se deben cumplir a cabalidad para así proseguir con la técnica de reproducción estudiada.

En torno al tema de si es posible en la Unión marital de hecho, será tratado en otro artículo de reflexión, toda vez que la formula aquí propuesta exige formalismos para garantizar seguridad jurídica.

Y por último, con relación a las sucesiones, esta se regularía de acuerdo a los órdenes hereditarios en el cual este hijo extramatrimonial científico bajo la modalidad de fecundación post-mortem ocuparía el primer orden como descendiente, no siendo necesario hacer precisiones en torno a la vocación de este hijo así nacido, ya que el art 1045 c.c reformado por la reciente ley 1934 de 2018, reza: “Los descendientes de grado más próximo excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.”, pero si es necesario precisiones en torno a la capacidad sucesoral, que guiada por el art. 1019 del cc. Exige para ser capaz de suceder existir al tiempo de la abrirse la sucesión –art 1012 cc que coincide con muerte del causante-, y es evidente que el hijo así nacido no existe a la muerte del causante, entendiendo por existencia de la persona la exigida en el art. 90 del c.c. colombiano que reza: “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”.

De esta manera se cumpliría el mandato constitucional del art 42 que reza: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.”, sin que existan diferencias legales en torno a la forma de su concepción. (ya naturalmente o ya científicamente).

Conclusiones

Para finalizar este artículo de reflexión, consideramos pertinente mencionar que la fecundación post-mortem, al igual que los demás medios de reproducción humana asistida son herramientas por medio de las cuales las aspiraciones de tener una familia o de agrandarla se pueden hacer realidad, permitiéndoles ser padres a quienes por distintas circunstancias no pueden serlo de manera natural, brindándoles de la posibilidad de gozar de derechos tales como la igualdad, gracias a los avances científicos; consideramos por tanto que si los legisladores de nuestro país logran caminar de la mano de la ciencia médica la amplitud de las garantías y disminución de vulneración de derechos llegaría a tomar lugar en nuestro país, generándose así seguridad jurídica y dando paso a la modernización del derecho.

Bibliografía

- Antítesis Jurídica. (2018). ¿Qué es la Voluntad Procreacional?. [en línea] Disponible en: <https://www.antitesisjuridica.com/que-es-la-voluntad-procreacional/> [Acceso 27 Enero 2020].
- Guzman, A. y Valez, M. (2020). Voluntad procreacional. [en línea] Colectivoderechofamilia.com. Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Avalos-yValdes-Voluntad-procreacional.pdf> [Acceso 27 Enero 2020].
- Código Civil Colombiano.
- Código de la infancia y la adolescencia, ley 1098 de 2006.
- Constitución política colombiana, 1991.
- Moadie Vanina, (2014) Reflexión crítica sobre la fecundación post-mortem en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en el ámbito filial y sucesoral, En: Perspectivas y avances en el derecho desde la investigación socio jurídica, Editorial tecnológico Comfenalco, 2014, ISBN:978-958-58454-6-6.
- Moadie, V. (2015). *REFLEXION CRÍTICA SOBRE LA FECUNDACIÓN POST-MORTEM COMO TECNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y SU INCIDENCIA EN EL AMBITO FILIAL Y SUCESORÍAL*. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. <http://cdsa.aacademica.org/000-061/327.pdf>
- Moadie-Ortega, V. (2017). El novedoso concepto de familia influenciado por las técnicas de reproducción asistida



(T.R.A) en Colombia: *Vis Iuris. Revista De Derecho Y Ciencias Sociales*, 4(7), 129-152. <https://doi.org/10.22518/vis.v4i72017.1146>

- Ley 1395 de 2018, Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil en materia sucesoral.
- Ley 1953 de 2011, “por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva
- ley 1934 de 2018 Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil.
- Proyecto de ley 151 de 2001, or el cual se pretendió “modificar los códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida”
- Bioética. Noticias y recursos. n.d. *La Lucha Por Un Hijo Póstumo*. [online] Available at: <<https://www.bioeteca.es/?p=340>> [Accessed 20 September 2019].