

# Extracción de semen post mortem: aspectos éticos y legales. Descripción de caso y estudio en Colombia\*

*Post Mortem semen extraction: Legal and ethical aspects. Description of case and study in Colombia*

*Extração de sêmen post mortem: aspectos éticos e legais. Descrição de caso e estudo na Colômbia*

Samuel Barbosa<sup>1</sup>, Diana Cárdenas<sup>2</sup>, José Félix Patiño<sup>3</sup>, Efraín Noguera<sup>4</sup>, Ana María De Brigard<sup>5</sup>, Sonia Echeverri<sup>6</sup>, Roberto Esguerra<sup>7</sup>

## Resumen

La extracción de semen *post mortem* (ESP) para programas de fertilización *in vitro* es un procedimiento que se viene practicando desde los años 80. En las últimas décadas las solicitudes para realizar ESP han aumentado en todo el mundo. Este procedimiento ha desencadenado amplias discusiones sobre los aspectos éticos y legales en salud mental, con importantes preguntas que aún no tienen respuesta. En Colombia no se han documentado casos en la literatura médica o bioética indexada. En la mayor parte de los países todavía no se ha dicho nada al respecto ni por vía de tutela, ni por vía reglamentaria. En la actualidad extraer el semen de una persona después de fallecida es una realidad científica posible. ¿Esto es éticamente bueno y jurídicamente viable? El debate apenas se vislumbra y aún está lejos, parece, su respuesta. Este

\* Este reporte de caso es original. Los autores tienen la responsabilidad del contenido y originalidad del documento. Conflicto de intereses y contribuciones: los autores expresan que no existe ningún conflicto de interés en el presente trabajo. Entregado el 11 de febrero 2015 y aprobado el 9 de junio de 2015.

<sup>1</sup> Médico. Invitado Permanente al Comité de Ética Hospitalaria del Hospital Universitario Fundación de Santa Fe. Bogotá, Colombia. Correo: samuelbarbosatrabajo@gmail.com

<sup>2</sup> Médico. Instituto de Investigación en Nutrición, Genética y Metabolismo, Universidad El Bosque, Bogotá, Colombia. Correo: cardenasdiana@unbosque.edu.co

<sup>3</sup> Médico. Presidente del Comité de Ética Hospitalaria del Hospital Universitario Fundación de Santa Fe. Bogotá, Colombia. Correo: jfpatino-re@gmail.com

<sup>4</sup> Médico, psiquiatra. Miembro del Comité de Ética Hospitalaria del Hospital Universitario Fundación de Santa Fe. Bogotá, Colombia. Correo: efrainnoguera@me.com

<sup>5</sup> Abogada. Miembro del Comité de Ética Hospitalaria del Hospital Universitario Fundación de Santa Fe. Bogotá, Colombia. Correo: amdebrigard@cable.net.co

<sup>6</sup> Enfermera. Secretaria del Comité de Ética Hospitalaria del Hospital Universitario Fundación de Santa Fe. Bogotá, Colombia. Correo: echeverrisonia@hotmail.com

<sup>7</sup> Médico. FACP, profesor Clínico Universidad de los Andes. Miembro Institucional Fundación Santa Fe de Bogotá, Gobernador American College of Physicians, Capítulo Colombia. Correo: roberto.esguerragutierrez@gmail.com

reporte de caso presenta un recuento histórico de la evolución de la ESP en el mundo y una presentación de caso del Hospital Universitario Fundación Santa Fe. También se presenta un análisis sobre las implicaciones éticas de la voluntad del donante, de la parte solicitante, del niño y de los médicos, así como sobre las implicaciones legales y de salud mental en Colombia.

**Palabras clave:** Semen post mortem, bioética, fertilización *in vitro*, procreación post mortem, consentimiento informado.

### Abstract

The extraction of semen post mortem (ESP for its Spanish acronym) for *in vitro* fertilization programs is a procedure that has been practiced since the 80's. In the last decades the solicitations for ESP have increased throughout the world. This procedure has unleashed ample discussion about ethical and legal aspects in mental health, with important questions that do not yet have answers. In Colombia there have not been any documented cases in the indexed medical or bioethics literature. In the ample majority of the countries, nothing has been said in the form neither of guardianship nor through regulatory means. Currently, extracting semen from a person after death is a scientifically possible reality. Is this ethically good and legally viable? The debate is barely in sight and its response, it appears, is still far away. This case report presents a historical recounting of the evolution of ESP in the world and a presentation of the case of the Hospital Universitario Fundación Santa Fe. Presented as well is an analysis about the ethical implications of the donor's will, of the soliciting party, of the child, and of the doctors, as well as of the legal and mental health implications in Colombia.

**Key words:** semen post mortem, bioethics, *in vitro* fertilization, procreation post mortem, informed consent.

### Resumo

A extração de sêmen post mortem (ESP), para programas de fertilização *in vitro*, é um procedimento que vem sendo praticado desde os anos 80. Nas últimas décadas, as solicitações para realizar ESP aumentaram em todo o mundo. Este procedimento desencadeou várias discussões sobre os aspectos éticos e legais em saúde mental, com importantes perguntas ainda sem respostas. Na Colômbia, não foram documentados casos na literatura médica ou bioética indexada. Na maioria dos países, nada foi declarado sobre isso, nem por meio de tutela, nem por meio regulamentar. Na atualidade, extrair o sêmen de uma pessoa depois de falecida é uma realidade científica possível. Isto é eticamente bom e juridicamente viável? O debate mal está à vista e sua resposta, parece, ainda está longe. Este relato de caso apresenta uma recontagem histórica da evolução da ESP no mundo e uma apresentação de caso do Hospital Universitário Fundación Santa Fe. Também é apresentada uma análise sobre as implicações éticas da vontade do doador, da parte solicitante, da criança e dos médicos, assim como sobre as implicações legais e de saúde mental na Colômbia.

**Palavras-chave:** sêmen post mortem, bioética, fertilização *in vitro*, procriação post mortem, consentimento informado

## Introducción

Técnicamente es posible extraer semen de un hombre que está muriendo o que acaba de morir. Este semen puede ser congelado y utilizado con fines de procreación. Sin embargo, que sea técnicamente realizable no justifica que ética,

moral y legalmente sea posible. A propósito del caso del paciente S. E. S. S<sup>1</sup>, se presentan en este artículo los principales dilemas éticos que se plantean en torno a este caso y los aspectos jurídicos en el contexto colombiano.

<sup>1</sup> Nombre ficticio para proteger la identidad del paciente.

El primer reporte de una ESP exitosa ocurrió en 1980 y fue documentado por Rothman<sup>2</sup>. Posteriormente, casos similares en diferentes países han centrado la discusión en torno a la extracción de semen y de la procreación *per post mortem*. En el Reino Unido, en 1995, la extracción de semen por eyaculación electro rectal en un paciente con muerte cerebral fue lograda y utilizada por su esposa para tener dos hijos, tres y siete años después de la muerte del esposo. La extracción se realizó en dicho país luego de una batalla legal que ganó la esposa, pero la fertilización tuvo que realizarse en otro país europeo que lo permitía. Townsend, Richard y Witt<sup>3</sup> han documentado sus investigaciones sobre el tema; también lo han hecho Biahams<sup>4</sup>, así como Blyth y Cameron<sup>5</sup>, en varios artículos científicos.

Otro caso clave tuvo lugar en Francia, en 1984, donde una Corte permitió la utilización de semen congelado para la procreación *post mortem*. Luego de este caso, la ley de bioética francesa prohibió la inseminación *post mortem* en cualquier caso, aunque permitió la transferencia de embriones *post mortem* si hay un consentimiento previo del padre, siempre y cuando la transferencia sea realizada en el año siguiente al fallecimiento. En Estados Unidos, en 2000,

Shenfield<sup>6</sup> documentó una primera concepción por ICSI (*Intra Cytoplasmic Sperm Injection*).

Las legislaciones difieren de un país a otro y en muchos no hay legislación al respecto, así que dejan la decisión en las manos del médico o del centro hospitalario. Países como Francia, Suecia, Alemania y Canadá, prohíben la ESP. Otros países, como Reino Unido, lo limitan a la previa obtención del consentimiento por parte del hombre. Según la literatura médica, los casos son raros, aunque existen reportes como el de Bahadur<sup>7</sup>, en que los médicos de cuidados intensivos se han enfrentado a la situación de solicitar la Extracción de Semen Perimortem (ESP).

## 1. DESCRIPCIÓN DE CASO

El paciente S.E.S.S. de 42 años, sexo masculino, previamente sano, presentó un episodio de cefalea intensa asociada a múltiples emesis y disminución de la visión; asistió a consulta en servicio de urgencias y registró<sup>13</sup> en la escala de coma de Glasgow, en el que cursa con un episodio de convulsión tónico clónica generalizada de un minuto de duración, con posterior deterioro neurológico, por lo cual fue entubado y se dio manejo farmacológico. Se tomó un tac de cráneo, que mostró una hemorragia subaracnoidea, por lo cual fue remitido para manejo por neurocirugía.

Antecedentes personales y sociales importantes: administrador de empresas; antecedentes patológicos: dislipidemia; hábitos: tabaquismo (medio paquete por día durante 18 años); antecedentes quirúrgicos y traumáticos: rinoplas-

<sup>2</sup> ROTHMAN, C. M. «A method for obtaining viable sperm in the postmortem state». In *Fertility and Sterility*. 1980, Vol. 34 N.º 5, p. 512.

<sup>3</sup> TOWNSEND, M. F., RICHARD, J. R. & WITT, M. A. «Artificially stimulated ejaculation in the brain dead patient: a case report». In *Urology*. Vol. 47 No. 5, pp. 760-2. 1996. [En línea]. [Fecha de consulta 26 de abril de 2012]. Disponible en <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0090429596000210#>

<sup>4</sup> BIAHAMS, D. «A unique case of frozen sperm export?». In *The Lancet*. Vol. 349 N.º 9050, p. 448. 1997. [En línea]. [Fecha de consulta 13 de junio de 2012] Disponible en <http://www.thelancet.com/journals/lancet/issue/vol349no9050/PIIS01406736%2800%29X0037-2>

<sup>5</sup> BLYTH, E. & CAMERON, C. «The welfare of the child. An emerging issue in the regulation of assisted conception». In *Human Reproduction*. Vol. 13 N.º 9, pp. 2339-55. 1998. [En línea]. [Fecha de consulta 28 de enero de 2013]. Disponible en <http://humrep.oxfordjournals.org/content/13/9/2339.short>

<sup>6</sup> SHENFIELD, F. «Consent and Intent: The Legal Difference in Assisted Reproductive Treatments». In M. D. A. Freeman & A. D. E. Lewis (Eds). *Law and Medicine*, pp. 3-317. Oxford University Press. 2000.

<sup>7</sup> BAHADUR, G. «Death and conception». In *Human Reproduction*. Vol. 17 N.º 10, pp. 2769-75. [En línea]. [Fecha de consulta 11 de febrero de 2012]. Disponible en <http://humrep.oxfordjournals.org/content/17/10/2769.short>

tía y resección de *pterygion*; otros: lateralidad diestra.

Durante su estadía se realizó un procedimiento de neurocirugía, que consistió en clipaje de aneurisma supraclinoideo derecho, sin complicaciones; en el posoperatorio se trasladó a la unidad de cuidados intensivos para extubación programada, continua manejo antivaso espasmo. Después de dos días en posoperatorio, el paciente presentó deterioro de su estado general; se realizó un tac, que mostró un importante edema del hemisferio cerebral derecho y resangrado con extensión a ventrículos y perimecencéfalo; presentó episodios convulsivos súbitos. Se realizó manejo y se esperó evolución. En su sexto día de evolución, en horas de la tarde, el paciente presentó un deterioro súbito del estado general: pupilas fijas (5 mm), sin reflejos de tallo, con sedación. Se consideró posible muerte cerebral y se solicitó test de apnea para valoración de muerte cefálica, el cual resulta positivo. A los familiares se les explicaron los resultados de los exámenes y el pronóstico del paciente. Ellos entendieron y aceptaron el curso natural de la enfermedad. En horas de la noche el paciente presentó episodio de hipotensión, bradicardia y, finalmente, no registró ritmo cardiaco ni tensión arterial. Falleció a las 0:25 horas. La esposa manifestó que en vista de lo sucedido, le gustaría tener una muestra de semen para tener un hijo del fallecido.

## 2. DISCUSIÓN

La ESP se enmarca en dos problemáticas: a) las implicaciones de la extracción del semen del cuerpo de la pareja después de la muerte y, b) la reproducción medicamente asistida (RMA).

La mayoría de las personas en la sociedad occidental aceptan que hay algunas situaciones en las que el cuerpo puede ser alterado antes de ser enterrado, por ejemplo: exámenes *post mortem* y la donación de órganos o tejidos. ¿Cómo debe ser considerada la extracción de semen? ¿Cómo

una donación? ¿Cómo un simple acto, en vista de la reproducción medicamente asistida? El individuo al que se extrae semen, ¿puede ser considerado como donante? Para considerarlo como tal, ¿se debe indagar en la autonomía de la voluntad?; es decir, ¿se debe asegurar la libertad o libre consentimiento informado? Para este caso, no es tan simple, ya que si se considera como una donación, no se puede preguntar, si como para toda donación de órganos, ¿el libre consentimiento debe ser expresado por la persona en vida? A falta de esta, ¿por los parientes y familiares cercanos, en este caso la pareja? Si se considera como un simple acto, en vista de la RMA, ¿quién expresará y bajo qué condiciones la solicitud de extracción del semen?

La ESP, que ha aumentado en el mundo en los últimos años, ha suscitado la discusión en torno a sus elementos legales y éticos, como puede verse en trabajos como los de Epker, Groot y Kompanje<sup>8</sup>, y Orr y Siegler<sup>9</sup>. En la mayoría de los países no se tiene una legislación especial y solo en Australia, Reino Unido, Estados Unidos, Israel y República Checa, está permitido en casos especiales y/o con consentimiento informado escrito (Véase tabla 1). En Colombia, no existe una ley específica que regule el derecho constitucional de procreación «con asistencia científica»<sup>10</sup>. En el caso de ESP no se determina específicamente a quien se delega esta función.

<sup>8</sup> EPKER, J., GROOT, Y. KOMPANJE, E. «Ethical and practical considerations concerning perimortem sperm procurement in a severe neurologically damaged patient and the apparent discrepancy in validation of proxy consent in various postmortem procedures». *In Intensive Care Med.* 2012, 38, pp. 1069-1073. [En línea]. [Fecha de consulta 14 de octubre de 2013]. Disponible en <http://link.springer.com/article/10.1007/s00134-012-2536-x#page-1>

<sup>9</sup> ORR, R. & SIEGLER, M. «Is posthumous semen retrieval ethically permissible?» *In Journal of Medical Ethics.* Vol. 28 N.º 5, pp. 299-302. 2002. [En línea]. [Fecha de consulta 24 de octubre de 2014]. Disponible en <http://jme.bmj.com/content/28/5/299> short doi:10.1136/jme.28.5.299

<sup>10</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Bogotá: Legis, 2010, art. 42.

Tabla 1. Resumen de reglas y legislación sobre el procedimiento de extracción de semen perimorten para la reproducción en diferentes países

	Prohibido por la legislación	Consentimiento informado escrito obligatorio	Sin consentimiento informado escrito	No tienen guías ni legislación definida
Australia			a	+
Bélgica			+	+
Canadá	+			
Chipre				+
Colombia				+
Dinamarca	+			
Estados Unidos			+	+
Estonia	b			
Eslovaquia				+
Eslovenia	+			
Francia	+			
Alemania	+			
Hungría	+			
Holanda	+			
Reino Unido		+		
Irlanda				+
Israel			a	
Italia				+
Japón				+
Letonia				+
Lituania				+
Malta				+
Noruega	+			
Polonia				+
República Checa			+	
Suecia	+			

Fuente: Modificada de Hurwitz, J. M. y Batzer, F. R. (2004)

a: Solo posible por orden de la Corte, no tiene ley especial.

b: La esperma puede ser obtenida y usada máximo después de 1 mes y cuando estaban en un programa de reproducción asistida antes del fallecimiento.



## 2.1 IMPLICACIONES ÉTICAS DE LA TÉCNICA DE ESP

Aunque no se aprobó la ESP, para este caso las implicaciones éticas son:

La extracción de semen, sin duda es un avance técnico-científico para la sociedad. Las distintas consideraciones técnicas de este procedimiento y las implicaciones éticas que estas conllevan, son claves en el análisis de este caso. Después de la extracción de semen, este podrá ser congelado o utilizado, en un corto plazo, para la reproducción médicamente asistida. Si se tiene en cuenta que la persona ha muerto, surgen preguntas respecto a quién es responsable de este semen y sobre sus condiciones.

El semen puede ser utilizado para inseminación o fertilización *in vitro* (FIV). Para estas dos técnicas de reproducción médicamente asistida, las cuestiones éticas son las mismas, pues el semen, en ambos casos, proviene de un difunto. Es decir, el cómo se conciba el niño, sea por inseminación o por FIV, no cambia el análisis y la discusión. En ambos casos se trata de espermatozoides o de embriones cuyo origen es una persona muerta. Esto es importante, ya que en diversos países la legislación y las posiciones éticas con respecto a la inseminación de semen congelado o a la transferencia de embriones (FIV) *post mortem*, es diferente. La diferencia radica, entre otras, en el estatuto del embrión congelado y en el manejo que se hace de ellos. Las implicaciones éticas de la reproducción y de la ESP son:

**2.1.1 Sobre el difunto:** El trato del cuerpo después de la muerte, dicen Orr y Siegler, debe ser entendido y dado con el respeto y dignidad hacia la persona y es semejante a cuando la persona aún estaba viva.<sup>(6)</sup> En el caso de la ESP, se debe tener en cuenta que la alteración o el daño al cuerpo, son mínimos, si se com-

pararan a procedimientos como la donación de órganos para la trasplantación y los procedimientos médico-legales de autopsia. El análisis de la situación depende de si se dispone o no de voluntad anticipada. Si se dispone de ella, la discusión se centra más en las consecuencias de la reproducción médicamente asistida y sus consecuencias para la sociedad y el niño. Pero, si no se dispone de ella, como en el caso de análisis, se deben tener en cuenta otros argumentos. En este punto surge la pregunta sobre si se debe considerar una petición de extracción de semen de la misma manera que una petición de extracción de órganos para trasplante, autopsia u otro procedimiento médico. De ser así, ¿se debe dar prioridad a la solicitud de la familia o pareja o al bienestar del niño en potencia?

El procedimiento de extracción de semen es menos invasivo o destructivo que otros procedimientos *post mortem*. La decisión del difunto o las consecuencias para la pareja y el niño en la reproducción médica asistida tienen otras implicaciones. La diferencia radica en que una decisión de extracción de órganos para trasplante beneficia a un tercero; es consecuencia de una decisión altruista. Sin embargo, la solicitud de extracción de semen, por parte de la pareja, cuando no hay voluntad anticipada, es para beneficio propio, no es una situación consentida, y llega a considerarse como un acto «peligrosamente cerca de la violación».

En el Comité de Ética Hospitalaria se recomienda la búsqueda de un documento que de constancia de la voluntad del difunto (si existe) el cual puede tener un componente explícito (documento) y un componente implícito, para con ello respetar la voluntad del paciente. En el caso de no tener ningún documento físico que evidencie la voluntad del paciente, la decisión será sobre la base de tener evidencia de participación en programas de concepción, los cuales permiten inferir la voluntad del paciente. Este

tipo de situaciones, según Hostiuc y Curca, se presentan y son aceptadas en países como Israel.

**2.1.2 Sobre la parte requirente:** Cuando se presenta un caso como este, la posición de la parte solicitante debe ser evaluada en conjunto con los familiares del difunto (paciente) en la entrevista médica. En esta se deben hacer preguntas sobre los deseos del difunto antes de su muerte. Los intereses económicos y jurídicos, dicen Batzer, F. R., Hurwitz, J. M. y Caplan, están presentes en las solicitudes ESP, por los beneficios que con este procedimiento se pueden adquirir, como las prestaciones sociales, herencias y seguros, que pueden determinar la solicitud del esperma.

El concepto de la familia del fallecido debe ser sopesado con respecto a los deseos que se saben del fallecido. Se deben investigar los intereses de todos los miembros de la familia involucrados en la solicitud de ESP; si una persona solicita realizar este procedimiento, debe tener la capacidad y voluntad de contribuir a la toma de decisiones y por esto su participación debe ser activa dentro del proceso.

Aunque la libertad de procrear es un derecho fundamental y es parte de la libertad de la vida privada, la solicitud de ESP, por parte de la pareja, tiene implicaciones éticas importantes, que se centran en la capacidad y vulnerabilidad de la pareja sobreviviente en el momento de la toma de decisiones. En efecto, la decisión de iniciar o continuar un proyecto paternal interrumpido por la muerte de la pareja debe ser tomada de manera «libre e informada». Si se tiene en cuenta que la decisión se toma en un período de duelo, se puede considerar que la pareja requirente pasa por un estado de vulnerabilidad que la hará sensible a presiones familiares y sociales.

**2.1.3 Sobre el niño:** En los casos de ESP, debe tenerse en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en la cual se establece que toda decisión que afecte la infancia debe tener en cuenta qué es lo mejor para el niño. Su bienestar, dice Pennings, debe ser la principal preocupación de las partes involucradas. Los cuestionamientos éticos se centran, en el caso del niño, en dos aspectos: primero, el niño que nace a partir de la ESP, está siendo privado de un padre, lo que constituye la privación de un bien elemental para el niño. Segundo, el niño concebido por la adquisición de esperma póstuma, está privado de un padre, lo que constituye la privación de un bien elemental para ellos. Esta privación por sí sola puede causar en el niño la tensión subyacente y la depresión que no se pueden medir. La privación del padre es diferente a la situación donde los niños pierden su padre después de la concepción.

La responsabilidad de la paternidad del niño puede verse afectada por la diversidad de los modelos de familia que hoy existen. El conjunto más importante, según White, son los padres sociales del niño, lo que se evidencia en la responsabilidad y el bienestar que experimentan los niños al ser adoptados, ya que sus padres sociales son más importantes que sus padres biológicos. Pero en este caso surge la pregunta sobre cuál es el deber filial heredado, ¿el de su padre fallecido o el de su padre social? ¿Qué variedad de respuestas se pueden presentar, que resulten en situaciones adversas para el bienestar del niño?

Si se tiene en cuenta el contexto social de Colombia, en el cual la mayoría de los embarazos no son deseados, la ESP es un procedimiento que tiene implicaciones muy importantes para discutir, que no se han estudiado a fondo y que pueden desencadenar situaciones sociales y psicológicas adversas y lesivas para el niño. Es importante desarrollar estudios y seguimientos

a los casos de niños concebidos de esta forma que permitan ver el proceso de salud y bienestar psicológico.

Por parte del Comité de Ética Hospitalaria se considera que existen mayores riesgos para la salud del niño, que beneficios; por esto, la decisión que se tome por parte de cualquier profesional debe dar prioridad al bienestar del niño. Es importante entender que «el deseo de la concepción póstuma es una expresión amorosa en la memoria del cónyuge perdido, pero la descendencia no tiene tal memoria».

**2.1.4 Sobre los profesionales:** El papel del médico en las solicitudes de ESP debe desarrollarse, según los principios bioéticos y el juramento hipocrático. Se debe «hacer el bien» o no «hacer daño», de acuerdo con las dinámicas sociales que se presentan en cada grupo familiar, prestando un servicio de atención con respeto, secreto profesional y carácter educativo; pensando en el bienestar futuro del niño y el deseo que tuvo en vida el difunto, como los dos principios fundamentales. No obstante, se debe tener presente que la adquisición de esperma póstuma no es un procedimiento médicamente necesario. En consecuencia, según Batzer, Hurwitz y Caplan, no existe una obligación para que el médico deba honrar dicha solicitud.

El derecho a la objeción de conciencia debe ser debidamente respetado a los profesionales que decidan expresarlo. El profesional debe actuar con los más altos estándares y los mejores medios, para asumir la responsabilidad moral de respetar los derechos de procreación de la persona fallecida, a la vez que ayuda a llegar una nueva vida. Según la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva (ASRM, por su sigla en inglés) «... un pre-embrión merece mayor respeto que la de otro tejido humano, debido a su potencial para la vida...».

En el Comité de Ética Hospitalaria, recomendamos seguir el protocolo establecido por Batzer (véase tabla 2) que se considera idóneo para el contexto social de nuestro país. Dicho protocolo fue modificado para que se incluya el concepto del comité ético hospitalario del centro de salud en donde se pretenda hacer el procedimiento

**Tabla 2. Protocolo de Batzer, modificado para la validación de la Extracción de Semen *Postmortem***

1.	Consentimiento informado por escrito.
2.	Menores de edad no son incluidos para el procedimiento.
3.	Autorización legal por parte de la familia.
4.	Se debe realizar la detección de enfermedades transmisibles.
5.	Deben tener un periodo de duelo de 6 meses con soporte emocional, antes de realizar el procedimiento.
6.	La calidad, cantidad, eficacia, seguridad, o la viabilidad de la esperma no se puede garantizar por la entidad que realice el procedimiento.
7.	Todas las obligaciones económicas son responsabilidad del solicitante y deben darse a conocer con antelación.
8.	Ningún empleado debe ser obligado a participar en póstumo.
9.	No se permite la obtención de espermatozoides, si con ello se violan aspectos religiosos, profesionales o la integridad personal.
10.	Es necesaria la aprobación por parte del comité de ética hospitalaria de la institución que realice el procedimiento.

Fuente: HURWITZ, J. M. y BATZER, F. R. «Posthomous sperm procurement: demand and concerns». In *ObstetGynecolSurv* 2004, 59:806-8.

**2.1.5 Implicaciones en salud mental:** En la salud mental se puede partir del cuestionamiento sobre el deseo de engendrar un hijo del



que no se va a asegurar su crianza. Como está expuesto en otra parte de este escrito, tiene un elemento de desconsideración con los derechos de la infancia, al no ejercer la paternidad responsable. Evidentemente, no se puede prohibir un procedimiento solo porque parezca irresponsable o egoísta. Sin embargo, en aras de la discusión, es interesante tener en cuenta las motivaciones que pueden impulsar a un hombre a continuar su linaje, independientemente de las consideraciones prácticas que naturalmente conlleva la paternidad.

Por otro lado, seguramente este es un procedimiento al que no tendrán acceso todos los estratos económicos, ya que es absurdo engendrar un hijo *post mortem*, sin haber asegurado su sustento. Entonces, se pueden percibir elementos narcisistas fundamentales en la persona que firma un consentimiento para que le extraigan semen *post mortem*, solo por el deseo de perpetuarse, independientemente del concepto integral de paternidad. Sin embargo, está también la intención de complacer a la esposa, que sabe que tiene un deseo enorme de tener un hijo de él.

La paternidad integral, es decir, hacerse cargo del hijo, tanto económica, como emocionalmente y cumplir con los deberes de alimentar, vestir y educar a la prole, es una práctica que no es tan frecuente como se desea y como las leyes lo imponen. Es sabido que el «madre-solterismo» es muy frecuente en todas las sociedades humanas y en todos los tiempos. Entonces, no parece tan malo engendrar *post mortem* y dejar los recursos económicos que aseguren los alimentos para el hijo, en comparación con engendrar en vida y huir sin asegurarle nada.

En cuanto a los aspectos psicológicos y psicopatológicos de la viuda solicitante de la donación de espermia, se deben tener en cuenta las consideraciones siguientes: el deseo de ser

madre es una de las motivaciones más fuertes en la especie humana. Se considera un impulso instintivo primario. Muchas mujeres al llegar a la menopausia, sin haber tenido hijos, presentan síntomas depresivos considerables, marcados por la frustración, que no siempre es sublimable.

Esta consideración hace que se entienda el deseo de una mujer por satisfacer su impulso de maternidad aun cuando el esposo esté en trance de morir o ya haya fallecido. Puede decirse a esta señora que se busque otro hombre con quién tener un hijo, pero se estaría actuando superficialmente y se denotaría una falta enorme de empatía. Generalmente, aunque no siempre, el impulso materno se activa en una relación afectiva con el hombre que la mujer ha escogido (el esposo, el novio, etc.); por tanto, no le puede pedir que cambie de objeto amoroso como cambiar de ropa para engendrar un hijo. En este sentido tiene toda la lógica psicológica que una mujer que no ha podido satisfacer su impulso materno, quiera hacerlo aún si su pareja ha fallecido y ha dejado el consentimiento para ello.

Es pertinente considerar el caso de las mujeres solteras que buscan satisfacer su maternidad sin el concurso de ningún hombre, por medio de la inseminación artificial de donante anónimo. Parece un evento al que la sociedad está más acostumbrada y, sin embargo, aquí no está la figura paterna y no la hubo en ningún momento. Sabemos que la madre es la encargada de presentarle al hijo una figura paterna en caso de que falte. Pero ¿qué pasa, si ni siquiera la madre tiene esa figura en la mente? La respuesta no es fácil y puede conducir al juicio moral innecesario de estas prácticas. Pero se trae a discusión, para compararlo con el caso que se presenta, en el que la madre tiene claramente una imagen paterna que transmitir a su hijo.

Aquí se pueden encontrar, como en el caso del donante, elementos de narcisismo y de egoísmo al privar deliberadamente al hijo del otro progenitor. Pero se puede caer en el peligro de juzgar en exceso una situación solo por los componentes psicológicos que se consideran apartados de lo normal. Sin embargo, la paternidad y la maternidad son funciones que se ejercen gracias a una buena dosis de narcisismo y egoísmo.

## 2.2 IMPLICACIONES LEGALES EN COLOMBIA

En primer lugar, se debe mencionar que la realidad jurídica de un país, en términos generales, es corolario de la realidad fáctica que la antecede de manera que, en no pocos casos y en especial ante los avances de la ciencia, es posible encontrar situaciones de hecho que carecen de un marco regulatorio que permita establecer, de manera concreta, su legalidad y viabilidad jurídica.

La posibilidad de extraer semen de un hombre fallecido con fines de procreación de su pareja, es un buen ejemplo. En ausencia de norma concreta que ofrezca una respuesta a este dilema, se hace necesario acudir a otras fuentes del derecho para tratar de encontrar una pauta orientadora que promueva el debate y plantee alternativas de solución futuras. La cuestión de la extracción de semen de un individuo fallecido, otrora realidad científica impensada, tiene una especial relevancia por su enorme complejidad y variadas implicaciones. No se trata de un asunto que pueda analizarse desde una sola óptica; toca de manera directa o tangencial el derecho penal, el civil y el constitucional y cualquier alternativa de solución posible, encontrará seguidores y detractores.

Una primera mirada atiende al derecho constitucional y a los diferentes derechos personales

envueltos en el problema. Así, la persona fallecida cuenta con unos derechos inalienables y respetables, aun después de muerto. La intimidad, por ejemplo, es un derecho que trasciende la existencia material de una persona y lo acompaña aun después de fallecida. No de otra manera se entiende el fundamento de disposiciones que restringen el acceso a datos e información de un difunto.

Paralelamente, la pareja de esa persona podrá esgrimir el derecho a la maternidad que le es «arrebataado» por la desaparición intempestiva de su compañero y pedir la extracción de semen para una eventual inseminación posterior, como garantía del ejercicio de su derecho. Una cuestión tan compleja, tiene aún más aristas en la medida en que se trata de una eventualidad indefinida en el tiempo, que deja «en suspenso» decisiones jurídicas dependientes del fenómeno natural de la muerte.

En Colombia, tal como ocurre en la mayor parte de los países, aún no se ha dicho nada al respecto, ni por vía de tutela ni por vía reglamentaria. Habrá de buscarse en un proceso académico especulativo, la tendencia progresista de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, para tratar de proyectar una posible decisión en caso de ocurrir una controversia semejante.

Dos son los escenarios más relevantes: que se trate de una pareja que en vida se encontraba inscrita en un programa de fertilización asistida o que no lo estaba. En el primer caso, es más probable tratar de deducir la voluntad del difunto, en el segundo —salvo la existencia de un documento expreso— será muy difícil establecer su voluntad.

Se puede pensar, hipotéticamente, que para resolver el dilema de la prevalencia de los derechos en conflicto, se preferirá el derecho del

sobreviviente a obtener y conservar la esperma de su pareja porque se encontraban en un programa de fertilización en curso, lo que supone la voluntad del difunto de procrear. Sin embargo, al igual que si no estuviese clara la voluntad de la pareja, lo cierto es que el superviviente siempre podrá alegar su derecho individual a la maternidad, ya que ha visto afectado su plan de vida por la defunción súbita del otro.

En cualquier caso, la inseminación *post mortem* plantea innumerables problemas jurídicos concretos. Ese hijo, nacido por fuera de los términos previstos para que opere la presunción de paternidad prevista en el Código Civil, ¿se puede presumir hijo del padre muerto? ¿Debe llevar su apellido? ¿Se incluirá en el orden de sucesión propio del padre muerto? ¿Desplazará en sus derechos a los previamente nacidos? ¿Habrá de suspenderse la opción de liquidar la herencia del propio fallecido, de sus padres y hermanos, durante el tiempo en que el cónyuge solicita la inseminación? ¿Puede descartarse el semen, una vez transcurra un tiempo dado, con el fin de consolidar las situaciones jurídicas en suspenso? Todas son cuestiones prácticas incultables y definitivas a la hora de concederse el derecho a procrear más allá del tiempo de la existencia de un padre.

Abrir la posibilidad de hacerlo, si bien responde a unas expectativas concretas del cónyuge sobreviviente, afectará a terceros que igualmente podrán oponerse, con razones válidas, a esa posibilidad. Otro conflicto de derechos fundamentales surge en ese momento y nuevamente tendría un juzgador constitucional que adoptar una escala de prevalencia de bienes jurídicos tutelados para resolverlo y así sucesivamente hasta el infinito. No es asunto fácil y por esto es absurdo pretender una respuesta única e incontrovertible en la actualidad en Colombia. Extraer el semen de una persona después de fallecida es una realidad científica posible. ¿Esto

lo hace éticamente aceptable y jurídicamente viable? El debate apenas se vislumbra y aún está lejos, parece, su respuesta.

### 3. CONCLUSIONES

La discusión sobre la ESP tiene implicaciones legales y de salud mental que chocan con los principios fundamentalistas de algunas religiones, con importantes preguntas que aún no tienen respuesta. En Colombia no existe el desarrollo de una discusión académica; su práctica exige un análisis detallado del contexto familiar y cultural, y el médico que la realice debe tener en cuenta la voluntad anticipada del fallecido, las condiciones familiares y descartar que el procedimiento sea solicitado, primordialmente, con fines de beneficio económico. Actualmente, en el país no existe legislación pertinente y, en consecuencia, cada centro médico debe definir conductas claras y precisas, acordes con el entorno social del momento y siempre bajo el imperativo moral, ético y deontológico hipocrático.

### Bibliografía

1. ANDREWS, L. B. «The sperminator». In *The New York Times Magazine*. 1999, Mar 28: 62-65.
2. BAHADUR, G. «Death and conception». In *Hum Reprod*. 2002, 17:2769-75. [En línea]. [Fecha de consulta 11 de febrero de 2012]. Disponible en <http://humrep.oxfordjournals.org/content/17/10/2769.short>
3. BATZER, F. R., HURWITZ, J. M., & CAPLAN, A. «Postmortem parenthood and the need for a protocol with posthumous sperm procurement». *Fertility and Sterility*. 2003, 79(6), 1263-69.
4. BIAHAMS, D. «A unique case of frozen sperm export?». In *The Lancet*. 1997. 349(9050), 448. doi:10.1016/S0140-6736(05)61180-4. [En línea]. [Fecha de consulta 13 de junio de 2012] Disponible en <http://www.thelancet.com/journals/lancet/issue/vol-349no9050/PIIS0140-6736%2800%29X0037-2>

5. BLYTH, E. y CAMERON, C. «*The welfare of the child. An emerging issue in the regulation of assisted conception*». In *HumReprod.* 1998, 13:2339-55. [En línea]. [Fecha de consulta 28 de enero de 2013]. Disponible en <http://humrep.oxfordjournals.org/content/13/9/2339.short>
6. COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Bogotá: Legis, 2010.
7. EPKER, J.; GROOT, Y.; KOMPANJE, E. «Ethical and practical considerations concerning perimortem sperm procurement in a severe neurologically damaged patient and the apparent discrepancy in validation of proxy consent in various postmortem procedures». *Intensive Care Med.* 2012, 38, pp. 1069-73. [En línea]. [Fecha de consulta 14 de octubre de 2013]. Disponible en <http://link.springer.com/article/10.1007/s00134-012-2536-x#page-1>
8. ETHICAL CONSIDERATIONS OF THE NEW REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES. «The Ethics Committee of the American Fertility Society». In *Fertil Steril.* 1990(53); Suppl 2:34S-35S.
9. HOSTIUC, S. & CURCA, C. G. «*Informed consent in posthumous sperm procurement*». In *Archives of Gynecology and Obstetrics.* 2010, 282(4), 433-8.
10. HURWITZ, J. M. Y BATZER, F. R. «Posthumous sperm procurement: demand and concerns». In *ObstetGynecolSurv* 2004, 59:806-8.
11. ORR, R. & SIEGLER, M. «Is posthumous semen retrieval ethically permissible?» *Journal of Medical Ethics.* 2002, Vol. 28 N.º 5, pp. 299-302. doi:10.1136/jme.28.5.299. [En línea]. [Fecha de consulta 24 de octubre de 2014]. Disponible en <http://jme.bmj.com/content/28/5/299.short> doi:10.1136 / jme.28.5.299
12. PENNING, G. «*Measuring the welfare of the child: in search of the appropriate evaluation principle*». In *Human Reproduction.* 1999, 14(5), 1146-50.
13. ROTHMAN, C. M. «*A method for obtaining viable sperm in the postmortem state*». In *Fertility and Sterility.* 1980, 34(5), 512
14. SHENFIELD, F. «*Consent and Intent: The Legal Difference in Assisted Reproductive Treatments*». In M. D. A. Freeman & A. D. E. Lewis (Eds.), *Law and Medicine.* 2000, (pp. 3-317). Oxford University Press.
15. TOWNSEND, M. F., RICHARD, J. R., & WITT, M. A. «*Artificially stimulated ejaculation in the brain dead patient: a case report*». In *Urology.* 1996, 47(5), 760-2. [En línea]. [Fecha de consulta 26 de abril de 2012]. Disponible en <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0090429596000210#>
16. WHITE, G. B. «*Commentary: legal and ethical aspects of sperm retrieval*». In *The Journal of Law, Medicine & Ethics: A Journal of the American Society of Law, Medicine & Ethics.* 1999, 27(4), 359-361, 295.