

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

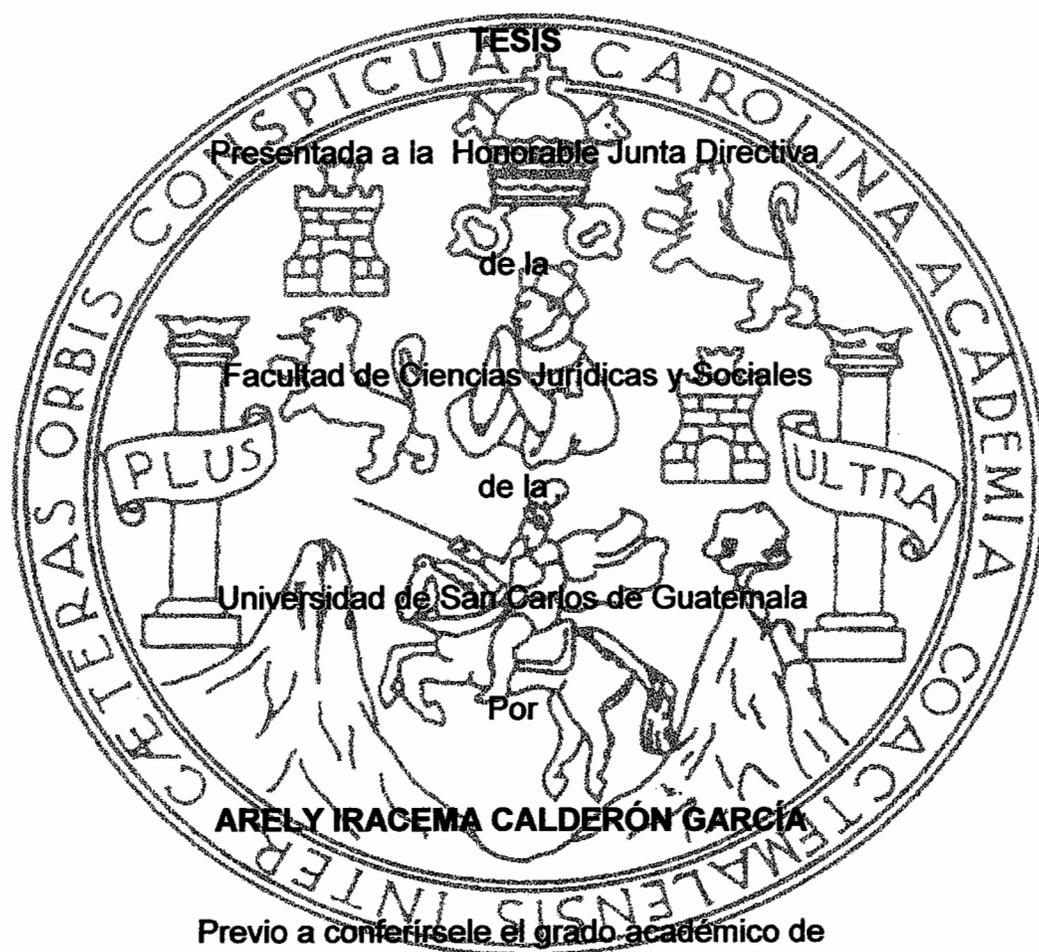


ARELY IRACEMA CALDERÓN GARCÍA

GUATEMALA, JULIO DE 2015

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA FERTILIZACIÓN POST MORTEM Y LA IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN
DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO**



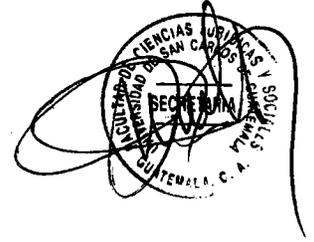
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, julio de 2015

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luís Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luís Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejada Ayestas

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y Contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 11 de julio de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, DAVID SENTES LUNA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ARELY IRACEMA CALDERÓN GARCÍA, con carné 9717121,
 intitulado LA FERTILIZACIÓN POSTMORTEM Y LA IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN DENTRO DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

[Handwritten Signature]
 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

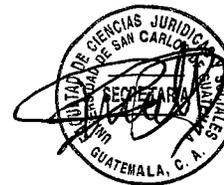


Fecha de recepción 18 / 07 / 2014 f)

[Handwritten Signature]
 Asesor(a)
DAVID SENTES LUNA
 ABOGADO Y NOTARIO



Lic. David Sentes Luna
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 10 de septiembre de 2014

**Doctor
Bonerge Arnílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente**



Me dirijo a usted con el objeto de presentar informe según nombramiento de asesor a su digno cargo de fecha once de julio del año dos mil catorce, en relación a la tesis de la Bachiller Arely Iracema Calderón García para su graduación profesional, la cual se intitula **"LA FERTILIZACIÓN POST MORTEM Y LA IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO"**, procedí a asesorar el trabajo mencionado, razón por la cual entrego a usted mi dictamen en los términos siguientes:

1. Al respecto puedo declarar expresamente que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley.
2. El contenido Científico y Técnico realizado en el campo del Derecho Civil y Derecho Penal es de gran trascendencia tomando en consideración la parte familiar, y como gran auxiliar de estos la Medicina; para poder obtener los datos que determinan en forma técnica y científica, la averiguación de la verdad, así como los efectos jurídicos o los derechos que les asisten a los involucrados.
3. Con respecto a la relación que tiene el informe final de la presente tesis, esta se considera acorde a la técnica jurídica lo que para el efecto recomiendan las directrices del diccionario de la Real Academia Española, demostrando la alumna en todo tiempo, empeño, interés, seriedad y una rigurosidad científica, mediante la utilización de los métodos y técnicas de investigación científicos acordes y necesarios, habiéndose utilizado el método descriptivo, histórico y deductivo; y la técnica de fichas bibliográficas.

Lic. David Sentes Luna
ABOGADO Y NOTARIO



4. Considero que cumple con los requisitos, que para el efecto establece el artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en su momento oportuno, debe ser discutido en el examen público de conformidad con las normas de la Facultad de ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
5. El trabajo se hizo bajo mi propia dirección y supervisión, razón suficiente por la que me consta su planificación, elaboración, investigación y redacción, cumpliéndose a cabalidad las exigencias requeridas, que por su naturaleza es un trabajo de vital importancia en la vida nacional y que representa un valioso aporte del autor para la rama del Derecho Civil, Derecho Penal, comprobando así la Necesidad de la Regulación dentro del Ordenamiento Jurídico Guatemalteco de los procesos de fertilización, así como los conflictos que se generan del mismo derivado de la filiación el parentesco y la decisión de la última voluntad del donante, en virtud de de considerar que el trabajo de tesis llena los requisitos exigidos por el Reglamento respectivo emito dictamen FAVORABLE, previa revisión y discusión en el examen público.

Con muestras de mi más alta estima, aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted, como su atento y seguro servidor.


DAVID SENTES LUNA
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. David Sentes Luna
Asesor de Tesis
Abogado y Notario
Colegiado No. 3860

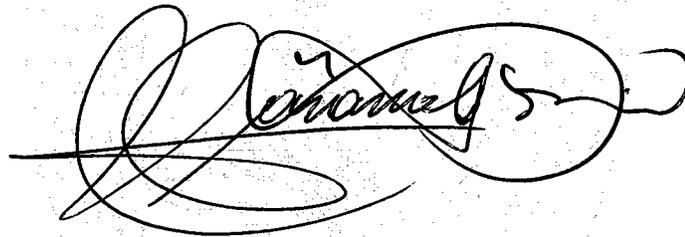


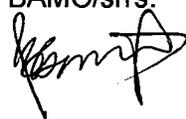
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

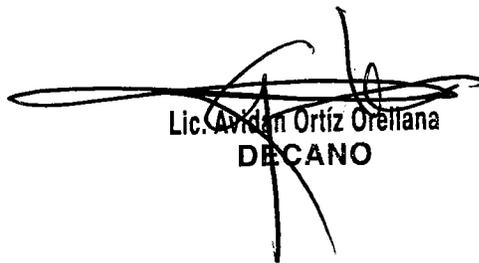


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 05 de junio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ARELY IRACEMA CALDERÓN GARCÍA, titulado LA FERTILIZACIÓN POST MORTEM Y LA IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.




BAMO/srrs.




Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme iluminado y guiado en el camino y haberme permitido alcanzar la meta trazada.
- A MI PADRE:** Alcides Waldemar Calderón Urizar, por el ejemplo de perseverancia y constancia que lo caracterizan, al enseñarme que en la vida para triunfar es necesario ser honesto y esforzarse. Hoy en gran parte gracias a ti papi, puedo ver alcanzada mi meta.
- A MI MADRE:** Rosa María García de Calderón por darme la vida, por sus consejos, valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien pero más que nada, por su amor y creer en mí, gracias por tu apoyo incondicional mami.
- A MI ESPOSO:** David Estuardo Castillo Beber, parte fundamental en mi vida, por el apoyo incondicional, tolerancia y comprensión que me ha brindado y por haberme motivado y haberme enseñado que la perseverancia y amor son parte fundamental para el logro de mis propósitos.
- A MI HIJO:** Cedrik André Castillo Calderón, fuente de amor e inspiración a mis esfuerzos, motivo y razón de mi



vida, con inmenso amor y como un ejemplo para mis ideales y mi esfuerzo sea la huella que oriente sus pasos.

A MIS HERMANOS:

Vanessa y Alcides Calderón García, por todo el apoyo brindado y que este éxito obtenido sea un reconocimiento a su ayuda y Amor.

A MIS CUÑADOS:

En especial a Dennis Silva por su apoyo y motivación incondicional y ejemplo recibido en esta importante etapa de mi vida la cual contribuyó a mi superación.

A MIS SOBRINOS:

En especial a mi Samy querida, con todo mi amor esperando que sirva de motivación e inspiración para culminar sus estudios.

A MIS SUEGROS:

María del Carmen y Ángel Gilberto, con especial cariño, gracias por su ayuda y apoyo incondicional.

A MIS AMIGOS:

Por su amistad y ayuda, en especial a Miriam Nimatuj, Leslie Lool, Raúl Acosta, Oscar Chacón, Blanqui de Acosta, Arnoldo España que contribuyeron a alcanzar la meta.

A:

La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y con eso brindarme la oportunidad de cumplir uno de los



sueños anhelados de mi proyecto de vida, superarme profesionalmente.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que con la ayuda de sus catedráticos quienes con su instrucción y colaboración, me permitieron adquirir los conocimientos necesarios para la culminación de mi carrera.



PRESENTACIÓN

Guatemala se identifica y caracteriza por ser un país de cambios, por lo que el tema de la fertilización ha sido en los últimos años tema de discusión.

La importancia del conocimiento que deben tener los profesionales del derecho sobre nuevas formas de concepción asistida, y sobre todo que esta materia no se ha regulado de forma adecuada. El problema de la fertilización post mortem se trata de una especial situación que se presenta cuando uno de los integrantes de la pareja fallece durante el proceso en que estas técnicas se realizan; la regla es la prohibición, pero se debe permitir que la pareja de la persona a la cual se le va a transferir el gameto, deje expresada su voluntad de que, en caso de fallecimiento, acepta que su material reproductor sea inseminado dentro de un plazo que debe ser al de su deceso. Esta manifestación, puede ser expresada en un documento o testamento, en el cual conlleva que preste el consentimiento al sometimiento de las técnicas. El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: abstención, prohibición o regulación.

El tiempo y el espacio en que fue realizada esta investigación, corresponde de enero 2010 a enero 2014 en la sociedad guatemalteca. Este aporte fue realizado de forma cualitativa, describiendo en dicho contenido las diferentes formas de fertilización, así como las características que poseen las mismas.

El objeto de estudio para dicha investigación fue conocer las diferentes formas de fertilización, y el sujeto del estudio fue el que pasa con el gameto de la persona que falleció.



HIPÓTESIS

El trabajo de investigación pretende fundamentar, en el ámbito de la realidad nacional tomando en consideración lo que sucede cuando las parejas deciden concebir de manera artificial, a través de la fertilización invitro y el análisis jurídico de cómo se encuentra la legislación nacional al respecto y lo que sucede en otras legislaciones.

Al haberse utilizado una hipótesis descriptiva, se ha comprobado que no existe una normativa que regule la fertilización post mortem cuando fallece el donante del gameto, por lo tanto se suscita el turismo reproductivo indebido.

De acuerdo a lo anterior, es evidente que esta problemática se enfocará también desde el punto de vista social, y el análisis del pensamiento filosófico de la sociedad guatemalteca al respecto, tomando como base, estudios, informes, estadísticas, etc.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Utilizando el método deductivo para comprobar la hipótesis, se analizó la deficiencia y la falta de información acerca de los diferentes tipos de fertilización que existen, así como la fertilización post mortem, dicha comprobación se logró con base en el estudio de diversas legislaciones.

Dicha situación, podría evitarse si se tuviera la información necesaria, capacitaciones a profesionales del derecho, así como profesionales de la medicina, la interpretación, la explicación, las disposiciones legales de una ley especial, describiendo las características y lineamientos aplicables a la medicina y al derecho civil y penal guatemalteco, evitando con esto la deficiencia que se tiene en dicha área; se lograría con ello, una aplicación de la justicia.



ÍNDICE

Pág.

Introduccióni

CAPÍTULO I

1. Las formas de reproducción humana artificial..... 1

 1.1 Breves Antecedentes 1

 1.1.1 Definiciones..... 4

 1.1.2 Características 5

 1.1.3 Contenido..... 7

 1.1.4 Principios de la inseminación artificial 11

CAPÍTULO II

2. Marco jurídico nacional e internacional, respecto a las nuevas formas
de reproducción humana asistida o artificial 15

 2.1 A nivel internacional 15

 2.2 A nivel nacional 17

CAPÍTULO III

3. La fertilización post mortem y la importancia que se regule dentro del
ordenamiento jurídico guatemalteco..... 29

 3.1 Los principios bioéticos o de bioderecho..... 29

3.2	Consecuencias de protección de la vida humana desde la concepción.....	36
3.3	La Fertilización post mortem	40
3.4	Circunstancias que rodean la fertilización post mortem especialmente de carácter jurídico.....	47
3.4.1	El fallecimiento del donante.....	47
3.4.2	Qué sucede con el o los gametos y quien dispone de estos.....	48
3.4.3	Como es considerado según las leyes al gameto	49
3.4.4	Que sucede respecto a la filiación si con el gameto se realiza el proceso de fecundación.....	50
3.4.5	La filiación por adopción y lo que sucede en el caso de parejas del mismo sexo	52
3.4.6	El denominado turismo reproductivo indebido.....	54
3.5	Análisis de legislación comparada	55
3.5.1	España	55
3.5.2	Argentina	58
3.5.3	República de México	62

CAPÍTULO IV

4.	Propuesta de solución a la problemática planteada.....	67
4.1	Las técnicas de reproducción humana asistida y la realidad nacional.....	67
4.2	Necesidad de regulación.....	73
CONCLUSIÓN DISCURIVA		83
BIBLIOGRAFÍA		85



INTRODUCCIÓN

Las técnicas post-mortem se pueden llevar a cabo después del fallecimiento del hombre del cual provienen los gametos con los cuales se ha creado un hijo. Se encuentra entre las técnicas más cuestionadas de la procreación médicamente asistida, porque se crea un niño programado de antemano huérfano de padre.

Se practica con semen congelado del cónyuge o compañero "prefallecido", quien entregó previamente sus células germinales a un banco de gametos, antes de un tratamiento terapéutico que le ocasiona la pérdida de la capacidad procreativa. Esto lógicamente provocaría rechazo cuando la mujer hace extraer el semen del cadáver de su cónyuge o compañero recientemente fallecido. Y finalmente, la transferencia de embriones post-mortem: el embrión concebido in vitro en vida de ambos progenitores, es transferido al útero materno después de la muerte de su padre.

Como se evidencia, en el desarrollo de este trabajo se analiza una parte propiamente jurídica y otra de carácter médico científico. Así también, en virtud de que estos aspectos no se encuentran regulados en el Código Civil, mucho menos sancionados penalmente cuando se hace uso y abuso de los métodos con fines lucrativos. Se tomó en consideración también la parte familiar, por cuanto lógicamente el producto que es un ser humano, de hecho no podrá contar de la compañía y protección del padre, pues este ya se encuentra fallecido, y del poder de decisión que tiene la persona receptora para la gestación, y los efectos jurídicos o los derechos que les asisten a los involucrados.



Es por ello, que se hace un breve análisis en el primer capítulo sobre las distintas formas de reproducción humana artificial, estableciendo de forma breve los antecedentes, definiciones, las modalidades o métodos que existen para la reproducción humana artificial, y en el capítulo siguiente, se establece o describe los aspectos jurídicos tanto a nivel nacional como internacional.

Se establecen también los efectos jurídicos de la fertilización post mortem, sus clases y la importancia de su regulación en el ordenamiento jurídico guatemalteco, tomando también en consideración para arribar a esta conclusión, lo que ha sucedido al respecto en la legislación comparada y la forma de resolver los conflictos que se generan del mismo derivado de la filiación y el parentesco y la decisión de última voluntad del donante y la disposición que se puede hacer de ello, además de las repercusiones que esta situación conlleva para la familia y en general para la misma sociedad.

Con base en lo anterior, la estructura de la presente tesis se desarrolla en una secuencia para mejor entendimiento, dividiéndose la misma en cuatro capítulos: En el primero, se realiza un análisis de las formas de reproducción humana artificial; en el segundo capítulo se desarrolla lo relacionado con el marco jurídico nacional e internacional, respecto a las nuevas formas de reproducción humana asistida o artificial; en el tercer capítulo, se describe el enfoque de la fertilización post-mortem y la importancia de que se regule dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco; y, el capítulo cuarto, contiene la propuesta de solución a la problemática planteada.

Se espera realizar un aporte a la sociedad, y que el presente trabajo de investigación sea de agrado y beneficio para los lectores.



CAPÍTULO I

1. Las formas de reproducción humana artificial

1.1 Breves antecedentes

Dentro de la historia del ser humano, se ha experimentado evoluciones que podrían haber sido inimaginables por parte de nuestros antepasados, este cambio y en general los avances científicos, han provocado un incalculable desarrollo de distintas tecnologías que han permitido el desarrollo de la sociedad tal y como sucede en el caso de la reproducción humana asistida.

Para explicar la historia acerca de lo que ha representado las formas de reproducción humana artificial, un hecho relevante lo significó la niña Louise Brown, conocido como la primer bebe probeta de la historia, quien nació en Inglaterra el veinticinco de julio de 1978. "Su concepción se había producido en un laboratorio nueve meses antes mediante la técnica de fecundación in vitro.

Los especialistas extrajeron un óvulo de su madre y lo unieron a un espermatozoide en una placa de laboratorio.

Dos días y medio después, el huevo se había dividido hasta formar una pequeña masa de ocho células microscópicas, por lo que fue implantado en el útero materno y se inició una gestación normal.

El nacimiento de la niña abrió una página totalmente nueva en el tratamiento de la esterilidad.

El éxito de la fecundación in vitro dio impulso a las actuales técnicas de reproducción asistida, que comprenden todos los tratamientos de la esterilidad en los que se manipulan óvulos y espermatozoides. Así, en 1984 nació en California Estados Unidos un niño concebido con un óvulo donado y en Australia, una mujer dio a luz un bebé procedente de un embrión congelado. En 1994 una italiana de 62 años tuvo un hijo gracias a un óvulo donado que fue fecundado con el espermatozoide de su esposo”.¹

De acuerdo a lo anterior, es evidente de que las normas que rigen el derecho de familia, que tienen aún un carácter tradicional a la fecha y necesitan ser modificadas como sucede en el caso de la legislación guatemalteca y precisamente derivado de esos avances tecnológicos y científicos en el tema de la reproducción humana asistida y los conflictos que pudieran generarse en todo caso no se regulara adecuada y técnicamente como se pretende proponer en el presente trabajo, especialmente en el tema de la fertilización post mortem. Pues si bien, el conflicto del origen de esta situación se genera en el matrimonio cuando la pareja por diversidad de circunstancias no puede concebir y busca los métodos o pretende encontrar opciones independientes a una adopción, se generan dentro de la práctica médico científico, tal anhelado deseo de concebir en el caso de la mujer, para fortalecer y en general, encontrarle sentido a la familia que han formado.

¹ Martínez Calcerrada, Luis. Ordenación jurídica de la inseminación artificial. legislaciones extranjeras. Pág. 44

La procreación artificial o asistida puede clasificarse de dos maneras; una de carácter homóloga cuando el semen proviene del marido; y heteróloga cuando es donado por una persona diferente a la del esposo, es decir, alguien ajeno a la pareja y por lo general es anónimo.

El concepto y proceso de surgimiento de la vida efectivamente ha sido conocido especialmente por los científicos y esto no es nada novedoso, lo que sí es nuevo, es el hecho de que puedan existir respuestas a las interrogantes que se hacían en los antepasados las parejas que no podían concebir hijos, y generalmente esto era una culpa exclusivamente de la mujer, el hecho de que existía las técnicas de fertilización que eran producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide, fuera de lo que tradicionalmente se conoce, se forma la vida, era inimaginable en el caso de nuestros antepasados.

Por lo anterior, se tiene conocimiento que las primeras consideraciones sobre infertilidad, como se dijo arriba, eran imputaciones hechas a la mujer y no se consideró al hombre. “Durante la segunda Guerra Mundial y más tarde durante la Guerra de Corea, la práctica de la inseminación artificial toma gran auge, sobre todo en Estados Unidos e Inglaterra. Refiere Cuello Calón, que en esta etapa los soldados comienzan a enviar semen para ser utilizado por sus esposas. Hecho que trajo como consecuencia un cambio en el fenómeno social, directamente en el derecho de familia. Los tratamientos de fecundación con semen congelado se dan en 1953 con un resultado de tres embarazos. Esto fue determinante pues una vez conocida la posibilidad para almacenar semen, se concibe la utilización del semen de donantes y en consecuencia

la creación de bancos para su conservación; hecho que marca la pauta para practicar plenamente y en forma clínica la inseminación artificial, lo cual ayudó a las parejas a procrear en el caso de la esterilidad del varón.²

1.1 Definiciones

La inseminación artificial es un procedimiento que como su nombre lo indica no es natural, que forma parte de técnicas de infertilidad precisamente para provocar la concepción y es utilizado en parejas clínicamente infértiles o estériles que no logran concebir.

Lema Añón, citado por el tratadista Javier Vega Gutiérrez señala que “la inseminación artificial consiste básicamente en el depósito de semen (fuera del marco de una relación sexual) realizada por parte de un especialista (médico ginecólogo) en los genitales internos de una mujer”.³ Con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización si se produce, ocurra en el lugar y la forma habitual.

Citando al mismo autor, señala que Maris, por su parte establece que la inseminación artificial consiste en la intervención médica para depositar el semen en la vagina, en el

² Zúñiga Centeno, Magda Estrella y Morales Bermúdez, Jesús. **Notas acerca de la diversidad de los esquemas familiares.** www.accessmylibrary.com.htm. (Consulta: 12/11/2013).

³ Vega Gutiérrez, Javier. **Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde las perspectivas del derecho civil español.** Pág. 33

cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero o matriz, pero no logra resultado alguno en los casos de esterilidad femenina debido a problemas insolubles en las trompas de falopio, de esterilidad masculina secundaria por reducción del número de espermatozoides, de esterilidades de origen inmunológica y finalmente, en los casos de esterilidades sin diagnóstico, supuesto este último que alcanza a una significativa cantidad de parejas.

También refiere que Gemelli, menciona que la fecundación artificial son procedimientos mediante los cuales se introduce el espermatozoides dentro de los órganos genitales de una mujer, sin recurrir a la relación sexual con el fin de favorecer o facilitar el encuentro de los espermatozoides con el óvulo, haciendo posible la fecundación de éste".⁴ (sic)

De acuerdo a las anteriores definiciones, es evidente que se trata de una técnica de carácter científico realizada por especialistas y que tiene como objetivo depositar semen en el tracto reproductor femenino, generalmente en el interior del útero y que de forma no natural se produzca la fecundación.

1.2 Características

Dentro de las principales características se encuentran las siguientes:

⁴ Vega Gutiérrez, Javier. **Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde las perspectivas del derecho civil español.** Pág. 35



- Las formas de reproducción humana artificial, conlleva el utilizar diferentes técnicas científicas de carácter médico, dependiendo de las circunstancias de cada caso, siendo las más seguras y más efectivas, se encuentran la inseminación artificial, la fertilización in Vitro o transferencia de embriones.
- La inseminación artificial consta de tres fases fundamentales, como la estimulación hormonal del ovario, preparación del semen e inseminación de la mujer; independientemente si se trata de hombre o mujer que solicitan la concepción.
- Se trata de una reproducción humana, empleando métodos artificiales o no naturales.
- Generalmente este tipo de procedimientos es solicitado por la pareja que en forma natural no puede concebir.
- Se generan a través de estos métodos una serie de circunstancias de carácter médico científico que tienen que resolverse por parte de los médicos en cuanto al empleo de los mismos.
- La infertilidad es la causa de que se produzcan técnicas de reproducción asistida, sin embargo, no es la única causa debido a que estas técnicas también pueden ser implantadas en mujeres que no tienen una pareja masculina. La infertilidad se define como la incapacidad de concebir luego de un año de relaciones sexuales sin protección. Los factores que inciden en la infertilidad son causados por el

hombre y en un porcentaje igual la mujer, para que en un bajo porcentaje por razón de problemas de ambos.

- Estas formas de concebir, son duramente criticadas por la iglesia, sin embargo, han venido a solucionar el problema que presentan parejas de esposos que desean concebir hijos como parte de la conformación de su familia.

1.3 Contenido

En forma concreta existen diversa formas de reproducción humana artificial, como el caso de la inseminación artificial, que todas tienen ramificaciones y el objetivo principal es la concepción, pero en la actualidad se ha llegado a pretender a través de estas técnicas lograr la reproducción a través de la clonación humana.

Por ello, la reproducción asistida puede ser llevada a cabo empleando diferentes técnicas y la más adecuada a emplear en cada caso, será señalada por el facultativo y de acuerdo a las circunstancias en que se encuentre la pareja que la solicita.

La inseminación artificial permite que la fecundación se realice de forma natural. Al introducir el espermatozoide en el útero, éste debe buscar su camino hacia el óvulo maduro e insertarse por su propia cuenta, tal como ocurría en un embarazo tradicional. La gran diferencia y ventaja de la inseminación artificial es que el recorrido del espermatozoide es más corto y menos riesgoso. Es la introducción médica del semen o esperma en la vagina de la mujer con la finalidad de conseguir una gestación; precisamente esta vía es a la que se le denomina inseminación artificial.



Se distinguen dos situaciones según el origen del semen que son:

a) **La inseminación artificial homóloga o conyugal:** que se refiere a que el semen procede de la pareja. Se lleva a cabo la inseminación de manera artificial cuando hay alguna dificultad para que se deposite el esperma en la vagina de la mujer de manera natural (el coito), por ejemplo debido a problemas de eyaculación precoz, vaginismo, impotencia o eyaculación retrógrada.

También puede recurrirse a esta técnica cuando la mujer presente malformaciones uterinas, un moco cervical demasiado espeso, disfunciones ovulatorias, etc., o simplemente cuando la causa de esterilidad en la pareja sea desconocida. Esto según los datos representa aproximadamente un treinta por ciento de todos los casos que se conocen de infertilidad.

b) **Inseminación artificial con donante:** que consiste en que el semen proviene de un donante anónimo. Se recurre a un banco de semen cuando el integrante masculino de la pareja presenta problemas de infertilidad como azoospermia, una enfermedad genética hereditaria o una enfermedad de transmisión sexual, cuando la paciente es una mujer sin parejas cuando ya ha fallado la técnica anterior, ya sea por fallo de fecundación o por mala calidad de los embriones (genética o morfológica).

También existe la técnica de fecundación in Vitro. Es utilizada para la mujer con producción normal de óvulos, quien a pesar de poseer un útero apto para gestar, no consigue lograr el embarazo debido a problemas en las trompas de falopio y, en

consecuencia, no se permite al óvulo fecundado llegar al útero. En este caso la fecundación deberá hacerse en un laboratorio y no directamente en el cuerpo de la mujer; es decir, la fusión del óvulo y el espermatozoide se realizarán en un laboratorio, en lugar de hacerlo en las trompas de falopio. María Casado, señala “que la Fecundación *in Vitro* clásica es un método relativamente sencillo que por lo general no plantea conflictos, y que se lleva mediante una inyección intracitoplasmática de espermatozoides”.⁵ Soto al respecto señala que “la fecundación *in Vitro* consiste básicamente en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice *intra corpore*”.⁶

Se describe dentro de estas técnicas también la extracción del ovocito femenino para fecundarlo fuera del organismo de la mujer con espermatozoides obtenidos previamente del hombre. En este caso, Dina Rodríguez López refiere que “tras la fecundación, el embrión es implantado en el cuerpo de la mujer, se trata de una vía que recibe el nombre de fecundación *in Vitro* (FIV). La FIV consta de seis fases: estimulación del ovario con hormonas. Extracción de ovocitos; en el caso de infertilidad femenina, se puede recurrir a la donación de ovocitos. Inseminación de los mismos, que puede producirse: de forma clásica, poniendo juntos los ovocitos y los espermatozoides previamente seleccionados y tratados. Mediante inyección intracitoplasmática de espermatozoides en el caso de que los gametos masculinos presenten problemas de movilidad. Cultivo *in Vitro* del embrión; durante el periodo de

⁵Casado, María, **Nuevos materiales de bioética y derecho**, Pág. 245

⁶Soto Lamadrid, Miguel Ángel. **Biogenética, filiación y delito**. “La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho”. Pág. 33

cultivo el embrión pasa por diferentes estados de desarrollo. Habitualmente los embriones permanecen en cultivo un total de tres días. En algunas ocasiones, es conveniente prolongar el cultivo de los embriones en el laboratorio hasta el estadio llamado de blastocito (6 días). Transferencia embrionaria; se puede realizar bien en el útero o en las trompas y tiene lugar por vía transcervical, sin anestesia.

Las tasas de embarazo con fiv e icsi están alrededor del 50%, siendo superiores al 60% en el caso de donación de ovocitos. Congelación y descongelación de embriones en su caso; una vez que se ha transferido el número de embriones adecuado para cada caso, los embriones viables sobrantes se someten a un proceso de congelación, lo que permite conservarlos durante un tiempo. De esta forma, estos embriones están disponibles en el momento en que sean requeridos por la pareja. Las tasas de éxito con transferencia de embriones congelados son similares al resto de los tratamientos, superando el 40%, sin aumento del riesgo de aborto o malformaciones. En la actualidad la reproducción asistida es una práctica muy común, aunque dependiendo de los centros, los resultados pueden cambiar”⁷.

En este caso, la autora citada señala los siguientes requisitos:

- Para la realización de un ciclo de reproducción asistida es necesario contactar con una clínica de reproducción especializada, puede ser tanto pública como privada, que tenga la correspondiente licencia para su actuación.

⁷ Rodríguez López, Dina. Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato. Pág. 44

- Las técnicas utilizadas deben estar aprobadas por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. A la hora de engendrar pre embriones actualmente no hay un límite establecido pero por sentido común no se puede sobrepasar el límite necesario para provocar el embarazo de la mujer. Ya que el fin único de la producción de pre embriones es para engendrar vida por medio de la reproducción asistida. Existe un límite para la transferencia de embriones al útero de la madre, que son 3 embriones por cada intento, razón por la cual es común que la mujer tenga embarazos múltiples.
- Debe existir una estricta confidencialidad sobre todas aquellas personas que se someten a estos métodos, tanto los progenitores como los futuros hijos, y sobre los donantes de óvulos o espermatozoides.
- La persona que dona tiene derecho al secreto, excepto en los casos de peligro de salud grave para el menor, en los que se podrá conocer la localización del donante siempre sin generar derechos de filiación.

1.4 Principios de la inseminación artificial

En la actualidad no existen legalmente principios rectores para la aplicación de los métodos de reproducción humana en especial los heterólogos. El equipo médico que practica una inseminación artificial heteróloga, así como las parejas que desean someterse a la aplicación de un método de reproducción humana, no deben llenar

ningún requisito previo, más que el deseo de someterse a dichos tratamientos, el contar con el dinero que se requiere para ello y lograr el objetivo que es tener un hijo, siendo esto una problemática para la misma sociedad, pues al no encontrarse regulado puede suscitarse circunstancias de abuso o arbitrariedades, inclusive malas prácticas reguladas o registradas por las autoridades de salud del país donde se realice, etc., que puedan provocar inclusive la muerte.

También ocurre problema al utilizar semen de un donante o sea un tercero ajeno a la pareja, del cual poco o nada se conoce, por ello, debiera hacerse obligatorio establecer para estas técnicas de inseminación artificial una serie de principios, no solo de carácter jurídico sino también ético para la aplicación y legalización de los métodos de reproducción humana dentro de los cuales se pueden enunciar los siguientes:

- a) Banco de datos: Debe crearse un banco de datos de donantes cuando se desee realizar métodos de reproducción humana heterólogos.
- b) Garantía y seguridad de éxito en la intervención. Se permitirá y se someterá a una mujer a la aplicación de un método de reproducción humana, únicamente cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la misma ó la posible descendencia.
- c) Información médica: Los profesionales de la medicina, deben ofrecer con carácter previo, información y asesoramiento a quienes deseen recurrir a ellas



para someterse a los métodos de reproducción y consecuencias sobre el riesgo de deformaciones físicas o taras.

- d) **Mayoría de edad y consentimiento:** No se practicará ningún método de reproducción humana, en personas menores de dieciocho años, aún cuando la pareja esté casada, sino únicamente en mujeres mayores de edad y que gocen de un buen estado de salud física y mental. Esto con el ánimo de proteger a la mujer, quien aún no ha cumplido la mayoría de edad y necesite ser orientada y representada por sus padres.

- e) **Métodos heterologos:** En la aplicación de métodos de reproducción humana en forma heteróloga, los donantes de semen, deben ser evaluados médicamente, evitando con ello riesgos no solo para la pareja, sino para el ser que se desea tenga vida.



CAPÍTULO II

2. Marco jurídico nacional e internacional respecto a las nuevas formas de reproducción humana asistida o artificial

2.1 A nivel Internacional

La Organización de las Naciones Unidas constituida en los años cuarenta, es un organismo internacional que goza de legitimidad, pues se encuentra representado por casi la totalidad de países del mundo.

Esta organización cuenta con la entidad denominada UNESCO que cuyas siglas en inglés significa United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization y tiene característica de especializado y en general, tiene como objetivo fundamental contribuir a la paz y seguridad del mundo mediante la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones.

La función que este organismo internacional ha tenido a raíz de su creación trascendental en el campo de la bioética con respecto a la condición de la humanidad y ha dado como resultado diversos documentos, entre ellos.

La declaración del Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997, que han servido de base para legislar en el ámbito internacional, el tema de la ingeniería genética y reproducción asistida.



En ella se comprende al material genético como un patrimonio de la humanidad y, en consecuencia, se establece la importancia de ser regulado y tratado de forma especial. Ante tal pronunciamiento, la conceptualización del material genético es el de un bien con funciones trascendentales para la vida, lo cual deriva en la obligación de ser valorado según se dispone en dicha apreciación y, en consecuencia, deberá estar fuera de toda especulación comercial.

De forma concreta, en el documento 32 C/59 de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de 2003, en su numeral 13, se señala que: ante el poderoso imperativo de conseguir órganos para salvar vidas y mejorar su calidad; por otro, la necesidad no menos importante de preservar la opción de las personas, su libertad individual y su dignidad humana, contra las cuales se atentaría si se considerase que los órganos del cuerpo humano son mercancías o instrumentos de negociación.

Asimismo, se impone garantizar una justa distribución de los órganos y tejidos basándose en criterios objetivos y transparentes y evitando cualquier discriminación.

Lo anterior nos da el marco legal para determinar que este tipo de órganos no han de ser considerados cosas susceptibles de ser comercializadas.

Por un lado, por la importancia humana genética sobre la cual trascienden; y por el otro, por el respeto a la dignidad humana, tanto de los donantes, como la de las personas beneficiadas por su utilización.



En octubre de 2005, se aprueba en la conferencia general de la UNESCO, por aclamación, la declaración universal sobre bioética y derechos humanos, con el compromiso internacional de los Estados miembros de respetar y aplicar los principios fundamentales de la bioética.

Con esto se abordan los problemas éticos planteados en la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas en sus vertientes relacionadas con el ser humano.

Dicha declaración fundamenta los principios en ella consagrados sobre las normas encargadas de regular el respeto a la dignidad de la persona, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Además, contribuye de forma tangible al conocimiento del texto en todo el mundo y a la comprensión de los principios en ella enunciados, de forma tal que todo ser humano en donde se encuentre, pueda beneficiarse de los progresos de la ciencia y la tecnología dentro del respeto de los derechos y las libertades fundamentales de la persona, con ello se garantiza la protección de los derechos de generaciones futuras.

2.2 A nivel nacional

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en el primer Artículo, que es obligación del Estado garantizar y proteger la vida humana desde su concepción. El Artículo 2 establece la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

El Artículo 46 establece la preeminencia del Derecho internacional cuando se trate de Derechos Humanos, es decir, que cualquier instrumento jurídico de carácter internacional que se refiera a los derechos humanos tiene preeminencia sobre el derecho interno.

También el Estado tiene la obligación de garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia. El Artículo 47 de la Carta Magna indica que promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable, y el derecho de las personas a decidir el número y esparcimiento de los hijos.

De igual manera, el Artículo 80 establece la promoción de la ciencia y la tecnología y establece que el Estado reconoce y promueve la ciencia y la tecnología como bases fundamentales del desarrollo nacional. La ley normará lo pertinente.

En el tema de la salud, el Estado la reconoce como derecho fundamental del ser humano y sin ningún tipo de discriminación. Además, le da la importancia debida al considerarla como un bien público.

El Código Civil, contenido en el Decreto Ley 106, se establecen aspectos fundamentales que se regulan y que tienen relación con las prácticas de inseminación artificial, entre ellas se encuentran las siguientes:

- El Artículo 1: establece que la personalidad civil del ser humano como tal, comienza con el nacimiento y termina con la muerte. Sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.

En este sentido, como se observa, tiene congruencia esta norma con el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, aunque podría estimarse o adoptarse el criterio de que desliga lo referente al hecho de que una persona haya fallecido y esta al momento de su fallecimiento ya no cuenta con personalidad civil, que es necesaria para realizar actos entre vivos, como sucede en el caso de la fertilización post mortem, circunstancia que se analizará más abajo.

- El Artículo 8 del Código Civil establece lo relativo a la capacidad para el ejercicio de los derechos de las personas. Además de la incapacidad, lo refiere en el caso de las personas vivas, sin embargo, se analizará lo que sucede en el caso de que una persona fallecida aplicado a tiempos presentes, podría cuestionarse su capacidad a partir del momento en que decide que se utilice su semen para después de su muerte y en qué condiciones, lo cual se analizará más adelante.
- De alguna manera parece favores lo que establece el Artículo 11 del mismo cuerpo legal analizando, cuando indica que después de la muerte de un individuo los actos realizados por él mismo, no podrán impugnarse por

Incapacidad sino cuando la interdicción ha sido pedida antes de su muerte, o cuando la prueba de incapacidad resulte del mismo acto que se impugna.

- El Artículo 78 se refiere al matrimonio e indica que es una institución social, por la que un hombre y una mujer se unen legalmente con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar, y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí. De acuerdo al Artículo 173 se favorece la unión de hecho, que rige algunas normas propias del matrimonio.
- El Artículo 190 con relación al parentesco, establece que la ley reconoce dos clases, por afinidad y por consanguinidad. El primero es el vínculo que une a un cónyuge con el otro, y sus respectivos parientes consanguíneos. En el caso del parentesco por consanguinidad es el que se genera de dos personas que descienden de un mismo progenitor.
- En el caso de la paternidad, el Artículo 199 indica que el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque este sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio al hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y, el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

También a todo esto se regula la prueba en contrario, que indica el Artículo 200 que contra la presunción del Artículo 199 del Código Civil, no se admite otra prueba que la

de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia.

- El Artículo 204 se refiere al momento de impugnación de la paternidad por parte del marido y se considera que esta acción puede ser realizada por él y por cualquiera interesado, especialmente de parte de éste, inclusive en el caso de que hubiere fallecido. La acción de los herederos como lo regula el Artículo 205 refiere a que se podrá impugnar la filiación si el hijo fuere póstumo o el presunto padre hubiere fallecido, antes de que transcurra el plazo señalado en el Artículo 204. Refiere además, que los herederos deberán iniciar la acción dentro de sesenta días contados desde que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia.
- El Artículo 211 refiere las formas de reconocimiento por parte del padre, y estas son: voluntario y no voluntario, y se refieren a que puede ser por la comparecencia del padre y anotado en la partida correspondiente, por acta especial ante el mismo registrador, por escritura pública, por testamento, y por confesión judicial. El Artículo 220 indica que el hijo que no fuere reconocido voluntariamente tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación, y este derecho nunca prescribe con respecto de él.

- El Artículo 224 se refiere a la acción de filiación después del fallecimiento de los padres, e indica que esta solo puede entablarse en vida del padre o la madre contra quien se dirija, salvo en los siguientes casos: a) cuando el hijo sea póstumo; b) cuando la persona contra quien se dirija la acción hubiere fallecido durante la menor edad del hijo; y c) en los casos mencionados del Artículo 221 del Código Civil.
- El Artículo 1,251 del Código Civil se refiere a los negocios jurídicos, y dentro de los aspectos que aquí se han abordado surgen contratos y obligaciones entre las partes intervinientes. El Artículo 1,319 respecto a la obligación indica que la obligación es la resultante de un acto o declaración de voluntad que consiste en hacer, dar, no hacer alguna cosa.

El Código Penal, establece delitos relacionados con este tema, como el caso de 224 A, 225A que se refieren a inseminación forzada o fraudulenta.

El Artículo 225 C se refiere a la experimentación y establece sanciones para quien aún con el consentimiento de la mujer realizare en ella experimentos destinados a provocar su embarazo y aclara: No se consideraran experimentos los diversos intentos para procurar provocar su embarazo que se realicen conforme a una técnica ya experimentada y aprobada.

También en el Congreso de la República de Guatemala, se encuentra la iniciativa 2976 que pretende regular aspectos relacionados con el tema que ocupa el presente trabajo, y dentro de estos se encuentran los siguientes:

- La Ley que se pretende crear es denominada Ley que prohíbe la clonación humana.
- Tiene como fundamento prohibir la clonación humana. Se indica que la clonación es una forma de reproducción asexual mediante la cual se crean individuos genéticamente idénticos. Se da en dos tipos: la natural, producida por el propio organismo (gemelos) y la artificial, derivada de la intervención técnica del hombre. Esta última puede ser de tres clases: la auto reproducción, clonar a un ser humano ya existente; la reproducción gemela, engendrar individuos idénticos a partir de un embrión, y la partenogénesis que es la estimulación para el desarrollo del óvulo por medios asistidos.
- La naturaleza jurídica de la clonación es la de ser un hecho jurídico voluntario o ilícito realizado a través de una manipulación genética y como tal, no representa un medio adecuado para superar la infertilidad, pues su fin es crear seres iguales carentes de una individualidad física. Esto implica la negación de su calificación jurídica como acto de libre disposición del cuerpo humano, que es la facultad de cada persona de hacer con su cuerpo lo que más conviene, pues carece de valor solidaridad y humanitario y porque es contrario al orden público.

- En cuanto al ámbito legal de la clonación, se describe la Convención Universal de los Derechos Humanos y la biomedicina, indica que se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto.

A efecto de este Artículo, la expresión de ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga nuclear genética.

- Se considera necesario incorporar la reforma al Código Penal que podría denominarse Delitos de Manipulación Genética ya que por el principio de no extensión de las normas penales por analogía, no es posible asignarles una sanción penal, a los excesos de la manipulación genética si no están expresamente tipificados en la ley.
- No es conveniente sancionar un solo tipo de manipulación genética. Deben considerarse las diversas conductas actos o prácticas biotecnológicas que pueden realizarse y que dañen al ser humano y a la humanidad.
- Si bien la clonación es la forma de experimentación negativa más perjudicial, pues atenta contra la integridad, identidad y libertad del ser humano no es la única, pues existen otras tantas prácticas genéticas que se vienen practicando como es el caso de la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, la alteración del genotipo mediante la manipulación de genes, los procesos de hibridación y quimerización, crío conservación y eliminación de embriones ex útero, selección de sexo, transgénesis con fines eugenésicos, así

como la producción de armas biológicas a través de la ingeniería genética. Estos serían los tipos penales a incorporarse en el Código Penal.

- No es técnico referirse a la clonación como único medio para crear seres humanos idénticos, y por ello sancionarlo penalmente, pues pueden surgir otros medios tecnológicos que originen seres con la misma identidad biogenética quedando sin finalidad real el tipo penal dictado.
- Si bien la prohibición de crear seres humanos idénticos mediante técnicas de manipulación genética nos parece absolutamente justificada, no debemos olvidar que la clonación posee un aspecto positivo al ser posible su uso con un fin preventivo, diagnóstico o terapéutico, así como también con fines industriales como es la fabricación de anticuerpos monoclonales hibridomas, células y tejidos humanos para transplantes, etc., es decir debemos ser cautos y comprender que lo ilícito e Inmoral en la actualidad puede ser incluso la salvación de la humanidad en un futuro.
- La prohibición debe estar orientada a la técnica de clonación general (clonación del hombre) y no a otras formas de clonación parcial, pues limitaría las investigaciones en la lucha contra las enfermedades.

- El Artículo 1 de dicha iniciativa indica: Se prohíbe la clonación reproductiva de Seres Humanos Idénticos por ser ética y moralmente ofensiva y por violar la dignidad, integridad y naturaleza única del ser humano.
- El Artículo 2 refiere: El profesional de la salud que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con el fin de crear seres humanos idénticos será sancionado con pena privativa de libertad con un tiempo no menor de diez ni mayor de veinte años de prisión con sanción económica de un millón de quetzales.
- El Artículo 3 refiere que quien artificialmente produzca que se genere un embrión humano con información genética idéntica a la de otro embrión o feto obtenido en el territorio nacional de Guatemala, se sancionará con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y con sanción económica de un millón de quetzales.
- El Artículo 4 indica que se autoriza los procedimientos técnicos y científicos de clonación terapéutica no reproductiva, basada en la aplicación de técnicas simples de cultivos celulares y la posibilidad de establecer cultivos celulares a partir de células troncales que están presentes en los tejidos y órganos adultos.
- El Artículo 5 se refiere a la autorización de utilización de embriones congelados que se encuentran almacenados legal y debidamente autorizados en los centros



de fertilización in vitro para producir células madre de las cuales realizaran clonaciones con fines terapéuticos.

- El Artículo 6 se refiere a que se deberá elaborar un reglamento, y el siete, se indica la fecha en que entrara en vigencia, que es a partir del día de su publicación en el diario oficial.



CAPÍTULO III

3. La fertilización post mortem y la importancia que se regule dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

3.1 Los principios bioéticos o de bioderecho

La ciencia médica ha avanzado considerablemente y derivado de ello, surge lo que se ha denominado la bioética. “La Bioética es una disciplina de apenas veinte años de existencia y, por tal motivo, desconocida aún por muchos profesionales de las ciencias de la salud, a pesar de que los mayores avances en el estudio, reflexión y debate acerca de los enfoques bioéticos se han realizado en el campo de las ciencias médicas”.⁸

No cabe duda que esta ciencia ha revolucionado el mundo a través de la divulgación de una serie de documentos por la vía del Internet que permite que la población mundial en general se entere de esos avances, y considere circunstancias que hasta hace poco eran inimaginables, empezando por ejemplo, con lo que sucede con la clonación de animales, y las opciones que tienen las parejas para concebir a pesar de que uno o ambos son infértiles.

La palabra bioética como se denomina y se observa se compone de dos bio y ética, que se refiere a la biología y a la ética para entrelazar todos los aspectos que tienen

⁸ Blázquez, Niceto. *Bioética la nueva ciencia de la vida* biblioteca de autores cristianos. Pág. 289

relación con las ciencias de la salud. A pesar de que pudiera pensarse que el nombre no es adecuado, la población mundial comprende a que se refiere cuando se denomina bioética.

Se discuten aún, nuevos principios de esta ciencia y por ello, se han manejado varios que están no solo por ampliarse, sino por crearse otros que tienen relación con la Bioética por ejemplo, los principios tradicionales de la ética médica que son lealtad con el ser humano, procurar mejorar la ciencia a favor de la humanidad, el respeto de los derechos humanos de los pacientes, etc. En el caso de la Bioética esta añade dos nuevos principios que son la autonomía (del paciente) y la justicia (que debe ejercer la sociedad a través de sus instituciones de salud).

El principio de la beneficencia significa hacer el bien en todas y cada una de las acciones que se realizan, pues dañar no puede estar presente, de manera consciente, ni en la idea de un profesional de la salud.

Se ha dicho que “la sociedad actual se caracteriza por un énfasis, a veces exagerado, en la tecnología, y ello lleva imperceptiblemente a la deshumanización. Es por ello que se hace más necesaria que nunca la formación humanista de los profesionales de la salud”.⁹ (sic)

También algunos escritores se han referido al principio denominado de no maleficencia, que es sinónimo del no dañar a terceros y también este principio forma

⁹Ibid. pág. 152

parte de los que integran la ética médica tradicional, y se considera como el otro elemento del par dialéctico beneficencia no maleficencia.

Lo anterior quiere decir, que es reconocida la obligatoriedad de hacer el bien y no hacer el mal. Respecto a estos conceptos Carol Arriaga "se refiere que a lo largo de la historia de la humanidad, en correspondencia con la práctica social, determinados grupos de hombres han elaborado sus propias teorías filosóficas y en ellas han expuesto sus aspiraciones, como expresión consciente y anticipada de sus necesidades históricas".¹⁰

Estas aspiraciones se desarrollan en el sistema de valores morales que, a su vez, se forman a través de la idealización del significado histórico que la realidad tiene para el hombre.

Como todo fenómeno social, los valores poseen un carácter histórico concreto, de manera que cambian con el propio desarrollo de la sociedad. Por eso, como criterio universal para la determinación de los valores actúa el progreso social: lo que lo favorece, constituye un valor; lo que lo dificulta u obstaculiza, constituye un antivalor.

Se ha señalado el principio de la autonomía, como los que recientemente se han incorporado a la bioética, se define como "la aceptación del otro como agente moral responsable y libre para tomar decisiones. La expresión más diáfana del pleno

¹⁰. www.rchivos.diputados.gob.mx/thlm. **Derechos en torno a la reproducción asistida.** (Consulta: 23/11/2013)

ejercicio de la autonomía, por parte de los pacientes, es el consentimiento informado, el cual consta de dos elementos fundamentales: la información y el consentimiento”.¹¹

El derecho a la información de acuerdo a este principio, entonces corresponde al profesional de salud y debe incluir dos aspectos importantes:

- Descubrimiento de la información, que estará dosificada en correspondencia con lo que el paciente quiere realmente saber, cómo y cuándo lo quiere saber.
- La información comprensible, es decir, tomar en cuenta la necesidad de utilizar un lenguaje claro y preciso.

Lo anterior ha hecho incluir dentro de los derechos de los pacientes, lo que se ha denominado como consentimiento informado que protege, en primer lugar, a pacientes y sujetos de experimentación, previendo riesgos y daños posibles; pero también protege y beneficia a todos en la sociedad, incluyendo profesionales de la salud e instituciones.

Por último, se encuentra el principio de la justicia que se refiere generalmente a lo que los filósofos denominan justicia distributiva, es decir, la distribución equitativa de bienes escasos en una comunidad. Justicia, significa a fin de cuentas, dar a cada quien lo suyo, lo merecido, lo propio, lo necesario, y este enunciado está evidentemente vinculado en primera instancia, al proyecto social del modelo económico que impere en la sociedad que se analiza. “En Estados Unidos de Norteamérica, primera potencia industrial y económica del mundo, la justicia

¹¹ Arriaga, Carol. **Derechos en torno a la reproducción asistida.** www.archivos.diputados.gob.mx/thlm. Pág. 35 (Consulta: 23/11/2013)

distributiva no marcha pareja con el crecimiento económico. Los costos de seguro de enfermedad de una persona pueden llegar fácilmente a los \$400 mensuales, mientras que los de una familia afiliada a un plan de seguro privado pueden alcanzar y superar los 12 000 dólares anuales. En Cuba, país subdesarrollado y bloqueado económicamente, el proyecto social correspondiente al sistema socioeconómico socialista estableció como premisa la distribución equitativa de las riquezas para emprender el crecimiento económico. Desde el triunfo de la revolución social en el país, la salud fue reconocida como un derecho de todos los ciudadanos y un deber estatal, aplicando a toda la población los beneficios gratuitos de la atención médica, tanto en el nivel primario, como secundario y terciario".¹²

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, se trata de un término abstracto y que en nada evade la responsabilidad individual de los profesionales de la salud en la aplicación del mismo. La justicia significa también no derrochar escasos recursos en un paciente, a sabiendas que esos recursos no variarán el curso de la evolución de su estadio terminal, dejando por ello desprotegidos a otros pacientes necesitados y con posibilidades de recuperación. Resulta a todas luces injusto el procedimiento de prolongar la agonía de un enfermo en estado terminal por una parte y acortar una vida útil y recuperable, por otra.

Como sucede en el caso de la justicia en el ámbito legal, la justicia en salud significa dar a cada quien lo necesario, en el momento preciso, con independencia de su status social y sin reparar en los costos; por ello, en el mundo contemporáneo, la salud ha dejado de ser una cuestión privada para convertirse en un problema público.

¹² **Ibid.** Pág. 55

Ahora bien, el tratadista y bioeticista Beauchamp y Childress, definieron “cuatro principios de la bioética distinguiéndolos de la autonomía, no maleficencia, beneficencia justicia”.¹³

Se han referido a estos aspectos:

- **Principio de autonomía:** La autonomía expresa la capacidad para darse normas a uno mismo sin influencia de presiones externas o internas. El principio de autonomía tiene un carácter imperativo y debe respetarse como norma, excepto cuando se dan situaciones en que la personas pueden ser no autónomas, o presenten una autonomía disminuida) personas en estado vegetativo o con daño cerebral, etc.), en cuyo caso será necesario justificar por qué no existe autonomía o por que esta se encuentra disminulda. En el ámbito medicó, el consentimiento informado es la máxima expresión de este principio de autonomía, constituyendo un derecho del paciente y un deber del médico, pues las preferencias y los valores del enfermo son primordiales desde el punto de vista ético y suponen que el objetivo del médico, es respetar esta autonomía porque se trata de la salud del paciente.
- **Principio de beneficencia:** Es la obligación de actuar en beneficio de otros, promoviendo sus legítimos intereses y suprimiendo prejuicios. En medicina, promueve el mejor interés del paciente, pero sin tener en cuenta la opinión de

¹³ www.slideshare.net/principios-fundamentales-de-la-etica.com.html. **Principios fundamentales de la ética.** (Consulta: 25/11/2013)

este. Supone que el médico posee una formación y conocimientos de los que el paciente carece, por lo que aquel sabe (y por tanto, decide) lo más conveniente para éste. Es decir, todo para el paciente pero sin contar con él. Un primer obstáculo al analizar este principio es que desestima la opinión del paciente, primer involucrado y afecto por la situación, prescindiendo de su opinión debido a su falta de conocimientos médicos. Sin embargo, las preferencias individuales de médicos y pacientes pueden discrepar respecto a qué es perjuicio y qué es beneficio. Por ello, es difícil defender la primacía de este principio, pues si se toman decisiones médicas, desde éste, se dejan de lado otros principios válidos como la autonomía o la justicia.

- Principio de no maleficencia: Significa abstenerse intencionadamente de realizar acciones que puedan causar daño o perjudicar a otros. Es un imperativo ético válido para todos, no solo en el ámbito biomédico, sino en todos los sectores de la vida humana.

En medicina, sin embargo, este principio debe encontrar una interpretación adecuada pues a veces las actuaciones médicas dañan para obtener un bien. Entonces, de lo que se trata es de no perjudicar innecesariamente a otros. El análisis de este principio va de la mano con el de beneficencia, para que prevalezca el beneficio sobre el perjuicio. Las implicaciones médicas del principio de no maleficencia son varias tener una formación teórica y práctica rigurosa y actualizada permanentemente para dedicarse al ejercicio profesional, investigar sobre tratamientos, procedimientos o terapias nuevas, para mejorar los ya existentes con el objeto de que sean menos



doloroso y lesivos para los pacientes, avanzar en el tratamiento del dolor, evitar la medicina defensiva y, con ello, la multiplicación de procedimientos y tratamientos innecesarios.

- **Principio de Justicia:** Es tratar a cada uno como corresponde, con la finalidad de disminuir las situaciones de desigualdad ideológica, social, cultural, económica, etc., en nuestra sociedad, aunque en el ámbito sanitario la igualdad entre todos los hombres es solo una aspiración, se pretende que todos sean menos desiguales, por lo que se impone la obligación de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales para disminuir las situaciones de desigualdad.

El principio de justicia puede desdoblarse en dos: un principio formal para tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; y un principio material determinar las características relevantes para la distribución de los recursos sanitarios, necesidades personales, mérito, capacidad económica, esfuerzo personal, etc.

Para excluir cualquier tipo de arbitrariedad, es necesario determinar qué igualdades o desigualdades se van a tener en cuenta para determinar el tratamiento que se va a dar a cada uno.

3.2 Consecuencias de protección de la vida humana desde la concepción

Necesariamente se tiene que abordar el tema de las consecuencias en la utilización de los métodos artificiales es decir, no naturales para la reproducción humana, partiendo



de lo que las sociedades conceptualizan respecto a que debe comprenderse por humano, vida humana, a partir de qué momento se considera a un ser humano y en ese sentido, se analiza y fundamenta la exigencia jurídica de la protección de la vida humana desde el momento de la concepción, por ser éste el momento en que inicia el ciclo vital y, por ende, desde cuando el ser humano es titular de sus derechos fundamentales, como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, y el Código Civil.

Para este análisis se ha tomado en consideración lo escrito por el Licenciado Cesar Oswaldo Díaz Castillo, en la publicación de su tesis de graduación intitulada Los derechos del no nacido en la legislación guatemalteca, cuando se refiere a los siguientes aspectos:

- a. Existen corrientes doctrinarias que tratan de explicar el origen de la vida humana, las que son bastante complejas y contradictorias, pues unos sostienen que la vida es creada por Dios, otros que es parte de un proceso biológico y de la naturaleza y existencia misma, y que la reproducción humana basta con que haya unión de las células masculinas con las femeninas.
- b. En la mayoría de las legislaciones del mundo se regula el concepto de la vida como el tiempo que transcurre desde el nacimiento hasta la muerte.
- c. Prevalecen en estos conceptos las doctrinas humanistas y es el caso del desarrollo del tema La identidad y el estatuto de persona del embrión humano,

que constituye un documento que se presentó en la tercera Asamblea Plenaria de la Pontificia Académica para la Vida en la Ciudad del Vaticano en Roma del cuatro al diecisiete de febrero del año mil novecientos noventa y siete, y desde el punto de vista biológico, la formación y desarrollo del embrión humano aparecen como un proceso continuo, coordinado y gradual desde el momento de la fertilización. Desde el punto de vista jurídico, la importancia en torno a la protección del embrión humano es por el reconocimiento de los derechos humanos, fundamentalmente por considerar la existencia de un nuevo ser humano y por el principio de igualdad se debe respetar el derecho a la vida y a la integridad física desde el primer instante de su existencia.

- d. El autor ya descrito, cita al Doctor Fermín Marchante, en su libro Derecho a la Vida, y sostiene que “En Inglaterra pagan mujeres para que tengan contactos fecundantes y dejen llegar al feto a una cierta edad: de doce a veintiuna semanas, entonces, hacen el aborto. Toman el feto vivo, lo decapitan aún vivo y utilizan la cabeza para estudiar el metabolismo lucido en las células cerebrales”.¹⁴
- e. Durante mucho tiempo se ha sostenido que la existencia natural de la persona comienza con la concepción, momento en el cual se da la unión del óvulo con el espermatozoide, iniciando la vida de un nuevo ser cuya existencia natural termina con la muerte, lo cual marca el inicio y fin de la existencia legal.

¹⁴ Marchante, Fermín. **El derecho a nacer**. Pág. 21

- f. La Legislación guatemalteca regula la garantía de los derechos del no nacido y establece en el Artículo 3 de la Constitución Política de la República que “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”. En este contexto se considera que durante el tiempo de la gestación el nuevo ser es un ente susceptible de ser titular de derechos, se dice que la época de embarazo es donde se considera que hay presencia de vida y es donde el nuevo ser humano ya posee toda la formación genética que determina sus características físicas, es decir, el color del pelo, el sexo, la estructura ósea; desde aquí se tiene una existencia de persona, un ser vivo que sólo necesita alimentación adecuada para su desarrollo.
- g. El Código Civil en el Artículo 1 regula que la personalidad comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece siempre que nazca en condiciones de viabilidad.
- h. Se refiere a que existe violación al derecho a la vida con las técnicas de reproducción asistida, cuando indica que si bien es cierto que la evolución de la ciencia en los últimos tiempos ha traído avances con las técnicas de reproducción asistida, beneficiando a las parejas con problemas de fertilidad, está comprobado que en dichas técnicas existen violaciones del derecho a la vida, no para el óvulo fecundado que se logra implantar en el útero materno, sino para los demás óvulos fecundados que han sido utilizados como ensayo

pero que no se han logrado implantar en el útero destruyendo así una vida humana.

- i. Se refiere al aborto como un mecanismo de interrupción del embarazo y muerte del feto que ya es considerado como una vida y por lo tanto, existe una violación a los derechos del no nacido.

3.3 La fertilización post mortem

Antes de abordar en forma concreta la fertilización post mortem, conviene hacer una reflexión acerca del origen de esta institución. Por principio general, tiene que suscitarse la filiación y esta con respecto de un hijo con su madre que generalmente no presenta mayor controversia y se tendrá como cierta en todo momento, pues ésta se determina por el parto o alumbramiento.

En cambio, el principio de la paternidad se basa en una situación de voluntad declarada o reconocimiento, responsabilidad, fidelidad, confianza o del hecho de cohabitar con la pareja dentro del lapso de la concepción hasta el nacimiento dentro de los trescientos días siguientes a la disolución matrimonial en caso de haber un divorcio, nulidad o muerte del marido.

En éste último caso, también tiene sus variantes, como la fertilización post mortem, que se analizará más adelante. De acuerdo a lo anterior, es evidente que la filiación respecto a la maternidad siempre será cierta, a diferencia de la paternidad.

A raíz de las técnicas de reproducción humana asistida, estos conceptos tradicionales han sufrido variaciones considerables, específicamente surgen controversias a partir de que un hijo se concibe mediante la reproducción asistida, en donde intervienen una serie de variantes por la utilización del material genético necesario para la fecundación, lo cual se traduce en una problemática en cuanto a la madre y el padre desde el punto de vista genético y jurídico.

El tratadista García Mendieta señala: “que la tecnología biomédica ha venido aplicando ciertas manipulaciones para intervenir y desviar el proceso natural de la procreación, como la inseminación y fecundación artificial in vivo o in Vitro a la implantación de embriones vivos, a la llamada maternidad sustituta y subrogada y a lo que se ha dado en llamar también adopción prenatal, procedimientos todos ellos reprobables desde el punto de vista moral y jurídico y también desde el punto de vista social, porque con ello se oculta la verdadera filiación consanguínea de un ser humano (paterna o materna o ambas a la vez) y con ello se perturba la base biológica de la familia consanguínea”.¹⁵

El autor citado se ha referido a las circunstancias en que se suscitan los conceptos tradicionales de filiación a partir del empleo de las técnicas de reproducción asistida derivadas de las diversas combinaciones en razón de las personas involucradas en el acto, e indica lo siguiente:

- La filiación que se debe generar de la maternidad subrogada, pues el hijo concebido no lleva la sangre de la madre que figura como madre legal y no biológica, los derechos de la madre biológica y los derechos del niño de

¹⁵ García Mendieta. **Técnicas de reproducción humana**. Pág. 23

acercarse a su madre biológica, aunque esta no lo requiera, en base a una necesidad natural.

- El hecho de la filiación, cuando la madre que concibe no sabe quién es el padre, puesto que se mantiene en anonimato, y los derechos del niño con respecto a saber quiénes son sus verdaderos padres y la filiación que existe entre estos.
- Las prácticas de la fecundación artificial y de la fecundación in Vitro han permitido la transferencia de embriones a una mujer después de la muerte de su marido o su pareja; es decir, es la inseminación o la implantación de un embrión previamente congelado después de la muerte de su padre biológico.
- Esta práctica generalmente sucede cuando el hombre sospecha o prevé alguna enfermedad que en un futuro pueda dejarlo estéril y por eso recurre a un banco de semen para depositarlo y usarlo posteriormente.
- En este aspecto, el problema real se verifica si el hombre muere y su mujer desea utilizar su semen para poder procrear.

a) Definición de fecundación post mortem

Gómez de la Torre, citado por María de la Fuente entiende por fecundación post mortem “los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o

varón de la pareja fallecido y de implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido. Señala también: “sin embargo, considera cinco supuestos en que se puede dar la fecundación post mortem:

- Inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya difunto.
- Fecundación in vitro con óvulos de la mujer fallecida (llevada a cabo antes de su muerte)
- Implantación de un embrión (concebido en vida de sus padres genéticos y crió conservado posteriormente) en el útero de la madre después de la muerte del marido o conviviente varón.
- Implantación de un embrión crió conservado (concebido con gametos de la mujer difunta) en el seno de una tercera mujer, después de la muerte de la madre genética, por disposición del marido o conviviente supérstite.
- Embrión crió conservado, no destinado a la donación, cuyos padres genéticos mueren, siendo transferidos o implantados a otra mujer”.¹⁶

La importancia de la fecundación post mortem radica en que el material genético necesario para llevarla a cabo proviene de una persona plenamente identificada, por lo general del miembro de la pareja quien desea la inseminación, lo cual genera una relación jurídica con el hijo engendrado, si bien no hay quien asuma la paternidad.

¹⁶ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. **La fecundación in vitro y la filiación, jurídica de Chile.** Pág. 165

b) Elementos de la fecundación post mortem, estos son:

- Procreación a través de una fecundación artificial o in vitro.
- La voluntad del padre para que en el momento de su fallecimiento se realice la acción, y en consecuencia, se cree un vínculo también jurídico.
- El fallecimiento de la pareja antes de la fecundación.
- La voluntad de la mujer para concebir un hijo en esas condiciones.
- Es un tema poco abordado en las legislaciones del mundo y que en un alto porcentaje de países existe prohibición de estas prácticas.

c) la fertilización post mortem y la filiación

Pareciera que no existe dificultad respecto al congelamiento del semen del marido que por diversas circunstancias lo solicita así y que a posterioridad después de su muerte decide quizás en un testamento o contrato, que sea fecundado en la mujer para concebir un hijo después de su muerte.

Se trata entonces, de un deseo del cónyuge que efectivamente tiene repercusiones no solo en la mujer sino que en el hijo que se procreará pues lo hará únicamente la mujer y el hijo no podrá ser creado por su padre y el hecho de saber que fue deseo de su padre que se creara a posteriori de su muerte, podría causarle un impacto grave que afecte su personalidad en el transcurso de su crecimiento.

Entonces, en términos médicos, podría decirse que no existe dificultad pues se trata de una pareja que decide hacerlo, sin embargo, pueden surgir una serie de circunstancias que lo hacen complejo.

A pesar de lo anterior, es evidente que el consentimiento expresado por el medio idóneo para permitir la fecundación después de la muerte del cónyuge es el elemento principal para determinar la filiación del niño nacido por esta técnica.

En otras palabras, si el cónyuge o compañero no ha expresado su voluntad para llevar a cabo este acto, el niño nato no tendrá ninguna relación jurídica con su padre genético y se tomará la figura de una fecundación por donante. Si el feto se encuentra en el útero de su madre al momento la muerte de su padre, se toma la filiación natural de un hijo póstumo.

Como se ha estado mencionando, en este caso, caben dos posibilidades de fecundación post mortem: una es cuando la pareja viva en matrimonio y por lo tanto la filiación del niño será la otorgada por la matrimonial.

La otra se da en el supuesto de la fecundación hecha con la compañera del otorgante, lo cual genera, en consecuencia, una filiación no matrimonial.

Esto conlleva a considerar a un hijo genéticamente conyugal (pero jurídicamente extramatrimonial) si su nacimiento tuviera lugar después de los 300 días posteriores a

la muerte del padre. Éste es el plazo señalado en el Código Civil para considerarlo hijo de los cónyuges.

Además, los hijos no concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia podrían ser considerados incapaces de adquirirla por testamento, por lo tanto, los hijos póstumos concebidos bajo este esquema quedarían excluidos.

Por ende, la filiación del hijo concebido por una fecundación en condiciones normales le da derecho a llevar el apellido de su padre, a recibir alimentos y a suceder o heredar; sin embargo, otras circunstancias que se han abordado en este análisis no se han evaluado y no se encuentran reguladas actualmente.

La fecundación post mortem plantea cuestiones de incertidumbre y dependencia, para los derechos adquiridos en la sucesión por los restantes herederos, pero tal situación es frecuente en el derecho, por ejemplo, en la declaración de fallecimiento; por lo que la solución debiera consistir en fijar un plazo de validez para realizar este tipo de fecundación, de manera que reduzca la situación de incertidumbre de los demás herederos.

Es imprescindible, por lo tanto, proceder a una adecuación de las normas sucesorias del Código Civil, de modo que queden recogidas las variantes determinadas por esta nueva forma de procreación que afectaría sustancialmente a las reglas de la legítima filiación y de la sucesión forzosa. Los derechos del niño nacido en estas circunstancias

y de la mujer que lo concibe, la determinación de la filiación de acuerdo a las normas del Código Civil y el surgimiento de otra filiación, como la civil.

3.4 Circunstancias que rodean la fertilización post mortem especialmente de carácter jurídico

3.4.1 El fallecimiento del donante

En la vida de los seres humanos se suscitan circunstancias muy complejas que entre algunos se tornan mucho más difíciles que para otros.

Esto puede explicarse desde el punto de vista médico, en cuanto a las enfermedades terminales, por ejemplo: que todas las personas desean vivir el tiempo que quisieran y por diversas circunstancias no sucede así, teniendo la oportunidad de acercarse lentamente a la muerte y en ese lapso tener la oportunidad de decidir aspectos relacionados con sus herederos dentro de sus familias.

A raíz de las técnicas de reproducción asistida artificial, surgen circunstancias que se pueden contemplar y que pueden darse derivado también a la tecnología y a la denominada bioética o biogenética, como el caso de la conservación de gametos o de semen por el tiempo que sea necesario y después sin ningún problema utilizarlo para la fecundación y es aquí en donde surge el tema objeto de la presente investigación.

Es beneficioso el hecho de que una persona tenga la oportunidad de tomar decisiones como esta y prepararse para su muerte, y no como sucede en muchas personas que mueren sin que tengan tiempo de ello.

Para estas personas, también existen beneficios que pueden generarse de las técnicas de reproducción asistida, pero las mismas tienen repercusiones especialmente para la madre y el hijo concebido en estas circunstancias, pues si bien, la madre deseaba tener un bebe por ejemplo, y que este sea de su esposo, también resulta el hecho de que lo va a crear sola, con todas las implicaciones de carácter social y económico, cultural, religioso que ello implica.

Por otro lado, con respecto al menor, se le está privando automáticamente de no crecer junto a su padre y de la afectación psicológica que le pueda provocar el hecho de que su padre, haya decidido tal situación.

3.4.2 Qué sucede con el o los gametos y quien dispone de estos

Este es un aspecto que para efectos de la legislación guatemalteca no se encuentra regulado y parece que a nivel de los demás países del mundo, no ha habido un acuerdo sobre el aspecto negativo y falta de ética en cuanto a la disposición de los gametos que se han congelado y utilizado posteriormente y aún más lo que se han utilizado y dado muerte.

Al hacer una revisión general de varias leyes, como las que se presentan más adelante en este trabajo, es evidente que los legisladores no han querido afrontar la problemática de los gametos no utilizados y los mal usados provocando la muerte de los mismos en forma inhumana, y como son considerados por los médicos, que generalmente constituyen como lo dicen varias normas material genético.

Aparte de lo anterior, es evidente de que la disposición de los mismos, queda en manos de los facultativos que realizan los procedimientos y que mediante una autorización y consentimiento informado del donante se dispone de los mismos, sin que para ello, como sucede en muchos casos, como en el caso de Guatemala, intervengan las autoridades de salud.

3.4.3 Como es considerado según las leyes el gameto

Generalmente y como se dijo arriba, los gametos son considerados material genético, pues constituyen una parte que forma parte integral de otra que juntamente y mediante un procedimiento médico biológico, se produce la vida, y el producto de ello, precisamente es lo que se protege y esto lo regula como se dijo arriba, no solo la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Civil, sino que se encuentra establecido en los distintos instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos.

3.4.4 Qué sucede respecto a la filiación si con el gameto se realiza el proceso de fecundación

Como se dijo antes con respecto a la filiación, esta se entiende como la relación que de hecho y por cuestión natural existe entre el padre o la madre y su hijo se conoce jurídicamente como filiación¹⁷.

El concepto implica tomar nombres específicos como paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón a la persona que se refiera en un momento determinado de esta relación.

Así, se llama maternidad la relación de la madre con respecto a su hija o hijo; paternidad, la relación del padre con su hija o hijo, y estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija con respecto a su madre o a su padre.

La filiación encuentra su base en el fenómeno biológico de la reproducción, por lo mismo, constituye un vínculo inseparable al hombre.

En principio se puede hablar de la filiación como un vínculo biológico entre los progenitores, algo que se desvirtúa si consideramos la dinámica social en la cual se ha visto inmersa por el uso de las técnicas de reproducción asistida, que se suscitan diversas formas de filiación especialmente de naturaleza civil.

¹⁷ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico*. Pág. 1699

Entonces, los conceptos tradicionales de filiación consanguínea de acuerdo a grados y la generada por afinidad en grados, también sufren cambios o transformaciones sociales a partir de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida.

De la realización de estas técnicas, se desprenden un complejo de deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación; el padre y la madre en un extremo de ella y el hijo en el otro extremo.

El Código Civil regula actualmente la filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio con sus correspondientes condiciones, la de la legitimación de los hijos y la del reconocimiento de hijos.

Al respecto, Rojina Villegas entiende que “en el derecho, la filiación tiene dos connotaciones: Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea de los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, los nietos, los bisnietos, tataranietos, etc. además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo”.¹⁸

¹⁸ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil**, ti. Pág. 451

Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico.

Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.

3.4.5 La filiación por adopción y lo que sucede en el caso de parejas del mismo sexo

La legislación regula la filiación civil derivada de la adopción, y esto de alguna manera da puerta abierta o luz verde para que se generen otros tipos de filiación civil, como por ejemplo, lo que sucede en el caso de la donación de gametos, la utilización de una madre sustituta, la concepción del bebe después de un largo tiempo derivado de una decisión o deseo de última voluntad del donante, padre con respecto al gameto y al ser humano que se concibió en su oportunidad, y en general, una serie de circunstancias que se pueden generar derivado de la filiación civil y en el caso de las parejas del mismo sexo, en calidad de padres o donantes, en los efectos jurídicos de los procedimientos de inseminación artificial, pues se cree que no existe problemas que pudieran generarse directamente de los procedimientos médicos, y que los conflictos tienen que darse en el orden jurídico.



Para el caso de Guatemala, la adopción se encuentra regulada, y se trata de una noble institución que como es de conocimiento general, por mucho tiempo y ante la falta de una regulación adecuada, se suscitaron abusos y arbitrariedades en contra de los menores que fueron objeto de la misma, y que en la que intervinieron profesionales de la medicina e inclusive del derecho, y que a partir de los últimos años, a través de la promulgación de una ley específica se cuenta con un Consejo Nacional de Adopciones que mediante un procedimiento riguroso pretende favorecer la adopción nacional y en general, intervenir a favor de los menores que son objeto de adopción.

En Guatemala, no se encuentra regulado ni el matrimonio entre parejas del mismo sexo, y mucho menos, la adopción entre parejas del mismo sexo, inclusive, el hecho de que dos mujeres o dos hombres convivan en matrimonio o en familia, constituye ya un factor negativo para que puedan acceder a la adopción de un niño que se encuentra vivo.

Circunstancia contraria sucede en el caso de que una de las personas que componen la pareja decide donar su semen para la fecundación con tercera persona mujer que prestara su vientre, pues no se pretende que ella sea la madre del hijo concebido o si el gameto femenino es donado por otra persona, lo que interesa en este aspecto si se tratare de dos hombres viviendo juntos, es que del hijo concebido en cualquier circunstancia puede reclamar la paternidad, sin embargo, no con respecto a la pareja varón con la que vive para que también sea padre de dicho menor.

Lo mismo sucede en el caso de que dos mujeres se encuentren conviviendo, una busca el gameto masculino para procrear, sin que exista vínculo jurídico o afectivo de este, y que puede ser anónimo y confidencial, pero que con respecto a la pareja que es mujer, no puede otorgársele el derecho de madre también con respecto de ese hijo concebido por su pareja.

3.4.6 El denominado turismo reproductivo indebido

El concepto de turismo reproductivo, se debe a la forma como se emplean especialmente con flexibilidad y amplitud los procedimientos de reproducción humana asistida y la forma en que las leyes rigen este procedimiento que da puerta libre a que personas acudan a los países en donde se suscitan estas circunstancias, como en el caso de España, para ser atendidos cuando desean realizarse procedimientos relacionados con la inseminación artificial.

Es una expresión que se ha dado en países europeos especialmente, que se refiere a parejas que viajan de otros países a España, y que implica que se sometan a técnicas novedosas para solventar problemas de salud.

3.5 Análisis de legislación comparada

3.5.1 España

Es evidente que en el ámbito de la reproducción humana asistida, las legislaciones europeas son las más innovadoras y con mayor apertura a la modernidad y a la utilización de este tipo de técnicas que favorecen no solo la calidad sino el anonimato o confidencialidad que requieren las parejas cuando acuden a un Centro Médico y se ha dicho que en el caso de España, así sucede y de allí se deriva el turismo que no es más que la visita a dicho país de extranjeros de diversos países precisamente a realizarse procedimientos a favor de su salud en este ámbito.

Existía la Ley 35/1988 del 22 de noviembre sobre Técnicas de reproducción Asistida, que fue últimamente reformada y mejorada o actualizada, contenida en ley de 45/2003 del 21 de noviembre que modifica a la anterior, e incorpora diversos conceptos en torno al tema de la reproducción. Algunos conceptos fueron modificados una vez más y otros fueron incluidos en una nueva ley en el año 2006.

Esta preocupación encuentra explicación y sustento en su exposición de motivos, pues considera que la ley anterior (2003) sólo daba una respuesta parcial a la dinámica presentada hasta entonces, la cual se limitaba a la investigación con pre embriones y a todos los aspectos no contemplados en su oportunidad.

Sin embargo, la misma necesidad de corregir las deficiencias y con el afán de ponerse a la altura de los avances en la materia, se incorporan dichos temas y es así como surge una nueva ley vigente hasta ahora la Ley 14/2006.

Adicionalmente, esta legislación maneja el control de la información de las partes que intervienen en estos procedimientos, a través de la creación de un registro de la actividad de los centros de reproducción asistida.

La finalidad de dicho registro es ubicar a las parejas o personas (tanto donantes como receptoras), identificar el número de hijos por parejas y por donantes nacidos a través de estas técnicas; así como obtener el registro de datos y tipos de técnicas utilizadas, la estadística de éxito y, sobre todo, mantener el control sobre el manejo de los pre embriones sobrantes.

La ley que, en la actualidad, rige a la sociedad española en materia de técnicas de reproducción asistida se refiere es la ley 14/2006 del 26 de mayo, la cual consta de ocho capítulos, cinco disposiciones adicionales, una derogatoria y tres disposiciones finales, que abarca los siguientes aspectos:

- a. El objeto y ámbito de aplicación de la ley.
- b. Las Técnicas de reproducción humana asistida.
- c. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.

- d. **Requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida.**

- e. **De los participantes en las técnicas de reproducción asistida. Donantes y contratos de donación. Usuarios de las técnicas. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. Determinación legal de la filiación. Premoriencia del marido. Gestación por sustitución.**

- f. **La crió conservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida. Crió conservación de gametos y pre embriones. Diagnóstico preimplantacional. Técnicas terapéuticas en el pre embrión.**

- g. **Investigación con gametos y pre embriones humanos. Utilización de gametos con fines de investigación. Utilización de pre embriones con fines de investigación. Conservación y utilización de los pre-embryones para investigación.**

- h. **Centros sanitarios y equipos biomédicos. Calificación y autorización de los centros de reproducción asistida. Condiciones de funcionamiento de los centros y equipos. Auditorias de funcionamiento.**

- i. **Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida. Objeto, composición y funciones.**

- j. Registros Nacionales de Reproducción Asistida. Registro nacional de donantes.
- k. Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida. Suministro de información.
- l. De las infracciones y sanciones. Normas generales. Responsables. Infracciones. Sanciones. Competencia sancionadora.

Como se observa, esta legislación es bastante completa, en virtud que abarca las materias que encierran en general las técnicas de reproducción humana asistida en el campo científico, biológico, ético y jurídico.

Es una ley que surge como una necesidad de dar solución a las prácticas sociales vividas en la actualidad por su comunidad, la cual deseosa de ser partícipe de los adelantos que la ciencia ha logrado a favor de la infertilidad con la finalidad de fundar familias armónicamente legítimas.

3.5.2 Argentina

En este país existe la Ley 26.862 que se denomina Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida. Dentro de los aspectos más importantes de señalar de esta ley se encuentran los siguientes:

- La ley es de orden público y tiene por objeto regular la utilización y el acceso de las personas a las técnicas de reproducción humana asistida.
- Se refiere en el Artículo 2, a que toda persona capaz, mayor de edad, puede someterse al uso de técnicas de reproducción humana asistida, habiendo previamente prestado su consentimiento informado, de acuerdo a la ley, y los derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de la salud o la que en el futuro la reemplace.

El consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, debe protocolizarse ante Escribano Público o ante funcionario público dependiente del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas y es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer o la iniciación de alguna de las técnicas permitidas.

- En el Artículo 3 se indica que a efectos de la presente ley, se entiende por técnicas de reproducción humana asistida los tratamientos o procedimientos realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidos la fecundación in vitro, la inseminación artificial, la transferencia de embriones, la transferencia intrauterina de gametos y de cigotos, sin exclusión de las nuevas técnicas desarrolladas mediante avances técnicos científicos, cuando ellas sean autorizadas por la autoridad de aplicación.

- El Artículo 4 se refiere al uso de gametos para las técnicas de reproducción humana asistida, y en este caso, es probable que la fecundación post mortem, sea legal, a partir de lo que establece esta norma cuando indica que las personas que se sometan a técnicas de reproducción humana asistida pueden aportar su propio material genético y el de su pareja para llevar a cabo el embarazo, o recibir gametos femeninos y/o masculinos aportados por terceros.
- Luego se refiere al aporte del material genético en el caso de terceros, derechos, obligaciones, el convenio, los límites al aporte de gametos para terceros, que reviste carácter anónimo y confidencial.
- También se regula lo relativo a la crío conservación de gametos, determinándose que deberán conservarse únicamente en los centros médicos autorizados, mediante técnicas existentes o las que permitan en el futuro avances técnicos científicos previa homologación de la autoridad de aplicación, y que deberá ser descartado dicho material genético a partir de los cinco años en que no se hace uso del mismo.
- En el Artículo 17 se prohíbe la comercialización de embriones, de gametos crío conservados, la utilización de embriones para la experimentación.
- Respecto a la filiación, en la ley objeto de análisis rigen principios generales, como el regulado en el Artículo 18 establece que las personas nacidas

mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida son hijos de la mujer que los diera a luz y del hombre o la mujer que ha prestado su consentimiento previo informado, y libre, independientemente de que los gametos hayan sido aportados por terceros, debiendo hacer constar dicha circunstancia en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

- El Artículo 19 indica que las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida, con la utilización de gametos aportados por terceros, en ningún caso podrán reclamar a los a portantes derechos vinculados a la filiación, no generándose vinculo jurídico alguno entre ellos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.
- Se regula también la presunción de filiación. El Artículo 21 indica que cuando se produzca la muerte del o la cónyuge o conviviente o pareja de la mujer que da a luz, no existe vinculo filial entre los nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida, si el procedimiento para la consecución del embarazo no fue iniciado antes de que ocurra la muerte. Exceptúese de lo dispuesto cuando la persona fallecida ha otorgado consentimiento previo informado y libre protocolizado ante escribano publico o mediante testamento ha declarado de modo expreso que se dé inicio al procedimiento de fertilización por técnicas de reproducción humana asistida mediante la utilización de sus gametos después de su fallecimiento y el inicio del procedimiento mediante técnicas de reproducción humana asistida, con resultados exitosos se produce dentro del año siguiente al deceso.

- El Artículo 22 indica que salvo prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho, de la muerte o presunción de fallecimiento, siempre que él o la cónyuge hubiere prestado su consentimiento previo, informado y libre.
- Se le encomendó en este país al Ministerio de Salud de la Nación la autoridad que sea la rectora del cumplimiento de los preceptos de la ley objeto de análisis.
- Como algo importante también para la realización de estas prácticas y del control estatal, es que se creó el Registro Único de Centros Médicos autorizados y a portantes de gametos
- La ley también regula a partir del artículo 34 las faltas o infracciones y las sanciones en caso de abuso y arbitrariedades en el cumplimiento de la ley.

3.5.3 República de México

Se aborda este país, tomando en consideración la cercanía con el de Guatemala, y que es el ejemplo de que a nivel latinoamericano este y los países de Centroamérica así como otros de Latinoamérica todavía no cuentan con una normativa que regule la

reproducción humana asistida, y que por ello, en la actualidad este país aplica sus propias normas generales en el caso de la actividad que de hecho existe en la realidad, y que realizan las clínicas de inseminación artificial, como sucede en el caso de Guatemala.

A pesar de lo anterior, cuentan con normas reguladas en el Código Civil y Ley de s Salud, respecto a la donación de gametos, aunque no trata la complejidad de los nuevos métodos de reproducción ni protege de los riesgos que puedan conllevar una inseminación artificial o una maternidad subrogada.

También el Código Civil de este país, hace referencia a la filiación en caso de reproducción asistida. En cuanto a la donación de semen se establece en el Código de la Salud una donación expresa podrá señalarse que esta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. Ahora bien, la mayoría de los programas de donación de semen en los bancos de esperma mexicanos, garantizan el anonimato de los donadores.

En el caso concreto de la fecundación post mortem se ha podido observar en especial en los países que tienen una experiencia y trayectoria en las técnicas de reproducción humana asistida, que existe un unánime rechazo y sólo algunos países, como Alemania, lo prohíben de forma expresa. Otros, como Noruega, Suecia y Francia lo hacen de forma explícita, sustentados en la misma condicionante imperante en función de los destinatarios de estas técnicas, la única excepción es España en donde sí está permitida.

La ley española acepta la inseminación asistida post mortem, como tal y sus variantes, siempre que el marido lo haya consentido previamente en escritura pública o testamento (para reconocer la filiación legal del producto); ésta deberá realizarse en los 12 meses siguientes al fallecimiento del padre, como lo indica el artículo 9 punto 2, que dice: **Premoriencia del marido. 1) No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón; 2) No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el Artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer.**

Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de pre embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido; 3) El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como



título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

En el caso de Argentina, también se permite en forma indirecta sin que se regulen aspectos que pudieran suscitarse de la misma y que tengan consecuencias de carácter jurídico, cuando indica que los Centros Médicos autorizados para ello, pueden mantener por cinco años plazo máximo, los gametos del donante sin darles uso, lo cual permitiría de alguna manera la fecundación post mortem si se hubiere consentido con anterioridad al fallecimiento del dueño de los mismos.



CAPÍTULO IV

4. Propuesta de solución a la problemática planteada

4.1 Las técnicas de reproducción humana asistida y la realidad nacional

Para poder analizar lo que sucede en la realidad guatemalteca con relación a las técnicas de reproducción humana asistida, no solo se acudió a diversas fuentes derivadas de los centros médicos que realizan estas técnicas, sino a entrevistas de personas pacientes que acudían a dichos centros por razones de infertilidad, especialmente parejas.

En base a lo anterior, se presenta a continuación los resultados del trabajo de campo realizado. Respecto a la investigación para determinar si en Guatemala, se practican técnicas de inseminación artificial, efectivamente existen aproximadamente diez de las más reconocidas y se encuentran ubicadas en el sector de la zona diez y quince, y realizan procedimientos de inseminación artificial, únicamente tomando en consideración algunos aspectos que se regulan en el Código Penal con relación a algunos delitos establecidos respecto a esta materia y que se encargan en forma específica de prácticas médicas como fertilización in vitro e inseminación artificial.

El centro médico más reconocido es el denominado Centro de Reproducción Humana que fue creada a nivel de Centroamérica en el año de 1976, y tiene sus oficinas en la zona diez.

Se dice de acuerdo a la revista amiga de prensa libre que estos problemas de infertilidad afectan a quince de cada cien parejas en Guatemala, y que los problemas que presentan son en el caso de la mujer, la obstrucción de trompas de Falopio, ovarios poli quísticos, adherencias pélvicas y anovulación. En el caso de los hombres, el treinta y cinco por ciento tiene como diagnostico frecuentes el índice de bajo espermatozoide, poca movilidad o ausencia de los mismos.

En cuanto a las entrevistas, se presentan a continuación los resultados:

Cuadro no. 1

Pregunta: ¿Considera usted que existen parejas en Guatemala que presentan problemas de fertilidad?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	00
Total:	15

Fuente: Investigación de campo, diciembre año 2013.

Cuadro no. 2

Pregunta: ¿Conoce a parejas que han acudido en Guatemala a técnicas de inseminación artificial?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	00
Total:	15

Fuente: Investigación de campo, diciembre año 2013.

Cuadro no. 3

Pregunta: ¿Considera que los centros médicos en Guatemala que atienden a parejas con problemas de infertilidad, son adecuados y seguros?

Respuesta	Cantidad
Si	08
No	02
No sabe	05
Total:	15

Fuente: Investigación de campo, diciembre año 2013.

Cuadro no. 4

Pregunta: ¿Considera que pueden existir abusos y arbitrariedades cometidas en contra de la pareja en el procedimiento de fertilización artificial?

Respuesta	Cantidad
------------------	-----------------

SI	15
No	00
Total:	15

Fuente: Investigación de campo, diciembre año 2013.

Cuadro no. 5

Pregunta: ¿Cree usted que existe legislación adecuada para regular y resolver los conflictos que se generarían de los procedimientos de inseminación artificial?

Respuesta	Cantidad
Si	02
No	13
Total:	15

Fuente: Investigación de campo, diciembre año 2013.

Cuadro no. 6

Pregunta: ¿Tiene conocimiento si existe en el Congreso de la República alguna iniciativa que promueva regular esta materia?

Respuesta	Cantidad
Si	01
No	14



Total: 15

Fuente: Investigación de campo, diciembre año 2013.

Cuadro no. 7

Pregunta ¿Está de acuerdo en que se practiquen estas formas de inseminación artificial en Guatemala?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	00
Total;	15

Fuente: Investigación de campo, diciembre año 2013.

Cuadro no. 8

Pregunta: ¿Cree que la mayoría de la población desconoce de estos procedimientos y solo están al alcance de la clase media alta?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	00
Total:	15

Fuente: Investigación de campo, diciembre año 2013.

Cuadro no. 9

Pregunta: ¿considera que el estado debe intervenir en regular una ley que regule la inseminación artificial y todos los aspectos que esta materia comprenden como sucede en otras legislaciones?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	00
Total:	15

Fuente: Investigación de campo, diciembre año 2013.

Cuadro no. 10

Pregunta: ¿concibe usted que dentro de la pareja en el matrimonio o la unión de hecho, puede el padre decidir que para después de su muerte se disponga de su material genético para que a través de técnicas de fertilización se produzca la vida de su hijo después de su muerte?

Respuesta	Cantidad
Si	15
No	00
Total:	15

Fuente: Investigación de campo, diciembre año 2013.

4.2 Necesidad de regulación

Indiscutiblemente en la realidad guatemalteca no existe un marco normativo que regule las diversas técnicas de inseminación artificial o fecundación artificial y los centros médicos que atienden estos casos, lo hacen precisamente bajo parámetros que ellos mismos han impuesto, sin ningún tipo de supervisión por parte del Estado o del Ministerio de Salud Pública, en todo caso.

Por otro lado, es evidente de que en la actualidad el conocimiento y los avances científicos se han puesto a disposición de la sociedad, y ha permitido que a través de la medicina y la ciencia bioética se solucionen problemas fisiológicos mediante la posibilidad de fertilizar un óvulo fuera de la cavidad uterina o bien hasta hacer modificaciones a los mismos mediante manipulación genética y derivado de ello, también surgen una serie de aspectos que contempla esta materia que produce inimaginables cambios en la vida social, económica, jurídica de la sociedades que las practican.

Las disposiciones en materia de salud en el caso de Guatemala, se encuentran contenida en leyes generales como el Código de Salud, el Código Civil, el Código Penal, existiendo a juicio de quien escribe un vacío legal al respecto de regular temas como los que se han abordado en este trabajo. Las clínicas que atienden estos casos, no son objeto de supervisión por parte de la autoridad en salud, y mucho menos gozan de una certificación, como sucede en otros países como se ha analizado en el desarrollo de la presente investigación.

Se hizo una revisión de las iniciativas de ley al respecto del presente tema, y solo existen las descritas en este trabajo que no abarcan aspectos relacionados con la inseminación o reproducción asistida, es por ello, que en el presente trabajo se hace una descripción de las bases que pueden ser tomadas en consideración para una propuesta de ley al respecto. Estas son:

- a. Debe determinarse la competencia para regular y controlar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y que necesariamente debe corresponder al Ministerio de Salud Pública.
- b. Se deben establecer y describir conceptos que tienen relación con esta materia, como técnicas de reproducción asistida, donación de óvulos, donación de ovocitos, definir el termino de embrión como al producto de la concepción a partir de ésta y hasta el término de la duodécima semana gestacional, y al feto como al producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de gestación, hasta la expulsión del seno materno, también se debe hacer la definición de infertilidad, de órgano, de pre embrión, el de receptor, reproducción asistida y transferencia de pre embriones.
- c. Se debe contar con un registro de los centros dedicados a la reproducción asistida que deben contar con una autorización sanitaria expresa por parte del Ministerio de Salud Pública, además de contar con un responsable sanitario de quien deberá dar aviso ante el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

- d. Los centros de atención en estos temas y autorizados por el Ministerio de Salud Pública, deberán contar también con un comité interno de coordinación para la reproducción asistida, que deberá ser presidido por el director general o su inmediato inferior que cuente con un alto nivel de conocimientos médicos académicos y profesionales, quien será responsable de establecer los criterios para la selección de los participantes en las técnicas de reproducción asistida, con el fin de garantizar la accesibilidad de estas técnicas para las personas con incapacidad para procrear.
- e. Se debe considerar también lo referente a las técnicas de reproducción asistida, definiendo los tratamientos con manipulación médica o científica de gametos o pre embriones para producir la concepción, entendiendo que dichos gametos o pre embriones pueden ser de pareja en tratamiento o producto de la donación de gametos o pre embriones.

Otros conceptos que deben manejarse son el procedimiento de micro manipulación para mejorar la implantación, banco para crió preservación, banco de semen, congeladas para futuros usos en técnicas de reproducción asistida, donación de pre embriones, embarazo bioquímico, embarazo clínico, fecundación o fertilización, fertilización in Vitro, implantación, inyección intracitoplasmática de esperma, y zona prelucida.

- f. Se deben establecer principios bioéticos como fundamento para la conformación de esta ley, y aspectos relacionados con la formalidad y confidencialidad que debe prevalecer entre los donantes del material genético.

- g. Se debe considerar en esta ley el análisis por el Comité de que se procederá cuando haya posibilidades razonables de éxito, y que no suponga riesgo para la salud física o psíquica de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación expresa, libre y consciente de su aplicación por parte de las personas sometidas a estas técnicas, quienes deberán haber sido anterior y debidamente informadas por escrito de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

- h. Se deben enumerar los requisitos que deben cumplirse para someterse al uso de las técnicas de reproducción asistida como la mayoría de edad, y la capacidad plena en el ejercicio de los derechos de los intervinientes, el consentimiento informado libre y consciente por escrito, y el hecho de que estas técnicas solo pueden aplicarse a personas que tienen incapacidad para procrear.

- i. Se debe crear un Centro Nacional de Técnicas de Reproducción Asistida con el fin de certificar y autorizar las técnicas de reproducción asistida, los lugares en que se llevarán a cabo y vigilar que su práctica solo se realice en centros sanitarios debidamente autorizados para ello, y que se encuentre integrado por

el Ministerio de Salud Pública, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y otras entidades que tengan relevancia en el tema de salud en Guatemala.

- j. Se debe crear el Registro Nacional de Técnica de Reproducción Asistida, que mantendrá actualizada la información de las personas involucradas en la práctica de cualquier técnica de reproducción asistida, los establecimientos autorizados, los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en la reproducción asistida, y los pacientes en espera de participar en la reproducción asistida.
- k. Se debe obligar a los profesionales que se dedican a estas prácticas a contar con el entrenamiento especializado respectivo y lo relativo a la filiación debe crearse una normativa específica que reforme el Código Civil y que establezca las diversas formas de filiación civil que existen derivado de las técnicas de inseminación artificial.
- l. Sin embargo de lo anterior, se debe tomar en consideración que derivado de ello, la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal previo y expreso a determinada técnica de reproducción asistida, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la reproducción asistida.

También no podrá determinarse la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en la ley y el

marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, y regular aquellos aspectos permisibles en el caso de la fertilización post mortem, toda vez, que deben cumplirse los requisitos para ello en armonía con las demás normas en esta materia.

Por lo anterior, deberá quedar escrito que el marido podrá prestar su consentimiento en escritura pública o testamento para que su material reproductor pueda ser utilizado en un plazo prudencial a su fallecimiento para fecundar a su esposa. Esta generación producirá los efectos legales que se deriven de la filiación matrimonial.

El consentimiento en la aplicación de técnicas de reproducción asistida bajo estas circunstancias, se podrán revocar en cualquier momento antes de la realización de las mismas.

m. En cuanto a la utilización de pre embriones, del semen, de los óvulos o el tejido ovárico crio preservados, se deberá establecer que serán utilizados únicamente con fines reproductivos y solo aquellos pre embriones que científicamente carezcan de cualquier oportunidad de vida, podrán ser utilizados para fines de investigación.

n. Que debe existir responsabilidad por parte de los señores diputados al Congreso de la República ante esta situación, pues como representantes de la sociedad, se exige que afronten la realidad y no la evadan, en cuanto a que está claro que en el país en la actualidad se practican procedimientos de procreación asistida en

clínicas y centros médicos, desde los años setenta, y deben preguntarse, ante esta situación, quien evalúa la competencia técnica y determina las condiciones clínicas de las instituciones que realizan este tipo de prácticas, o con qué criterio o bajo que norma puede un Juez negarle alimentos y el propio reconocimiento como hijo a quien nació producto de la aplicación de inseminación artificial con semen de un donante en una mujer sola, por ejemplo, que criterio jurídico o que norma puede aplicar un juez ante el hecho de la fecundación de una mujer con semen de su marido fallecido y conservado durante años.

Estas son unas de las múltiples inquietudes que en la actualidad no tienen respuesta en la legislación y por ello se hace necesario un marco normativo que parta desde la Constitución Política de la República, en cuanto a la concepción de familia en donde se deberá establecer que tienen igual derecho los hijos nacidos del matrimonio o fuera de él, e incluir los procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

o. También los derechos de los que están por nacer que se encuentran plenamente establecidos, pero debe agregarse el hecho de aquellos que están por nacer derivados de la utilización de técnicas científicas de procreación asistida.

p. En el Código Civil se deben modificar la totalidad de las normas que tengan relación con los derechos y obligaciones de los cónyuges, padres y esposos, así como de los hijos, derivado de la práctica de fertilización artificial.

- q. Así también deberá establecerse el requisito de que para la aplicación de estas técnicas de procreación humana asistida, solo se realizará en parejas heterosexuales.
- r. Deben existir aspectos relacionados con prohibiciones y sanciones para los médicos o científicos que practican estos métodos y la tabla de valores en cuanto a los fines lucrativos en determinados aspectos de estos procedimientos, y cuáles no lo tendrán.
- s. Regular los aspectos relacionados con la adopción, donación, disposición de embriones, en general regular aspectos relacionados con la aplicación de la normatividad sobre los métodos científicos de procreación humana asistida, la inseminación artificial y fertilización in Vitro con transferencia de embriones, el aporte, depósito, donación, y disposición de gametos, de los beneficiarios, el consentimiento informado y la relación paterno filial de la persona concebida mediante el procedimiento de los métodos científicos de recreación humana asistida. También el parentesco legal y la legitimidad del h hijo concebido por asistencia científica, la procreación póstuma, la creación de las entidades que regirán y tendrán competencia para conocer de los procedimlentos.
- t. Aspectos puntuales en cuanto a la inseminación artificial homologa y la heterologa, en el caso de la inseminación artificial matrimonial y extramatrimonial, estableciendo las reglas para estos procedimientos, las condiciones en el caso de filiación de los hijos, y de las reglas para la procreación póstuma,

u. Dentro de las prohibiciones se pueden señalar las siguientes: la prohibición de manipulación genética de embriones en laboratorios con fines diferentes a la procreación humana asistida, el obtener embriones pre implantarios humanos por lavado uterino para cualquier fin.

Mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del plazo natural y respecto a la conservación médico legal recomendado. Comerciar con embriones en los distintos estadios de su desarrollo, así como su importación y exportación. Utilizar embriones con fines cometidos y semejantes. El transferir al útero gametos o embriones sin la exigibles garantías biológicas o de viabilidad. La discriminación de las personas en función de su patrimonio genético.

La transferencia de gametos o embriones humanos o gestación de un embrión humano en el útero de un animal o a la inversa. La fusión de embriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir malformaciones.

Las transferencias al útero en un mismo tiempo de embriones originados con óvulo de distintas mujeres.

La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos con fines militares o de otra índole para producir armas biológicas exterminadoras de la especie humana, del tipo que fuere.



La gestación de embriones humanos en un útero artificial. La partenogénesis. Los ciborgs. Las investigaciones o experimentaciones que no se ajusten a los términos de las leyes vigentes, y la clonación reproductiva humana.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Es indiscutible el avance de la ciencia médica que dio paso, a lo que hoy se conoce como bioética quien ha contribuido al desarrollo de la humanidad, como sucede en el caso de la reproducción asistida y las distintas técnicas para producir el nacimiento de un ser humano de manera no natural.

Las técnicas de reproducción humana artificial se realizan en la realidad guatemalteca, y éstas son practicadas cada vez más por clínicas o sanatorios sin ningún tipo de supervisión por parte del estado, dejando en un estado de indefensión a las parejas que acuden en ayuda a sus problemas de infertilidad.

La inseminación artificial surge del hecho de que parejas afectadas en su salud reproductiva no podían concebir hijos; y a través del tiempo fueron conociéndose otras técnicas de reproducción como la Fertilización Artificial y de concepción como la fertilización in vitro heteróloga, transferencia de embriones o gametos, manipulación del material, entre otras.

La propuesta de la Fertilización Post Mortem tendrá repercusiones jurídicas y sociales, y debido a los conflictos legales en materia de filiación con respecto a los progenitores y el producto, es necesario regularla dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco mediante una iniciativa de Ley propuesta al Congreso de la República de Guatemala con el aval del Ministerio de Salud.



BIBLIOGRAFÍA

- ARRIAGA, Carol. **Derechos en torno a la reproducción asistida.** Consulta electrónica www.archivo.diputados.gob.mx.html. Derechos, 2007.
- BERGEL, Salvador. Y Minyersky Nelly. **Bioética y derecho.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Rbinzal Culzoni, 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán. **Teoría general de los derechos humanos.** 1a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1991.
- BLÁZQUEZ, Niceto. **Bioética: la nueva ciencia de la vida.** Biblioteca de autores cristianos; Madrid, España: Ed. Universitaria, 2000.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1976.
- CUELLO CALÒN, Eugenio. **Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial.** España, Madrid: Ed. Biblioteca Jurídica, 1990.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. **La fecundación in vitro y la filiación jurídica en Chile.** Santiago, Chile: Ed. Limaza, 1993.
- JUNEMANN Francisco. **Técnicas de reproducción asistida, legislación española e italiana,** Año 2008 Consulta electrónica www.cepchile.cl/dms.archivo.com.html.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina. **Nuevas técnicas de reproducción humana: el útero como objeto de contrato.** Revista de Derecho Privado Nueva Época año IV. Número 11, 2005.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil.** t. II. México: Ed. Porrúa, 2008.



SOTO LA MADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito. la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho. 1a. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1990

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Ley Número 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Ley 107, 1963.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 17-73, 1973.

Código de Salud. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 17-73, 1973.

Código de Comercio. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 2-70, 1970.

Ley de Tribunales de Familia. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 17-73, 1973.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 2-89, 1989.