

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL



**LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA  
ASISTIDA COMO PROBLEMA JURÍDICO**

**LICDA. MARÍA JOSÉ IGLESIAS RAMOS**

GUATEMALA, FEBRERO DE 2019

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA  
ASISTIDA COMO PROBLEMA JURÍDICO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

**MARÍA JOSÉ IGLESIAS RAMOS**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL  
(Magister Scientiae)**

Guatemala, febrero de 2019

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**CONSEJO ACADÉMICO  
DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	Hugo Roberto Jauregui
VOCAL:	M. Sc.	Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL EXAMINADOR**

PRESIDENTA:	M. Sc.	Lourdes Marisol Castellanos Samayoa
VOCAL:	M. Sc.	Edgar Alberto Pérez Cifuentes
SECRETARIO:	M. Sc.	Pablo Andrés Bonilla Hernández

**RAZÓN:** “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentadas”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado.

RONALDO PORTA ESPAÑA  
ABOGADO Y NOTARIO  
COLEGIADO 894  
GUATEMALA, GUATEMALA

Ciudad de Guatemala, 31 de agosto de 2018.

Doctor Ovidio Parra Vela  
Director de la  
Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria.

Respetable señor Director:

Me permito referirme al trabajo de tesis previo a optar al grado académico de **Maestra en Derecho Civil y Procesal Civil**, de la Licenciada **María José Iglesias Ramos**, denominado **Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como Problema Jurídico**, del cual fui nombrado tutor; por lo que me permito emitir el dictamen que procede.

Después del análisis del trabajo de tesis mencionado anteriormente, hago constar que fue elaborado con apego al plan de tesis previamente aprobado. El mismo expone y trata el tema en forma ordenada y sistemática en cuanto a sus antecedentes y sus fundamentos, tanto a nivel conceptual y doctrinario como en lo que respecta al contexto práctico y jurídico guatemaltecos.

El tema de la tesis bajo referencia es muy específico en cuanto a la materia que trata, por lo que muy poco se ha investigado y escrito al respecto en nuestro medio. En adición, contamos con escasa bibliografía en relación a tal tema; lo que permite considerar que el trabajo contribuye a tal bibliografía, toda vez que en el mismo se percibe de manera sensible la contribución de la autora en el enfoque general del tema y, especialmente, en el aspecto jurídico.

El trabajo de tesis en referencia reúne los requisitos exigidos por el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado; y en su desarrollo se utiliza una metodología pertinente a esta clase de investigaciones

Para el suscrito ha sido satisfactorio colaborar con la autora, a quien me place felicitar por su loable esfuerzo académico al tratar adecuadamente un tema aún escabroso; y especialmente por su propensión a aceptar y realizar las sugerencias que durante la elaboración del trabajo le fueron hechas. Por consiguiente, me es grato emitir dictamen favorable sobre el trabajo de tesis de mérito.

Respetuosamente,



Guatemala, 4 de febrero de 2019

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

**LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA COMO  
PROBLEMA JURÍDICO**

De la licenciada María Jose Iglesias Ramos Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, de la Escuela de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de haber realizado las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,

  
Dra. Gladys Tobar Aguilar  
Revisora  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 1450

*Gladys Tobar Aguilar*  
LICENCIADA EN LETRAS  
Colegiada 1450



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,**  
Guatemala, 11 de febrero del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la Licda. María José Iglesias Ramos aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil** lo cual consta en el acta número 73-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA COMO PROBLEMA JURÍDICO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

  
**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

## ÍNDICE



<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>1</b>
Posiciones Doctrinarias Nacionales e Internacionales sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	1
1.1. Antecedentes Históricos y Causales que Promovieron la Implementación y el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	1
1.2. Conceptualización de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	10
1.2.1. Reseña Histórica.....	10
1.2.2. Definición.....	14
1.3. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	15
1.3.1. Fecundación Intracorpórea.....	15
1.3.2. Fecundación Extracorpórea.....	20
1.3.3. Fecundación <i>In Vitro</i> .....	22
1.3.4. Maternidad Subrogada.....	25
1.3.5. Ingeniería Genética.....	26
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>29</b>
Legislación Nacional e Internacional sobre Protección a la Concepción por medio de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su Aplicación.....	29
2.1. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Bioética y Derechos Humanos.....	29



2.2. Regulación de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida a Nivel	
Internacional.....	
2.2.1. Canadá.....	
2.2.2. India.....	42
2.2.3. Israel.....	43
2.2.4. Argentina.....	44
2.2.5. Rusia.....	53
2.2.6. México.....	55
2.2.7. España.....	59
2.2.8. Costa Rica.....	60
2.3. Condición de la Legislación a Nivel Internacional En cuanto a la Técnica	
Específica de Reproducción Humana Asistida de Maternidad	
Subrogada.....	60
2.3.1. Países en los que la Maternidad Subrogada es	
Legal.....	61
2.3.2. Países en los que no está permitida la Maternidad Subrogada.....	62
2.4. Legislación Nacional (Guatemala).....	65
2.4.1. Instrumentos Legales existentes en Guatemala que pudiesen tener	
una Vinculación con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida...	67

### **CAPÍTULO III**

Conflictos Legales y Jurisprudencia Aplicada en Casos en donde se han utilizado	
las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	87
3.1. New Jersey, Estados Unidos de América.....	88
3.2. Europa.....	89



3.3.	Hong Kong, China.....	
3.4.	Guatemala.....	
3.4.1.	Chimaltenango, Guatemala.....	
3.5.	Situación actual de la Regulación de Clínicas Médicas en Guatemala que practican algún tipo de Técnica de Reproducción Humana Asistida para contrarrestar problemas de Infertilidad.....	100

#### **CAPÍTULO IV**

	Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como un Problema Jurídico...	113
4.1.	Problemas Éticos y Legales surgidos en la Implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	113
4.2.	Establecimiento de Mecanismos de Protección para la Persona	115
4.3.	Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como un Problema Jurídico.....	119
	CONCLUSIONES.....	131
	REFERENCIAS.....	133

## INTRODUCCIÓN



En Guatemala y en otros países del mundo existen parejas que tienen problemas de fertilidad y recurren a los avances científicos utilizando, las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, para poder resolver esa necesidad de llegar a ser padres y de esta forma cumplir el anhelo de formar una familia. Existiendo factores biológicos, sociales, económicos, legales y éticos que determinan las consecuencias del uso e implementación de estas técnicas como forma alternativa para procrear un hijo, lo que puede constituir un “problema de índole jurídico” al no existir un marco legal que regule y garantice que no se vulneren los Derechos Humanos de los niños y niñas que son procreados por medio de estas técnicas.

La investigación plantea la hipótesis en cuanto a que sí, realmente se, constituye o no, un problema de índole jurídico, la implementación en Guatemala de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como una alternativa para las personas que las demandan para procrear de una forma no natural; ya que no existe un marco legal específico que regularice los diversos procedimientos que utilizan las mismas y bajo qué criterios o términos éticos y legales se implementan.

Por consiguiente, para comprobar o no la hipótesis anterior, en el presente trabajo de tesis, en el Capítulo I, se describe en que consisten las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, los criterios específicos para poder implementarlas en las parejas que las requieren, como una alternativa para



procrear hijos o hijas, de una manera no convencional. Así mismo, se detallan las posiciones doctrinarias internacionales como nacionales respecto a la implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, los antecedentes históricos de las mismas; en qué consisten y las modalidades de dichas técnicas, acorde a la necesidad específica de las personas que las demandan, como una forma de concretizar cualquier problema de infertilidad.

Los avances científicos han logrado que parte de los deseos de estas parejas se concreten, muchas veces, sin ser avalados legalmente o faltando a la ética de todo procedimiento científico, aún más, cuando se trata de un ser humano. Es por ello, que en el Capítulo II, se expone la experiencia de otros países en esta materia; cómo han resuelto a través de un marco legal propio o de instrumentos legales internacionales, los diversos conflictos originados al hacer uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida de una forma desmedida o faltando a la ética profesional, además, se hace referencia de cómo en otros países han optado por determinar que es una comercialización con la vida humana y, por ende, una vulneración de sus derechos.

En el Capítulo III se describen casos legales que han surgido a nivel internacional y un caso de maternidad subrogada que se presentó en Guatemala; el cual se conoció en varias instancias judiciales hasta llegar al máximo órgano en materia constitucional, como lo es la Corte de Constitucionalidad, la cual realizó una revisión de las distintas sentencias emitidas, evidenciándose el involucramiento de varias instancias y la emisión de diferentes posturas con



respecto al caso, ante la inexistencia de una base legal específica para emitir resoluciones ligadas al uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Guatemala. Así mismo, se expone la información que se obtuvo por parte del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, al requerir datos estadísticos sobre los índices de infertilidad en la población guatemalteca, así como la regulación de centros médicos públicos o privados que utilizan procedimientos vinculados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y que tipos de técnicas son las más utilizadas.

En el Capítulo IV se analiza si existe una normativa que regule dichas técnicas, que viabilicen: la utilización moderada de estas Técnicas de Reproducción Humana Asistida; el control de clínicas o entidades médicas públicas o privadas que se dedican a este tipo de procedimientos. Así como el registro y control de las personas que utilizan este tipo de técnicas científicas.

## CAPÍTULO I



### **Posiciones doctrinarias nacionales e internacionales sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

#### **1.1. Antecedentes históricos y causales que promovieron la implementación y el uso de las Técnicas De Reproducción Humana Asistida**

La infertilidad es un problema con un impacto social que llega a afectar no solo el rendimiento laboral e intelectual del ser humano, sino también la integridad de la familia y las relaciones de la pareja y, consecuentemente, la salud mental y física, por lo que teniendo en cuenta la definición de Salud dada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que es "...un estado de perfecto bienestar físico, mental, social, y no solo la ausencia de enfermedad". (Jausoro 2000, p. 11), debemos considerar a la infertilidad como un elemento de padecimiento en la salud.

La evidencia demográfica y epidemiológica sugiere que aproximadamente 8% de las parejas experimentan algún tipo de infertilidad durante su vida reproductiva, cuando estos datos quizás no evidencien realmente lo que la población global actual represente de 50 a 80 millones de personas que pueden sufrir de infertilidad. (Jausoro 2000, pp. 12-13)



En los últimos 50 años, en los países desarrollados y en los últimos 20 años, en algunos países en vías de desarrollo, el cambio, en los patrones demográficos ocurridos, hace que la infertilidad adquiera una nueva magnitud y se convierte en un motivo de preocupación pública. La solicitud que se hace a la pareja de limitar voluntariamente su propia fertilidad debe estar acompañada de facilidades, para regular todos los aspectos de su fertilidad, incluyendo los servicios de asesoramiento, diagnóstico y tratamiento de la infertilidad cuando la pareja desee tener su primer hijo u otro más. Aun cuando la prevalencia de la infertilidad puede no aumentar, la demanda y la expectativa de los servicios para la infertilidad aumentan como consecuencia de los cambios en los patrones familiares y la preocupación pública por la infertilidad y, además, como resultado de lo espectacular y la propaganda desplegada de las técnicas de reproducción humana asistida. (Instituto Interamericano –IIDH- 2008, pp.12-19)

En 1978, el Programa Especial del Grupo Asesor de la OMS estuvo de acuerdo en crear un equipo de trabajo para el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad, cuyo resultado fue que las tasas de infertilidad primaria encontradas eran relativamente constantes en cada país y, en general, variaron entre 1% y 3%, en países asiáticos; 1.9%, en Brasil y eran considerablemente altas en países africanos (12% en Camerún). Las tasas de infertilidad secundaria fueron difíciles de determinar, pero, consideraron que aumentaban con la edad y no fue posible distinguir entre infertilidad voluntaria e infertilidad no voluntaria. Las tasas en India, Tailandia y Vietnam estaban entre 7,5% y 15,3%, mientras que en Pakistán era

mucho más alta: en Brasil era muy alta en comparación con la baja prevalencia de la infertilidad primaria. (Álvarez J., 2007, p. 175)



Asumiendo una posición intermedia, podría afirmarse que, si bien se trata de un problema social en la dinámica interna de la pareja, la infertilidad pudiera constituir un serio problema de salud que los gobiernos, sin descuidar el destino de los recursos y atendiendo al orden de prioridades que debe existir en cuanto a los problemas que aquejan a la salud de la humanidad, están obligados a solucionar.

En Guatemala, según Contreras Virginia, (Diario *La Hora*, junio 12, 2015), se realizó una investigación en la que expone información obtenida de varios profesionales y representantes de la sociedad guatemalteca. A raíz de la premisa de que la salud reproductiva es un derecho fundamental, el gobierno inauguró una clínica que ayudará a las personas de escasos recursos a someterse a tratamientos de fertilidad, para poder concebir; porque, según cifras del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS), el 17% de matrimonios en el país tiene algún problema de fertilidad; sin embargo, es de resaltar que la fertilización asistida se enfrenta a dilemas no solamente emocionales sino, muchas veces, económicos y legales. (Contreras Virginia, 12 de junio 2015, Diario *La Hora*, [vcontreras@lahora.com.gt](mailto:vcontreras@lahora.com.gt))

En nuestro país, tener un hijo es el deseo de muchas parejas, para unos representa trascender más allá de su vida y dejar un legado; para otros significa



un objetivo de vida personal, dejar de pensar en ellos mismos y sus necesidades, y para otros más, un hijo es la consolidación de la unión de la pareja; pero, al margen de la percepción social de la reproducción, el aspecto biológico, que empieza con la fecundación de un óvulo por el espermatozoide, no siempre sigue la misma evolución debido a los problemas de infertilidad, que según la OMS, es la incapacidad de una pareja de concebir y llevar un embarazo a término luego de un año de mantener relaciones sexuales sin protección.

De acuerdo con la OMS, el 33% de los casos ocurre en la mujer, un 20% en el hombre y un 39% en ambos, trayendo como consecuencia una serie de conflictos emocionales y sociales, que requiere de abordajes diversos que pueden ir desde la prevención primaria, la detección precoz y el estudio de la pareja.

La ciencia y la tecnología han proporcionado distintas técnicas que han ido solucionando los problemas reproductivos, por medio de los tratamientos de patologías específicas y fertilización asistida de baja y alta complejidad, pero, con un alto costo económico que no todos pueden pagar.

El Ministerio de Salud creó la primera clínica de fertilidad y reproducción humana en Guatemala como parte del servicio público. El 21 de mayo de 2015 fue inaugurada la Unidad Nacional de Fertilidad y Reproducción Humana (UNIFER) en el anexo al Área de Maternidad Periférica, en la zona 13 de la ciudad de Guatemala. Esta clínica cuenta, entre otros servicios, con laboratorio, quirófano y farmacia, así como sala de espera; según el Ministerio de Salud Pública y



Asistencia Social, la creación de esta clínica obedeció a la necesidad de brindar atención especializada a las parejas de escasos recursos, para el correcto diagnóstico y tratamiento oportuno de problemas reproductivos e infertilidad, así como dar seguimiento a cada embarazo logrado con técnicas de reproducción asistida hasta su alumbramiento.

Virgina Contreras, en un artículo de prensa señala que en esa ocasión el titular del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, Luis Enrique Monterroso, expresó que el 15% de la población tiene alguna complicación para concebir, por lo que la asistencia, orientación y tratamiento a estas parejas para tener familia es una tarea que atenderá en dicho lugar, además, indicó el funcionario que: "...se logra un avance importante, además, en esta clínica se va a poder hacer la verificación de las razones fisiológicas por las que una pareja no puede tener hijos, se realizarán evaluaciones y en concreto se tiene el equipamiento para efectuar el tratamiento adecuado para cada uno de los casos". (Contreras Virginia, 12 de junio 2015, Diario *La Hora*, [vcontreras@lahora.com.gt](mailto:vcontreras@lahora.com.gt))

Paulina de Mata, Directora de Unidad Nacional de Fertilidad y Reproducción Humana (UNIFER), indicó que de momento solo se dedicarían a realizar tratamientos de inducción de ovulación, el cual se puede efectuar con medicamentos ya sea orales, inyectados o las inseminaciones intrauterinas, pero teniendo el apoyo de un centro de reproducción de otra área, porque se deben hacer las capacitaciones espermáticas (técnica a la que se somete el semen en el laboratorio para obtener una muestra rica en espermatozoides móviles y sin

plasma seminal ni restos celulares), las cuales son necesarias para ~~optar~~ tipo de tratamientos.



En cuanto a tratamientos de mediana y alta complejidad, la Directora Paulina de Mata señaló que la capacidad de la clínica es limitada y que ningún Hospital Nacional cuenta con laboratorios de embriología o andrología como para hacer una fertilización in vitro (una técnica de laboratorio que permite fecundar un óvulo con un espermatozoide fuera del útero), lo que se planea implementar a largo plazo. (Contreras Virginia, 12 de junio 2015, diario *La Hora*, vcontreras@lahora.com.gt)

Las principales causas de la infertilidad pueden ser: la endometriosis, cuando las células del revestimiento del útero crecen en otras áreas del cuerpo; adherencias pélvicas que causen algún tipo de obstrucción tubárica, las cuales involucran la cicatrización de las trompas de falopio y siendo, a su criterio, el factor más grande; el endocrino ovárico, es decir, alteraciones hormonales del ciclo y de la ovulación.

En el artículo del diario *La Hora*, también se menciona que para la socióloga guatemalteca Margarita Castillo, el abordaje de la fertilización asistida debe ser integral, tomando en consideración el tema de los derechos humanos, en términos de optar o no, en el caso específico de una asistencia médica para un embarazo, pero más allá, existen otros factores, por ejemplo, el que se traiga un

hijo al mundo con carencias, precisamente, por la falta de recursos, como es el caso de los pacientes que acudirán a la clínica pública.



Margarita Castillo destacó que el abordaje que se haga con las personas que soliciten este tipo de servicio deben incluir los elementos necesarios, en donde se analicen cuáles son las concepciones culturales, afectivas y emocionales de ellas, puesto que serán padres en las condiciones que no son las propicias o más adecuadas.

Así mismo, según el artículo antes mencionado, de acuerdo con María del Carmen Aceña, directora del Centro de Investigaciones Económicas Nacionales (CIEN), el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social debería implementar este tipo de ayuda, siempre y cuando estén acompañados de un sistema de información, educación y capacitación para las parejas que soliciten el servicio, para evitar el abuso. Agregó que también debe existir una política de gobierno que estudie a fondo el tema. Las normas y protocolos específicos que se implementaron para la creación de esta clínica deben ser profundamente revisados; esto no quiere decir que se excluyan a las familias que deseen engendrar uno o dos hijos de este derecho; pero tomando en cuenta los sistemas y protocolos. Así como analizar si se está incluyendo el que las mujeres puedan procrear sin tener pareja, como sucede en algunos países desarrollados. (Contreras Virginia, 12 de junio 2015, diario *La Hora*, [vcontreras@lahora.com.gt](mailto:vcontreras@lahora.com.gt))



De acuerdo con Contreras Virginia, del diario *La Hora*, del 12 de junio de 2015, en el aspecto de derechos, Mirna Montenegro, secretaria técnica del Observatorio en Salud Sexual y Reproductiva (OSAR) destacó que el proceso se encuentra dentro de los derechos de los hombres y de las mujeres; no obstante, existen algunos obstáculos para poder tener acceso a la calidad médica y poder realizar un embarazo asistido, dentro de los que se encuentran el alto costo y los tratamientos largos a los que ambos deben enfrentarse, así como la realización de varios exámenes. Mirna Montenegro aseguró que este tema no tiene relación con la pobreza, pues esta se debe atacar con estrategias integrales en donde quien piense que entre las personas de escasos recursos no deba engendrar, esta violentando los derechos humanos, porque deben existir más procesos en educación integral, acceso a información sobre los métodos de planificación familiar más que una prohibición a reproducirse. A criterio de la experta, la creación de este centro asistencial es un avance más en el marco de las políticas públicas y la Ley de Maternidad lo tiene dentro de sus componentes, el acceso a la tecnología médica moderna y el acceso tanto a la paternidad como a la maternidad.

En la sociedad guatemalteca no existe ningún marco legal que ligue la pobreza, como tampoco hay políticas de natalidad que rijan el número de hijos que se deba tener, lo que si mencionan es que hay que informar y ampliar el horizonte de las niñas y adolescentes para que se puedan realizar, así como hablar de la educación integral en sexualidad. (Contreras Virginia, 12 de junio 2015, diario *La Hora*, [vcontreras@lahora.com.gt](mailto:vcontreras@lahora.com.gt))



De acuerdo con el artículo de Virginia Contreras, reportera del diario *La Hora* del 12 de junio del 2015, Adrián Chávez, encargado del Área de Salud del Instituto de Problemas Nacionales de la Universidad de San Carlos (IPNUSAC), coincidió con Montenegro en que la reproducción es una cuestión de derechos. Refirió que en el país ha existido, una combinación de transiciones que actualmente lo que han causado es la modificación de los patrones incidiendo en la salud reproductiva de la población por medio de los problemas de infertilidad. En donde los avances tecnológicos, de alguna u otra forma, han estado vinculados al acceso de la población que tiene la capacidad del pago de lugares privados restringiendo a la población con problemas económicos.

El acceso a este tipo de recursos precisamente por la escasez genera inequidades, porque todos tienen derecho a la salud y el tema de no tener dinero para poder costear estos tratamientos restringidos en entidades privadas es una cuestión de desigualdad.

Según el analista, Adrián Chávez, la incorporación del nuevo servicio público es un esfuerzo que puede reducir las inequidades existentes, por lo que vale la pena valorar y tomar como un avance en la sociedad guatemalteca.



## 1.2. Conceptualización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

### 1.2.1 Reseña histórica

El logro de concebir una vida, sustituyendo algún proceso biológico natural, inició en el año de 1777 cuando el científico Lazzaro Spallanzani insemina reptiles con éxito; posteriormente, en 1785 John Hunter efectúa la primera inseminación artificial en un ser humano. Entre 1850 y 1900 se publica una serie de trabajos sobre inseminación artificial, en 1890 se realiza la primera inseminación con donante de semen y en 1954 se realiza experimentación con semen congelado, logrando con ello cuatro embarazos. (Rabanales, 2015, pp. 2-11).

Desde hace varios años, el ser humano ha mostrado interés en este ámbito de la ciencia y especialmente ha dirigido su atención a aquello que tienda a favorecer y promover la procreación humana. Se ha aventurado con especial ahínco a experimentar y procurar encontrar métodos para lograr la concepción de seres humanos.

El desarrollo histórico de las técnicas de reproducción asistida se refiere exclusivamente a aquellas que presentan la característica de ser intracorpóreas. No obstante, el desarrollo de la ciencia y la necesidad natural del ser humano de aventurarse en terrenos poco conocidos, conllevó que científicos y médicos

procuraran desarrollar nuevas técnicas que pusieran cada vez más al límite la inventiva humana.



De tal cuenta, se abrió paso al desarrollo de técnicas extracorpóreas, tuvo sus inicios, aunque no en seres humanos, en 1878 en Alemania, donde se procuró fecundar óvulos de conejo en un laboratorio, aunque sin éxito, sin embargo, en 1930, Gregory Pincus consiguió la fecundación fuera del útero materno de una coneja y logró su posterior transferencia a la trompa de Falopio, pero no consiguió ningún embarazo. Fue hasta 1959 cuando se consiguió un embarazo en esta misma especie.

En la década de los setentas, se desarrollaron técnicas de reproducción asistida extracorpórea con usos veterinarios y se logró, aunque únicamente con especies no humanas, el desarrollo de técnicas de cultivo y maduración de ovocitos, la estimulación mediante hormonas de los ovarios con miras a obtener más ovulación que la regular, se desarrolló la técnica laparoscópica para la extracción de ovocitos preovulatorios y se consiguió desarrollar técnicas adecuadas para la selección de espermatozoides. Llegó a tal grado el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida extracorpóreas que en la década de los ochenta, se convierten en un método vital para la explotación ganadera. (Tarasco, et al., 1997, p. 35).

Se evidenció que el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida en seres humanos tomó como base los adelantos científicos que se dieron en el ámbito de la experimentación animal; una vez se alcanzó en animales la técnica

propicia para llevar a término un embarazo tras sustituir una o varias etapas biológicas de la fecundación, implantación y desarrollo del embrión, el salto hacia los seres humanos se dio con relativa facilidad.



En 1945 los doctores John Rock y Miriam Menkin hicieron el primer intento de fertilización *in vitro*; en 1960 se realizó un nuevo intento, pero fue hasta en 1965 cuando Robert Edwards logró la fecundación *in vitro* de ovocitos de mujeres; sin embargo, no se logró la debida división celular. En 1969 se realizaron experimentos con embriones humanos que, debido a las implicaciones morales, nunca salieron a la luz. Con el dominio de la técnica laparoscópica se pudieron obtener suficientes ovocitos para su fecundación y con ello se consiguió que, en 1971 se transfirieran embriones fecundados a mujeres infértiles, pero nuevamente no se consiguió la implantación deseada. En 1975, se consiguió un embarazo ectópico utilizando la técnica de fertilización *in vitro*; sin embargo, el embarazo continuó hasta la semana once (Tarasco, et al. 1997, p. 36).

A pesar de los múltiples fracasos y de las vidas humanas que ello representó, se continuó procurando la utilización de técnicas de reproducción asistida extracorpóreas, hasta que, en 1978, nació mediante la aplicación de una de estas técnicas, Louisa Brown, tras la inseminación fructífera elaborada por Patrick Steptoe y Robert Edwards. En los resultados de la investigación mencionada se indicó que: “la técnica se realizó en 79 mujeres, obteniendo 4 embarazos con dos abortos y dos nacimientos, el primero el de la niña Louise



Brown y, posteriormente el de un niño, con lo que el porcentaje de éxito fue del 4.5%” (Tarasco, et al. 1997, p. 36).

El tercer ser humano nacido mediante técnicas extracorpóreas fue en Australia, en 1978. Posteriormente, en Francia, en Estados Unidos en 1981 y en España en 1984. En el mismo año nació en Australia la primera niña procedente de un embrión congelado. En 1985 se produce en Sudáfrica el primer caso de una abuela pariendo a sus propios nietos implantados mediante la técnica de fecundación *in vitro*. La primera vez que se utilizaron las técnicas aludidas como método para la selección del sexo en enfermedades ligadas al género, como en el caso de la Hemofilia, que las mujeres se constituyen como portadoras de la enfermedad en sus genes, fue en 1990 en Londres. (Tarasco, et al. 1997 p. 38).

En la actualidad, las técnicas de reproducción humana asistida son una realidad, tanto en Guatemala como a nivel mundial, que lejos de verse como algo remoto y novedoso, se ve cada vez más como algo de fácil acceso y como una opción a la procreación tradicional. Las distintas técnicas de reproducción humana asistida son la rutina de muchas clínicas alrededor del mundo dedicadas específicamente a eso, por lo que es posible verificar que, desde sus inicios hasta el momento, la utilización de las mismas se ha ido expandiendo, hasta ser parte de las opciones regulares que se le ofrecen a una pareja que espera concebir un hijo.

Al haber expuesto los factores causales e históricos que promovieron que los estudiosos de la TRHA, logran sus objetivos por medio de varios ensayos en



animales y posteriormente en seres humanos, hace necesario especificar en qué consisten estas técnicas de reproducción humana asistida y los diferentes tipos.

### **1.2.2. Definición**

Las TRHA, son procedimientos que coadyuvan en el proceso de reproducción, mediante la sustitución o mejoramiento de algunas fases naturales de la reproducción sexual. (Rabanales 2015, pp.5-12)

El objeto de las técnicas de reproducción asistida es facilitar o substituir los procesos biológicos naturales de procreación; no suplantando mediante elementos artificiales el organismo femenino o el masculino en la función procreativa, sino que se encaminan a sustituir funciones que presentan ciertas dificultades. No son tratamientos médicos, pues no van encaminadas a curar la infertilidad, sino únicamente se dirigen a lograr la fecundación, aun y cuando el problema orgánico se mantenga.

Las TRHA permiten, en un primer plano, diagnosticar eventuales problemas para poder concebir un ser humano y, en un segundo plano y de manera eventual, permiten solucionar o “revertir” el problema de infertilidad interviniendo mediante la ciencia en el logro del embarazo.

Las TRHA, son sustitutas de la forma natural de procreación; son tratamientos médicos que ofrecen un servicio con miras a la producción de un

nuevo ser humano (con las implicaciones éticas que la simple afirmación anterior acarrea). (Rabanales 2015, pp.5-12)



### **1.3. Clasificación de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

#### **1.3.1. Fecundación intracorpórea**

Son tratamientos de menor complejidad respecto a los extracorpóreos de manera general. La fecundación intracorpórea, consiste en depositar espermatozoides en el aparato reproductor femenino interno mediante algún instrumento específico; ello con miras a lograr la fecundación.

Este tipo de TRHA, abarca distintos procedimientos que tienen como objeto la fecundación o fertilización del óvulo por el espermatozoide, con la particularidad que tal fertilización se producirá en el interior del aparato reproductor femenino.

El momento de la concepción en estas técnicas se produce de manera natural y será solo el camino para que esto se produzca, en donde medie intervención científica del ser humano; es por ello que es dable afirmar que estas técnicas conllevan a que exista cierto grado de funcionalidad en el aparato reproductor femenino y también cierto grado de funcionalidad en el masculino pues, como se mencionó, la fecundación queda fuera de toda intervención de la ciencia.



Esta clasificación hace referencia a los sujetos que donan los gametos, según vayan a ser las mismas personas las encargadas del cuidado del ser humano producto de la fecundación, los que a su vez se sometan al procedimiento de reproducción asistida o no. De tal cuenta, existen dos clases, según los sujetos que intervienen en la reproducción asistida. (Rabanales 2015, pp.5-12)

a. Técnica homóloga

Es aquel tipo de técnica de reproducción asistida intracorpórea en donde, tanto el espermatozoide como el óvulo que se va a fecundar, proceden de la pareja que se somete al procedimiento de reproducción asistida. Es decir, no se cuenta con donador de gametos ajeno a la pareja que desea ser asistida en el proceso reproductivo.

b. Técnica heteróloga

Se entiende como aquella en donde uno o inclusive ambos gametos, bien puede ser el óvulo o el espermatozoide, proceden de donantes ajenos a la pareja cuya intención es criar y educar al nuevo ser humano.

**Técnicas de Reproducción Humana Asistida intracorpóreas según el procedimiento que se efectúe:**

a. Inseminación artificial



Consiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer; de tal cuenta, los espermatozoides llegan hasta el óvulo y la fecundación sucede de manera natural.

La inseminación se debe realizar antes de la ovulación, puesto que la presencia de progesterona hace que el moco cervical sea denso y esto inhibe la penetración espermática. La introducción del esperma es mecánica y por consiguiente se necesita su obtención previa, que bien puede ser mediante la masturbación, con estimulaciones eléctricas en los testículos o con una técnica postcoital que consiste en recuperar el semen de un preservativo de una relación sexual normal.

Es muy común que en esta técnica sea necesaria la preparación previa de los espermatozoides pues esto puede representar una variante significativa en la efectividad de la técnica; resulta necesario separar los espermatozoides del plasma seminal. Lo anterior se logra mediante un lavado con medio de cultivo y se centrifuga en breves periodos (Tarasco, et al. 1997, p. 38).

#### b. Inseminación intrauterina directa

Los espermatozoides se depositan directamente en el útero, evitando con ello su tránsito por la vagina, que puede ser un ambiente hostil. Una particularidad que se puede dar en este tipo de inseminación es que los espermatozoides que se introducen en el útero están lavados y muy probablemente la mujer está sometida a superovulación.



### c. Inseminación intraperitoneal

Igualmente, la mujer es sometida a superovulación, pero los espermatozoides son introducidos móviles por medio del fórnix vaginal posterior; esta introducción se realiza mediante una sonda guiada por ecografía hasta la región más próxima al ovario, que es donde se produce la fecundación fisiológica natural.

### d. Transferencia intratubárica de gametos

Esta técnica se presenta como una alternativa a la fertilización *in vitro*; fue desarrollada por Ricardo Asch y Nicola Garcea, del Hospital Policlínico Gemelli de Roma. Es necesario que al menos una de las trompas de Falopio, esté en condiciones adecuadas y es recomendada en casos de subinfertilidad masculina, endometriosis, factor cervical, factores inmunológicos, anovulación o no embarazo después de tratamiento quirúrgico de la trompa (Tarasco, op.cit., p. 40).

Este procedimiento inicia con la inducción de la ovulación por hiperestimulación ovárica y se recogen los ovocitos vía transvaginal; con posterioridad se captan los espermatozoides de igual manera que la que se indicó en la inseminación artificial; por último, se realiza la transferencia mediante un catéter, tanto del óvulo como del espermatozoide, que viajan separados para evitar que se produzca la fecundación en el catéter. El contenido del catéter se deposita en las trompas de Falopio a una distancia adecuada para que se



produzca la fecundación in situ en la trompa de Falopio para que, tal como se produce naturalmente, el embrión formado, viaje hasta el útero y se implante en él.

e. Transferencia cervical-intratubárica de gametos

Se diferencia de la transferencia intratubárica de gametos en que la transferencia de gametos a la trompa se realiza por vía cervical.

f. Transferencia tubárica de ovocitos

Se efectúa cuando no hay comunicación entre los ovarios y las trompas de Falopio. Los ovocitos se obtienen por vía laparoscópica y se depositan con una cánula en la parte alta de la trompa, en donde se puede producir la fecundación.

g. Transferencia intraperitoneal de espermatozoides y ovocitos

En este tipo de reproducción intracorpórea, los ovocitos y los espermatozoides se depositan mediante un catéter en el saco de Douglas. El saco de Douglas es una membrana que recubre la cavidad abdominal entre el recto y el útero de la mujer y, en algunas ocasiones la fecundación natural se produce en este saco.

h. Transferencia uterina de gametos

Consiste en la transferencia de ovocitos y espermatozoides en el útero en lugar de en la trompa y se aconseja en casos en que existe oclusión tubárica o daños en las trompas de Falopio (Tarasco, op.cit., p. 43).



### 1.3.2. Fecundación extracorpórea

La fecundación extracorpórea hace referencia a todas aquellas técnicas de reproducción asistida en donde la fecundación se produce fuera del aparato reproductor femenino; en este tipo de reproducción asistida se da la intervención de la ciencia para lograr la concepción e, inclusive, las primeras etapas de desarrollo del embrión producto de la concepción.

El cigoto o embrión obtenido, luego de efectuar la fecundación extracorpórea, es transferido a la mujer para que continúe su desarrollo hasta el nacimiento. Dada su naturaleza y procedimiento, necesariamente conlleva manipulación de embriones en el laboratorio.

De igual manera que sucede con la fecundación intracorpórea, la extracorpórea puede ser tanto homóloga como heteróloga según sean utilizados gametos de la pareja o procedentes de donantes. (Tarasco, op.cit., p.58).

#### **Técnicas de Reproducción Asistida extracorpóreas según el procedimiento que se efectúe:**

Aunque actualmente existen muchas variantes de técnicas de reproducción asistida extracorpóreas, a continuación, se exponen brevemente las más relevantes, en el entendido de que muchas de las variantes existentes fluctúan en



cuanto al procedimiento para extracción de los gametos o el procedimiento para la introducción del embrión fecundado en el laboratorio.

a. Fecundación *in vitro*

Esta técnica consiste en la obtención mediante hiperestimulación ovárica de varios ovocitos para ser fecundados, mismos que se extraen del cuerpo femenino mediante una laparoscopia o mediante una punción del fondo de los folículos ováricos; estos a su vez son madurados en un medio de cultivo, al igual que los espermatozoides que se recolectan de formas similares a las plasmadas con antelación y, una vez se tengan los ovocitos y espermatozoides en las mejores condiciones posibles, se verifica la fecundación bajo el microscopio para posteriormente efectuar la implantación del embrión en el vientre materno, luego de analizar por algún tiempo la viabilidad del embrión y efectuar la escogencia de aquel o aquellos que se quieran implantar. (Tarasco, op.cit., p. 63).

b. Inserción subzonal de espermatozoides

Consiste en la inserción mecánica del espermatozoide, su núcleo o de células espermáticas inmaduras (espermátides) en el espacio perivitelino. El espacio perivitelino es un hueco que se ubica entre la membrana citoplásmica del óvulo y su cubierta, para que los espermatozoides, al atravesar mecánicamente una barrera menos, puedan fecundar con mayor facilidad al óvulo.



### c. Inyección intracitoplásmica de espermatozoides

De igual manera que, con la inserción subzonal de espermatozoides se insertan éstos mecánicamente, con la diferencia de que la inserción en esta técnica se efectúa en el interior del ovocito, es decir, que el espermatozoide no debe desplazarse a ningún lado para poder fecundar, sino que la fecundación es enteramente mecánica.

Se precisa la manipulación de gametos mediante pipetas y agujas finas que se micro manipulan para permitir desplazamiento en rango de micras para actuar sobre las células. El objeto es maximizar la penetración de espermatozoides en el óvulo que se pretende fecundar. En ambas técnicas, el óvulo a fecundar se inmoviliza en el medio de cultivo y bajo control se introduce un único espermatozoide. Una vez efectuada la micro manipulación, los óvulos fecundados se cultivan y continúan las etapas de la fecundación *in vitro* tradicional. (Tarasco, op.cit., pp. 74-77).

### 1.3.3. Fecundación *in vitro*

La fecundación *in vitro* se desarrolla en distintas etapas fácilmente identificables, cada una de ellas encaminada a potencializar la fecundación. A continuación, una breve descripción de ellas.



a. Tratamiento hormonal para producir superovulación

Se procura la obtención de más de un ovocito para realizar varias fecundaciones y así maximizar las posibilidades de éxito en la fecundación. Esta hiperestimulación ovárica implica tratamiento hormonal previo con el objeto de inducir ovulación múltiple.

b. Obtención de ovocitos

Se puede efectuar por laparoscopia o vía transvaginal mediante un catéter guiado; esta última es la más utilizada actualmente. Se dirige la punción al folículo ovárico y se aspira su contenido obteniendo con ello varios ovocitos. Uno de los principales aspectos a considerar es la aspiración, porque puede afectar al ovocito alterando su capacidad de fertilización o de división; de igual manera, si se aspira en exceso las células de la granulosa que rodean los ovocitos, se pueden producir cuerpos lúteos que impidan el desarrollo del embrión. (Tarasco, op.cit., p. 86).

c. Obtención y capacitación de espermatozoides

Usualmente se obtienen por masturbación, estimulaciones eléctricas en los testículos o la recuperación del semen de un preservativo en una relación sexual normal.

d. Fecundación *in vitro*

Esta etapa consiste en la verificación bajo el microscopio de la fecundación y segmentaciones del cigoto. Lo que sucede es que los espermatozoides son añadidos a los ovocitos que a su vez están incubados a cierta temperatura. Esto



se efectúa por un número variable de horas según dependa de la maduración que presenten los ovocitos, pues de ello depende el tiempo que toma la fecundación.

No se produce una selección de los espermatozoides más hábiles o aptos, como se da en la fecundación natural, así como tampoco de los ovocitos; porque, de manera natural, tanto el espermatozoide que va a fecundar como el ovocito fecundado, son aquellos que presentan las mejores características y por consiguiente mejor capacidad genética (selección natural), proceso que no se puede efectuar en la fecundación *in vitro*. (Tarasco, op.cit., pp. 96-100).

#### e. Desarrollo *in vitro* del cigoto

El embrión, se traslada a un medio de cultivo más adecuado para su desarrollo, en este nuevo medio se eliminan los espermatozoides sobrantes que podrían degradar el medio.

El tiempo de cultivo varía según el criterio de quien esté practicando la técnica, pero puede variar desde dos días hasta cuatro o cinco, según se vayan observando las primeras divisiones, pues no todos los cigotos formados logran dividirse.

#### f. Transferencia de embriones

Se efectúa la selección de los embriones que presenten las mejores características genéticas o que sean más “aptos” para la sobrevivencia postimplantatoria. La selección implica aplicar diversos criterios que dan como



resultado la eliminación de algunos embriones (los dejenos). Tradicionalmente se escogen tres o cuatro embriones para implantarse y los restantes se criogenizan para posteriores intentos, se donan a otras parejas o se venden para experimentación. (Tarasco, op.cit., p. 106).

#### **1.3.4. Maternidad subrogada**

Se trata del caso en el cual una mujer lleva en su vientre un ser humano, con el compromiso de entregárselo a otra mujer inmediatamente después de ocurrido el nacimiento, es decir, existe un acuerdo previo de hacer una delegación o sustitución de la maternidad en otra mujer, para compensar una deficiencia reproductora en la mujer que se le entregará el hijo. (Gafo, et, al. 1986, p. 89)

Esta puede ser:

a. Onerosa: se le conoce como alquiler de vientres, y consiste en aquella práctica mediante la que una mujer por un precio determinado se compromete a entregarle a una pareja, el fruto de la gestación, producida por una fertilización *in vitro*.

b. Gratuita: mejor conocida como maternidad subrogada, consiste en aquella práctica, motivada por la altruista intención, en la que una mujer presta su útero, para que una pareja clínicamente estéril, pueda, por medio de ese útero, tener descendencia.



### 1.3.5. Ingeniería genética

Se trata de una serie de técnicas que se basan en la introducción de genes en el genoma de un individuo que no los presente. Por medio de esta técnica, se trata de remodelar o modificar por medio de la transformación del genoma, la apariencia del ser que es concebido (fenotipo), según la conveniencia o requerimiento de las partes interesadas.

Estas técnicas fundamentalmente son:

a. Transferencia de genes de una especie a otra:

Hay técnicas por las que se pueden transferir genes de una especie a otra. Así, mediante un vector apropiado, que puede ser un plásmido o un virus, se puede introducir un gen de una especie en otra diferente. Con estas técnicas se pueden pasar genes de eucariotas a eucariotas, de eucariotas a procariontes y de procariontes a procariontes. Por ejemplo: se puede introducir en bacterias el gen que produce la insulina humana. De esta manera las bacterias producen fácilmente y en abundancia esta hormona.

b. Técnica de la PCR:

También existen métodos para amplificar una determinada secuencia o fragmento de ADN. La más conocida es la técnica de la reacción en cadena de la polimerasa PCR. Así se consigue multiplicar un determinado fragmento de ADN millones de veces para poder tener una cantidad suficiente para estudiarlo.



Sin esta técnica serían imposibles los estudios de ADN para el reconocimiento de la paternidad o en caso de delito, pues la cantidad de ADN presente en las células es tan pequeña, del orden de picogramos, que se necesitaría una gran cantidad de material celular para tener una cantidad apreciable de ADN.

Al implementar cualquiera de los métodos de reproducción humana asistida, siempre deberían prevalecer todos criterios de la bioética, para respetar los Derechos a la Vida y la Integridad del Ser Humano.

Se puede afirmar, que la bioética, pretende ser una guía de los valores morales que intervienen en la práctica de la medicina y su aplicación en los seres humanos, también a los estudios tecnológicos-medico-científicos que, puedan afectar de manera intrínseca a los hombres; ante estos puntos de vista, la bioética rige de indudable manera sobre las técnicas de reproducción asistida, como parte integral de la aplicación de la ciencia a la vida humana, con el objeto de garantizar el respeto a la vida. (Gafo, op.cit., p. 92)



## CAPÍTULO II



### **Legislación nacional e internacional sobre Protección a la Concepción por medio de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su Aplicación**

#### **2.1. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, bioética y Derechos Humanos**

En este apartado se abordan las TRHA desde la perspectiva legal. En Guatemala y Latinoamérica prevalece un silencio a nivel legislativo que reglamente sobre el uso y principios básicos bioéticos que frecuentemente vulneran todo lo relacionado con los Derechos Humanos y la integridad del ser humano.

Se exponen casos a nivel internacional emanados de tribunales sobre derechos humanos, surgen principios sobre cuáles se debe enmarcar cualquier intento de considerar un marco legal, cada vez más frecuente de las TRHA.

Las TRHA, integran la extensa y relativa nueva disciplina denominada BIOÉTICA. La relación entre bioética y derechos humanos, se deriva en cuanto que la bioética se entiende “como puente entre ciencias experimentales y humanidades”. (Gamboa 2016, pp. 319-344)



La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005, contempla las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y, las tecnologías aplicadas a los seres humanos. Toma en cuenta sus, sociales, jurídicas y ambientales. En el artículo segundo, establece uno de sus objetivos “promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”. (Gamboa 2016, pp. 319-344)

Con una línea similar en el ámbito europeo, el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina obliga a los Estados, a proteger, la dignidad y la identidad de todo ser humano, y garantizar a toda persona, sin discriminación el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina. (Gamboa 2016, pp. 319-344)

En cuanto a las TRHA, es necesario visibilizar los Derechos Humanos que se ven comprometidos o muchas veces vulnerados y principios mínimos sobre los cuales edificar un marco jurídico institucional acorde al desarrollo y consolidación de los Derechos Humanos como perspectiva obligada. Para ello, la base fundamental, son los diferentes instrumentos internacionales y nacionales de Derechos Humanos.



Las TRHA, fueron originariamente la respuesta frente a un problema médico: la infertilidad; sin embargo, en la actualidad esta concepción es limitada o restrictiva. Sucede que, la reproducción humana asistida representa el medio para que miles de personas y parejas en el mundo logren alcanzar la paternidad por fuera de la noción de infertilidad, es decir, sin problemas de salud de por medio.

En este contexto, las parejas del mismo sexo apelan a estas técnicas para alcanzar la maternidad o paternidad, al igual que las mujeres que desean ser madres sin tener pareja alguna. Como se puede observar, desde la perspectiva obligada de los derechos humanos, la reproducción humana asistida implica revisar la noción tradicional de familia en singular, la cual es interpretada por la necesidad de referirse a ellas en plural. Esto constituye una deconstrucción profunda en torno a la protección de la familia. (Gamboa 2016, pp. 319-344)

Esto sin duda ha desbordado las estructuras jurídicas conocidas hasta el momento, obligando a reformular y readecuar los cimientos de un derecho de familia basado en un concepto de familia heterosexual-matrimonial y centrada únicamente en dos fuentes filiales: la filiación por naturaleza y la adoptiva. En este marco, la reproducción humana asistida coloca en crisis los ordenamientos jurídicos clásicos, fundados en la heteronormatividad y en el binarismo como ejes centrales del derecho filial. De allí la importancia de que las legislaciones más contemporáneas, recepten a este tipo de prácticas médicas como un tercer tipo filial con sus propias reglas y caracteres como lo hacen en la región países como

Brasil, Uruguay y de manera más reciente, integral y sistémica, la Argentina en su nuevo Código Civil y Comercial. (Recinos 2011, p.49)



En las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

Beneficiarse del progreso científico, es otro derecho humano directamente involucrado en las TRHA. El desarrollo, avance y perfeccionamiento de la ciencia produce herramientas y conocimientos para mejorar la calidad de vida de las personas. Ahora bien, establecer principios rectores para el uso de estos avances es la vía adecuada para neutralizar las consecuencias negativas de algunos logros científicos y tecnológicos. La bioética, como disciplina de la ética, intenta compatibilizar estos avances con el respeto por el ser humano y sus derechos humanos fundamentales. (Gamboa 2016, pp. 319-344)

La realidad cotidiana da cuenta de numerosas parejas y personas que han podido alcanzar la maternidad/paternidad gracias al desarrollo de la ciencia. Además, ha permitido mejorar y aumentar la calidad de la salud. Por ejemplo, la



técnica del Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) detecta anomalías en el embrión para evitar que se transmitan a la descendencia o a embriones que se sabe que no tienen capacidad para desarrollarse. O, de manera más actual, el mencionado trasplante de útero que habilita a personas que no pueden gestar para hacerlo.

La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) ha tenido la oportunidad de profundizar sobre las THRA, en el famoso caso de Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012, reafirmado en la sentencia en el proceso de seguimiento del 26 de febrero 2016. Se trata de un grupo de parejas que rechazan la prohibición de la fertilización *in vitro* (FIV), tras la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (15 de marzo del 2000) en ese sentido.

Dicho grupo argumentó que esta TRHA, de alta complejidad implicaba la manipulación de personas. De allí su necesidad de declarar la inconstitucionalidad de algunas disposiciones del decreto ejecutivo 24029-S del 3 de febrero de 1995 que regulaba las TRHA. Los demandantes entendieron que la prohibición efectuada por el Estado de Costa Rica constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida privada familiar (artículo 11 de la Convención Americana) y el derecho a conformar una familia (artículo 17), afirmación de la consecuente violación al derecho de igualdad (artículo 24). (Recinos 2011, pp.49-60)



En este marco, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció por primera vez sobre uno de los procedimientos de reproducción asistida más sensibles desde el punto de vista ético: la fecundación *in vitro*. En este tratamiento la unión entre el óvulo y el espermatozoide acontece fuera del cuerpo de la persona, básicamente, aquí la interpretación ha girado en torno a la noción de "concepción" que recepta el artículo 4.1 de la CADH, referido al derecho a la vida.

En otras palabras, reflexiona si el embrión se encuentra protegido por la noción de persona a la luz de lo dispuesto en dicha normativa. Aquí, la CIDH concluye, en el párrafo 264, que: "el embrión *in vitro* no puede ser entendido como persona a los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana" y que "la concepción en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero".

Para arribar a esta conclusión, la máxima instancia judicial regional esgrime varias afirmaciones esenciales, para estructurar los cimientos básicos sobre los cuales edificar una regulación estadual en torno a las TRHA, la luz de la obligada perspectiva convencional-constitucional, donde los derechos humanos ocupan un lugar central en la agenda legal-jurídica, se destacan los siguientes factores. (Rabanales 2015, pp.36-42)

### **El derecho a la vida privada**

Sobre la base de una interpretación amplia de libertad, en el sentido de hacer y no hacer lo que está lícitamente permitido, la CIDH reafirma:



El derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. (párrafo 142)

En esta línea, el párrafo 143 expresa que:

La maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la CIDH considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Por otra parte, desde la obligada mirada sistémica de la cual se deriva la interdependencia de los derechos humanos, la CIDH reconoce, en el párrafo 146, que el derecho a la vida privada se vincula de manera directa con "i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho".

### **El derecho a la salud y en particular, a la salud reproductiva**

Según la Organización Panamericana de la Salud (OPS):



Transferir a una mujer todos los embriones producidos en cada ciclo de un tratamiento de fecundación *in vitro*, incluso aquellos embriones que tienen defectos, puede poner en peligro el derecho a la vida de la mujer e incluso ocasionar la realización de un aborto terapéutico lo que a su vez afecta negativamente el goce del derecho a la salud y de otros derechos humanos relacionados que han sido acordados por los Estados de la OPS.

En esta misma línea, la CIDH, considera que:

Una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional, impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la fecundación *in vitro* es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad [...] o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos.

### **El derecho a formar una familia**

Se asevera que:

La decisión de tener hijos biológicos por medio del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad



personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja.

Con esto se reafirma que las TRHA:

Se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en la Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia.

### **El derecho a beneficiarse del desarrollo y progreso científico**

Se afirma que:

Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

(Rabanales 2015, pp.36-42)



## **El derecho a la no discriminación**

La CIDH profundiza sobre la noción de discriminación inversa. En este contexto diferencia.

La discriminación indirecta en relación con la discapacidad, alega que:

La infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad. En ello se incluye el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva. (Rabanales 2015, pp.36-42)

La discriminación indirecta en relación al género. Destaca que la infertilidad tiene un impacto diferente —y mayor— en las mujeres, por ello:

Estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan solo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

Discriminación indirecta en relación con la situación económica, el impacto de la prohibición de la fecundación *in vitro* más severo o desproporcionado en parejas infértiles que carecen de recursos económicos para acceder a estas costosas prácticas médicas.



Esto demuestra que la CIDH, no solo está a favor del uso de las TRHA, sino, además, lo hace de un modo absolutamente plural. Para ello, entiende necesario que lo sea desde una perspectiva laica alejada de toda connotación religiosa. Esto se explica cuando afirma:

Hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a quienes confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas posiciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

El Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH), creado en el año 1954 y constituido finalmente en el año 1959, es el órgano encargado de supervisar que los Estados, parte cumplan las obligaciones que surgen de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esta última entró en vigor en 1953. (Rabanales 2015, pp.36-42)



Como efecto directo de las violaciones atroces de derechos humanos ocurridas en el marco de la Segunda Guerra Mundial, al igual que en el caso de su corte congénere americana, los primeros años de las TRHA, estuvieron signados por casos que comprometían delitos de la humanidad. Tal es así que el Convenio Europeo, en su versión primigenia, no incluía una lista extensa de derechos, sino una bastante genérica y estrecha. Sin embargo, se fue extendiendo y engrosando a partir de la ratificación de protocolos adicionales al Convenio.

Tanto los organismos internacionales con sus observaciones, como los tribunales regionales de derechos humanos con sus sentencias, evidencian y acompañan este viraje a la hora de interpretar el alcance de las TRHA. De este modo, se pasa de un paradigma exclusivamente médico o de salud en sentido restringido que entendía el acceso a TRHA, únicamente como un paliativo ante la infertilidad en parejas heterosexuales, evolucionando hacia una idea más amplia en dos sentidos: *a)* al entender que el derecho implica no solo la salud física sino también la psíquica, cualquiera que sea la orientación e identidad sexual de la persona y *b)* al admitir que el derecho a la salud es solo uno de los tantos derechos humanos que involucran las TRHA.

Esta es la perspectiva obligada a la hora de subsanar los vacíos legales en cuanto a las TRHA, materia aún pendiente de regulación en muchos países de Latinoamérica. A la par, constituye una herramienta hábil para evaluar la corrección o no de las normativas existentes. Desde otra óptica, sería el modo de medir cómo los Estados cumplen o incumplen con sus responsabilidades en el

plano regional-internacional, de conformidad con el control de convencionalidad que les cabe a partir del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala de la CIDH del 25 de noviembre de 2003 y todo su desarrollo hasta estos días.



## **2.2. Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida a nivel internacional**

### **2.2.1 Canadá**

En este país por medio de la ley de Reproducción Humana Asistida (AHRA) una de las técnicas como la subrogación no es comercial. Cualquier persona que contravenga esta prohibición será sancionada con una multa que no exceda de quinientos mil dólares canadienses o de prisión por diez años, o las dos penas; o una multa de doscientos cincuenta mil dólares y prisión que no excede de cuatro años. Los dos castigos anteriores, no solo por prohibición de ley, sino que también porque contraviene la sección siete y quince de la Constitución.

**En la sección sesenta de la ley de Reproducción Asistida de Canadá, la prioridad es siempre el interés superior del niño;** los beneficios de las tecnologías reproductivas, pueden ser resguardados de modo eficaz tomando como base las medidas de protección y promoción a la salud, y la desigualdad y los Derechos Humanos; protección especial a la mujer como sujeto más significativamente afectado, promueve el principio de consentimiento libre e informado como requisito primordial y fundamental.



Prohíbe el comercio de las potencialidades reproductivas de la mujer y lo penaliza, protege la integridad del genoma humano; prohíbe la clonación o creación de embriones o seres humanos o mantener el embrión fuera del cuerpo humano, después de 14 días (periodo de evolución); prohíbe la determinación del sexo; prohíbe la alteración del genoma humano; prohíbe la manipulación de células no humanas; penaliza la maternidad por sustitución comercial, o la comercialización de cualquier material genético; regula la edad mínima para la madre gestante en 21 años; prevé la revelación de la información sanitaria por parte de los donantes; (Rabanales 2015, pp.54-61)

### **2.2.2 India**

Es uno de los países en donde las TRHA, se utilizan sin discriminación y no hay una regulación o marco legal. La técnica más utilizada es la maternidad subrogada. El uso indiscriminado de esta técnica es una contradicción de las leyes, de conformidad con la interpretación de la Corte suprema de Justicia, mediante el reconocimiento de los contratos de este tipo. Nuphar Lipkin comenta, “el bajo costo de esta técnica en este país, es una de las razones por la que es el país que más contratos de subrogación celebra al año, porque este puede costar entre diez y veintiocho mil dólares, incluyendo la fertilización, la cuota de la madre subrogada y la entrega del bebe en el hospital, incluyendo el pasaje de viaje y hotel, consistiendo en una tercera parte del costo que se hubiera pagado en Rusia”. Comenta Lipkin, que el problema después de la entrega del niño radica, en que una vez se ha dado a luz por parte de la madre sustituta a la criatura, los

padres biológicos, deben de solicitar su adopción, proceso que es largo y tedioso, con el requerimiento de que los padres deben permanecer en la India. Añadiendo el peligro de que la legislación de India continúa protegiendo a la madre que tuvo al niño o niña.



Según Nuphar Lipkin, otro de los aspectos importantes radica en el hecho que, en la India, en el certificado de nacimiento proveniente de estos acuerdos, no se inscribe a la madre gestante, por lo que el certificado en caso de no existir madre intencional, carecería de este rubro, por lo que podría ocasionar problemas en caso de su inscripción por parte del país del cual provienen los padres, tal es el caso de Argentina. (Rabanales 2015, pp.54-61)

### **2.2.3 Israel**

En marzo de 1996, el gobierno de Israel legalizó el método de reproducción asistida humana de subrogación gestacional bajo la ley de portación de embriones, estableciendo un control estatal para la aprobación de los contratos de subrogación.

Al respecto de dicha ley, que los requirentes sean una pareja, conformada por hombre y mujer, que se acredite su infertilidad, que los embriones se creen *in vitro* con esperma del padre, la gestante debe de ser soltera, con excepciones claras de esfuerzos infructuosos de conseguir una mujer soltera, siempre bajo la aprobación del comité, deben de profesar la misma religión, el acuerdo debe de



ser aprobado por el comité, la paternidad legal debe ser autorizada por orden judicial, la gestante no puede rescindir el contrato salvo que un tribunal lo considere, siempre que haya habido algún cambio de circunstancias, tras la concesión de una orden de paternidad, la gestante no podrá rescindir el contrato.

Israel es uno de los países donde, aunque es aceptada la subrogación, por ser tan difícil del procedimiento muchas parejas no optan por él, pero que, a pesar de esto, los sucesos de maternidad subrogada han aumentado desde la aprobación de la ley en 1996. De las cuales, el 82%, fueron aprobadas. (Rabanales 2015, pp.54-61)

#### **2.2.4. Argentina**

En Argentina, se ha logrado implementar la regulación legal de las prácticas médicas del TRHA. Para ello, se ha tenido en cuenta primordialmente el derecho de toda persona a la paternidad o maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con los derechos a la salud (reconocido por la Constitución Nacional y los Tratados internacionales de rango constitucional [art. 75, inc. 22]), a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (de conformidad con la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del derecho internacional de los derechos humanos). Así, se ha traído una solución integral a todas aquellas personas que no tienen acceso a la concepción de manera natural. (Lembo julio-septiembre 2016. Argentina, *Revista del Notariado*)



En el año 2013, nacen la Ley 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida 2 y su reglamentación, el Decreto PEN 956/2013 3. De conformidad con esta ley, se entiende por reproducción médicamente asistida los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas entre estas técnicas las de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2). Por su parte, el decreto reglamentario avanza un poco más y amplía las definiciones: se consideran técnicas de baja complejidad aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, ya sea mediante inseminación con semen de la pareja o de un donante; y se entiende por técnicas de alta complejidad aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo la fecundación in vitro y la crio preservación de ovocitos y embriones, entre otros procedimientos. (Lembo julio-septiembre 2016. Argentina, *Revista del Notariado*)

La finalidad de la Ley 26862, en palabras de los considerandos de su decreto reglamentario, es “garantizar el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Asimismo, la ley se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y promoviendo de tal modo una sociedad más democrática y más justa.



Establece, además, que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir modificaciones o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado.

Esta nueva visión ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia abordar diferentes situaciones derivadas de: (i) parejas, con o sin hijos, que no han pasado por el registro civil; núcleos familiares nacidos de nuevas uniones que antes tuvieron otras, conocidos como “familia ensamblada”; (ii) grupos a cargo de una persona sola, llamados “familia monoparental”, que pueden serlo de manera “originaria” (como acontece con la adopción unipersonal o mediante las técnicas de reproducción humana asistida, que permiten que una mujer sola pueda inseminarse con material genético de donante anónimo y ser madre sin un padre), o de modo “derivado”, tras el fallecimiento o separación de la pareja (siendo uno de los progenitores quien asume solo los deberes derivados de la relación paterno-filial porque el otro se desentiende); (iii) las llamadas “familia homoparental” y “familia transexual”, entre otras. (Lembo julio-septiembre 2016. Argentina, *Revista del Notariado*)

Las técnicas de reproducción humana asistida han sido incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina como fuente de filiación, con fundamento en el principio de la voluntad procreacional y su exteriorización por medio del consentimiento informado.



Es pertinente tener en cuenta que se está frente a derechos de carácter personalísimo, que son condición natural del ser humano por ser tal, sin tener en cuenta sus características o condiciones. Los derechos personalísimos tienen aspectos que los hacen únicos frente a los demás derechos. Son esenciales, innatos, inalienables, imprescriptibles y de contenido extra-patrimonial, es decir, su órbita se ubica fuera del comercio. Son derechos de objeto interior, es decir, sujeto y objeto del derecho confluyen en un mismo ente. Los denominados derechos de la personalidad o personalísimos han sido consagrados y fundamentados por medio de normas de carácter internacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969), que posteriormente se tradujeron en tratados, pactos y convenciones que redondean un verdadero derecho internacional tuitivo de los derechos de la personalidad que obligando a los adherentes a adecuar sus legislaciones locales a él.

La regulación integral y sistemática en dicha materia ha sido finalmente incorporada al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, generando un gran acierto, porque esta incorporación ha sido reclamada por la doctrina argentina y fundamentada con sólidos antecedentes en el derecho comparado. (Lembo julio-septiembre 2016. Argentina, *Revista del Notariado*)

Los derechos personalísimos tienen como pilar fundacional permitir al hombre su autodeterminación, esto es, poder decidir sobre determinados ámbitos

personales teniendo como único límite la afectación de intereses legítimos de terceros.



A modo de introducción, es necesario hacer una breve reseña de uno de los derechos personalísimos que se encuentra vertebralmente involucrado con el tema: el derecho a la salud y la disposición de los derechos sobre el cuerpo humano. A tal efecto, el artículo 17 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina dice:

Derechos sobre el cuerpo humano. Los Derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

El contenido del artículo se centra en la vinculación de los derechos sobre el cuerpo humano, con los conceptos jurídicos asociados a los derechos personalísimos, y adopta la tesis de la extrapatrimonialidad de las partes del cuerpo humano, cuya transmisión opera sobre el principio de solidaridad y no en función de una finalidad lucrativa. La disposición de estos derechos requiere del consentimiento expreso de su titular, no se presume (art. 55 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina).

El derecho al cuidado del propio cuerpo y el derecho a la salud tienen su corolario y aplicación práctica en los artículos 56 y 59 del Código Civil y Comercial



de la Nación Argentina, referidos al otorgamiento del consentimiento informado, su contenido, alcance y limitaciones, y en el artículo 60, en referencia a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, actos médicos e investigaciones en salud, y el otorgamiento de directivas médicas anticipadas, en previsión de la propia incapacidad futura. Por su parte, los tratamientos y técnicas de reproducción humana asistida encuentran su correlato en el artículo 560, referente al otorgamiento del consentimiento informado, la forma, los requisitos y su valor como fuente de la voluntad pro creacional. Dicho consentimiento es libremente revocable.

Acorte al artículo publicado por Lembo julio-septiembre 2016 en la Revista del Notariado de Argentina en la trilogía de fuentes en la filiación, temática abordada en el Código Civil y Comercial de Argentina, puede definirse la filiación como “la institución jurídica que determina la posición de los sujetos en el orden de las generaciones, dentro de la familia”. En la regulación del legislador en el Código Velezano, en materia de filiación, se daba por presupuesto ineludible la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, y esto no es un dato menor, todo lo contrario, determinante.

Así, las normas que regulan la filiación “biológica o por naturaleza” no siempre resultarían aplicables a la filiación que surge por la intervención de la ciencia para que una persona pueda nacer. Tampoco serían aplicables las reglas de la adopción, porque los niños nacidos de las TRHA, no han pasado por



situaciones de vulnerabilidad, razón por la cual deban ser criados por una familia distinta a la de origen; al contrario, han sido tan deseados que se animaron a someterse a un tratamiento médico para poder tener un hijo, más allá de que en ambos casos la voluntad sea un elemento central.

Las TRHA, observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio. En consonancia con ello, el Código de Vélez reconocía dos fuentes de filiación: a) por naturaleza, por medio del hecho biológico de la procreación; b) por vía legal, por medio del instituto de la adopción.

Los principios generales de la filiación por naturaleza se mantienen prácticamente inalterables, mientras que la filiación determinada por las TRHA, implica un cambio de paradigma radical respecto del modo en que tradicionalmente se han establecido las relaciones filiales en el sistema normativo, porque tiene su fundamento en un acto derivado de la ciencia médica y, como consecuencia de ello, en el elemento volitivo, con independencia de quién ha aportado el material genético. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por TRHA, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación. (Lembo julio-septiembre 2016. Argentina, *Revista del Notariado*).

Así mismo, señala Lembo en el artículo de la Revista argentina del Notariado, que es necesario determinar el límite a la cantidad de vínculos filiales



dado que, como resultado de estas técnicas de reproducción, si se permitiera la confluencia de aspectos genéticos y volitivos, podrían generarse más de dos vínculos filiales. Por otro lado, se protege la integridad del niño o niña al no permitirse constancia alguna en la partida de nacimiento de las prácticas de TRHA, para lograr su concepción.

Ello en consonancia con los términos de la Ley 26618, con el fin de evitar en la inscripción de niños/as cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo la adición de constancias lesivas o discriminatorias, sin establecer diferencias ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as, generando así un proceso de identificación y no discriminación, conforme al principio de igualdad. (Lembo julio-septiembre 2016. Argentina, *Revista del Notariado*)

Con respecto al consentimiento, Lembo, en la Revista del Notariado, señala que, tratándose de derechos personalísimos, especialmente referidos a la salud y la disposición del cuerpo humano, se afirma que la disposición de ellos no es absoluta sino relativa, porque depende de la manifestación de la voluntad, exteriorizada por medio del consentimiento. El consentimiento informado es el procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en la investigación o práctica médica, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca de los objetivos del estudio o de la aplicación de tales técnicas, los beneficios, los posibles riesgos, las alternativas, sus derechos y responsabilidades. El consentimiento informado debe reunir al menos cuatro requisitos:



- **Capacidad del otorgante:** el individuo debe tener la habilidad de tomar decisiones.
- **Voluntariedad:** Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se le ofrece al paciente un tiempo suficiente para reflexionar, consultar, asesorarse y decidir.
- **Información:** Las opciones deben ser comprensibles y deben incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y la opción del paciente de rechazar el tratamiento o estudio en cualquier momento, sin que ello le pueda traer otros perjuicios.
- **Comprensión:** Es la capacidad del paciente de comprender la información relevante.

La más trascendente función notarial en la actualidad precede y antecede a la escritura pública, porque para llegar a ella (en razón de las necesidades que presentan el hombre y sus problemas) es que las mismas sean tuteladas por medio de la ética que emerge del profesional. Todo ello se traduce en el ejercicio de los deberes éticos notariales aplicados, tales como la información, el asesoramiento, el consejo, la imparcialidad, la independencia y la legalidad. A su vez, como deber notarial de ejercicio, se debe proteger las declaraciones documentadas bajo el amparo de la fe pública; con ello, la calificación notarial y todo su sustento legal vuelven fuerte el desarrollo de la seguridad jurídica preventiva. (Lembo julio-septiembre 2016. Argentina, *Revista del Notariado*)



Así mismo, señala Lembo con respecto a la Regulación por ley especial y Estado parlamentario, que el proyecto de ley que complementa el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, al regular las TRHA, y la protección de los embriones no implantados, presentado el 12 de marzo de 2014, ha sido aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación (12/11/2014) y girado al Senado con doscientos cinco votos a favor y once en contra. En el mencionado proyecto se suprimió de los artículos 11, 12, 19 y 20 la expresión “descarte de embriones” y en su lugar se utiliza “cese de la crio conservación”. (Lembo julio-septiembre 2016. Argentina, *Revista del Notariado*). Este artículo exceptúa a aquellas personas o parejas beneficiaras de técnicas de reproducción humana asistida que manifestaren de modo expreso, y previo al vencimiento del plazo, la decisión de crio conservación su material genético para someterse a un procedimiento en el futuro. Y se agregó un párrafo que indica que las parejas que crio conservaren embriones deberán acordar y dejar sentado, en forma expresa, el destino que se les darán en caso de divorcio, debiendo optar entre la posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja o que cese la crio conservación. (Lembo julio-septiembre 2016. Argentina, *Revista del Notariado*).

### **2.2.5. Rusia**

La subrogación en Rusia es completamente legal, y está contemplada en la legislación. La Ley Federal en materia de atención sanitaria así lo dice en el artículo 55 donde explica claramente que un acuerdo de subrogación comercial entre una madre subrogada y una pareja, o entre una madre subrogada y otra



mujer, que no puede tener hijos, es legal. Además, el Código Civil ruso especifica la entrega del nacido por parte de la gestante a los padres. (Rabanales 2015, pp.54-61)

### **Turismo reproductivo**

Cumpliendo con estas leyes, los centros médicos rusos de fertilización *in vitro* y tratamientos de infertilidad llevan a cabo eficazmente los acuerdos de subrogación. Además, el número de estos programas es bastante alto: de media, una clínica de FIV, que lleva a cabo alrededor de 1000 ciclos al año, entre 20 y 50, tratamientos de subrogación, que representa entre el 2 y el 5%, del número total los tratamientos anuales.

Rusia acoge un elevado flujo de turismo reproductivo, especialmente en gestación subrogada, esto se debe a las sólidas garantías legales, los precios de los tratamientos de FVI y donación de óvulos.

Los acuerdos en tratamientos de gestación subrogada incluyen todos los servicios necesarios, desde transporte, traducción, consultas ilimitadas, contratos personalizados, selección de la gestante, varios intentos de FVI, hasta conseguir embarazo, parto, soporte legal, entre los principales. (Rabanales 2015, pp.54-61)

### **Agencias de subrogación y aspectos legales**

Con el fin de facilitar los trámites a los futuros padres, los acuerdos de subrogación cubren todas las posibles cuestiones que surjan durante el proceso.



Gracias a los precios relativamente reducidos de los servicios médicos en Rusia, muchas agencias, como Surrogacy Worldwide, pueden ofrecer paquetes únicos. Las agencias de subrogación rusas, se centran en el paciente y hacen todo lo que pueden para ayudarlos a tener un hijo. Además, Surrogacy Worldwide se ocupa de cubrir todo gasto adicional.

Es importante tener en cuenta ciertos aspectos legales que son imprescindibles para garantizar que todo saldrá bien, como la firma de un contrato de subrogación entre la agencia y los futuros padres, así como entre la gestante y la propia agencia.

Las clínicas y agencias rusas que implementan los programas de subrogación para los padres internacionales valoran su reputación y además se ocupan de los padres hasta que dejan el país con sus niños. Responsabilidad y entrega al programa de cada cliente es lo que hace destacar a las agencias y las clínicas rusas. (Rabanales 2015, pp. 54-61)

### **2.2.6. México**

En México, la emisión de la normatividad aplicable a los servicios de salud, específicamente los métodos de reproducción humana asistida, es competencia federal y, con fundamento en el artículo 73 constitucional, corresponde a la Ley General de Salud establecer las bases para su regulación. El artículo 3° de dicha

ley establece que el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células es materia de salubridad general. (Martínez 2011, pp.36-42)



A pesar de lo anterior, y como ya se ha señalado, en México no se cuenta con una regulación en la materia, de ahí la importancia de que en el Congreso de la Unión se discuta y establezca la normativa que regule los aspectos generales del acceso y provisión de los servicios de reproducción humana asistida, así como la emisión por parte de la Secretaría de Salud Federal, de una norma oficial mexicana que establezca las disposiciones técnicas en la materia. En los últimos años se han presentado iniciativas en ambas cámaras del Congreso con el propósito de normar la reproducción asistida; sin embargo, hasta el momento ninguna ha sido aprobada. Cabe señalar que algunas de esas iniciativas, lejos de proteger plenamente los derechos humanos de las personas, pretenden otorgarle personalidad jurídica al embrión, así como reconocer únicamente familias de parejas conformadas por un hombre y una mujer o limitar de forma excesiva el acceso a los servicios de reproducción asistida.

Otras iniciativas, más adecuadas, proponían una regulación integral de la materia, fundamentada en los derechos humanos y la evidencia científica. Únicamente en el periodo comprendido entre abril de 2008 y diciembre de 2012 se habían presentado en el Congreso de la Unión por lo menos ocho iniciativas para reformar la Ley General de Salud y abordar ahí el tema, así como la propuesta de creación de dos leyes específicas: la Ley de Reproducción Humana Asistida y la Ley de Subrogación Gestacional. (Martínez 2011, pp.36-42)



Algunos aspectos preocupantes de estas iniciativas son: el uso de conceptos contrarios a la ciencia médica y a la regulación vigente, tales como concepción y fertilización, indistintamente. En materia de regulación, la remisión a lineamientos y/o protocolos para normar procesos específicos, cuando deberían hacerlo a normas oficiales mexicanas. Además, preocupa que se pretenda dotar de personalidad jurídica a los embriones, prohibiendo la criopreservación de óvulos fecundados, así como excluir del acceso a estas técnicas a las personas solteras y a las parejas del mismo sexo, situaciones que implican la violación de ciertos derechos humanos de las mujeres y de las personas que no cumplen con el prototipo de familia tradicional.

Respecto de estas iniciativas cabe resaltar que la presentada por la senadora María de los Ángeles Moreno en julio de 2011, es la única que señala como sujetos de las TRHA, a las personas y no a las parejas, e incluye la posibilidad de crioconservación del material genético, lo cual es consistente con una visión protectora de los derechos humanos.

En 2011, la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados discutía de manera conjunta un dictamen que agrupaba siete iniciativas sobre reproducción asistida que habían sido presentadas a lo largo de los doce años previos. El resultado de reunir propuestas tan diversas algunas de ellas superadas, incluso, por el avance de la ciencia y la investigación podía traducirse en una regulación sumamente restrictiva e inconsistente con la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos. (Martínez 2011, pp.36-42)



Sobre aquel dictamen preocupaban los siguientes aspectos: la prohibición de la crioconservación de óvulos fertilizados por considerarlos personas con derechos, llegando al absurdo de sustentar dicha regulación como protección del interés superior del niño/a. Resultaba, además, discriminatorio e inconstitucional pues permitía solamente a parejas heterosexuales casadas o en concubinato acceder a la reproducción asistida. Asimismo, el proyecto de dictamen cerraba la puerta a la investigación con células embrionarias para su uso en la medicina regenerativa. Fueron todas estas razones las que provocaron que un grupo de legisladores decidiera unirse para elaborar una propuesta que combatiera dichas deficiencias y presentaron una iniciativa conjunta el 13 de julio de 2011. (Martínez 2011, pp.36-42)

Es fundamental que la normativa sobre reproducción asistida sea realmente integral y responda a los estándares más altos de protección de los derechos humanos y a los avances de la ciencia.

### **La Ley de Tabasco**

Desde 1977 en Tabasco la maternidad subrogada como las TRHA, está permitida. A raíz de esto, por 20 años aproximadamente, se llevó a cabo el llamado “Turismo Médico” en el que personas extranjeras visitaban México buscando la oportunidad de tener un bebé al rentar el vientre de una mexicana. La Legislación en 1977 nunca estableció limitaciones sobre cómo debería llevarse a cabo el proceso. Solo hablaba sobre que dos personas podían celebrar dicho contrato. (Piña Gloria, Revista Virtual *La Silla Rota*, 10 de mayo de 2017)



En el año 2016 se modificó el artículo 380 de la Ley de Tabasco. Los cambios más significativos de la nueva reforma son:

1. La práctica debe ser de forma altruista, no se puede rentar un vientre, solo podrá pagarse los gastos correspondientes a la salud de la gestante durante el embarazo.
2. El procedimiento solo lo pueden realizar ciudadanos con nacionalidad mexicana.
3. No deben existir intermediarios (agencias o clínicas)

#### **2.2.7. España**

A igual que otros países europeos, se conformó una Comisión para analizar las técnicas de reproducción humana asistida. Esto trajo como consecuencia el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humana del Congreso de los Diputados de 1986, llamado Informe Palacios lo que a su vez desembocó en las Leyes 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 42/1988 sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de células; tejidos y órganos. (Martínez 2011, pp.36-42)



### 2.2.8. Costa Rica

Es uno de los pocos países en el mundo que ha decidido no regular las TRHA, porque simplemente, su uso ha sido prohibido. Decidió no permitir estas técnicas, específicamente la técnica de Fecundación *In Vitro* (FIV) por medio de la Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre la prohibición de la Fecundación *In Vitro*, del 15 de marzo de 2001.

La Corte Suprema de Justicia, declaró como inconstitucional la propuesta para regular las técnicas de reproducción humana asistida en aquel país, porque para ellos el embrión creado *in vitro*, tiene los mismos derechos que un ser humano nacido. (Martínez 2011, pp.36-42)

### 2.3. Condición de la legislación a nivel internacional en cuanto a la Técnica Específica de Reproducción Humana Asistida de maternidad subrogada

Se detalla sobre la forma como a nivel legislativo algunos países han resuelto los conflictos de índole legal en cuanto a la maternidad subrogada. TRHA, más conocida como “vientre en alquiler” en donde puede darse en dos modalidades: la primera, en donde la persona solo presta su vientre y lleva todo el proceso de gestación hasta el parto y la segunda, en donde aparte de alquiler su vientre, se somete a un procedimiento de donar su ovulo para ser fecundado y de esta manera lograr el embarazo. Esta técnica, es usada de forma más frecuente por los costos económicos y sofisticados que implican las otras técnicas. Así



mismo, por su modalidad se ha prestado a una comercialización desmedida por los intermediarios (Centros Médicos Privados).

### **2.3.1. Países en los que la maternidad subrogada es legal, Estados Unidos**

(algunos Estados), Rusia y Ucrania. En Rusia y Ucrania, la Ley solo permite la realización de esta técnica reproductiva bajo justificación médica de incapacidad de gestar, solo permite el acceso a la técnica a parejas heterosexuales o mujeres solas, dejando de lado a los hombres solos y parejas homosexuales masculinas.

Grecia es uno de los países que recientemente modificó su ley que permite tanto a extranjeros como a griegos realizar el proceso de maternidad subrogada; sin embargo, hasta una nueva modificación de la ley, solo parejas heterosexuales y mujeres solas pueden acceder a la técnica.

Otros países permiten la maternidad subrogada siempre y cuando no sea por compensación económica a la gestante, es decir la gestación subrogada altruista: Australia, Canadá, Reino Unido, Países Bajos, Chipre, Dinamarca, Hungría, Israel y algunos estados de Estados Unidos (Nueva Jersey, Nuevo México, Nebraska, Virginia, Oregón, Washington). (Revista Electrónica *Babygest* 21 de julio de 2018).



**2.3.2. Países en los que no está permitida la maternidad subrogada.** En la mayoría de países de Europa, ya sea porque la ley la prohíbe expresamente o porque no está regulada a nivel legal. Este es el caso de Alemania, Francia, Bélgica, España, Italia, Suiza, Austria, Noruega, Suecia, Islandia, Estonia y Moldavia. Otros países que por ley la tienen prohibida son Turquía, Arabia Saudita, Pakistán, China y Japón. Lo mismo sucede con algunos estados de Estados Unidos (Nueva York, Arizona, Michigan, Indiana y Dakota del Norte), donde la gestación subrogada comercial está expresamente prohibida. El estado de Nueva York, tienen sanciones penales y civiles por realizar el proceso, tanto para los padres de intención como para la gestante y cualquier otra persona u organismo participante.

No en todos los estados de Estados Unidos de América está permitida la subrogación, pero en los estados de Arkansas, California, Connecticut, Dakota del Norte, Delaware, Distrito de Columbia, Florida, Illinois, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire, Oregón, Texas, Utah y Virginia Occidental sí que se permiten la gestación subrogada, ya sea por ley expresa o por jurisprudencia.

Las parejas homosexuales y los hombres solos tienen restringido el acceso a la gestación subrogada; tan solo la legislación canadiense y de algunos estados estadounidenses permiten este método reproductivo para este modelo de familia. Elegir cualquier otro destino para el procedimiento puede suponer numerosos problemas legales y dificultades a la hora de ser

reconocidos como padres del niño. (Revista Electrónica *Babyge* de 2018).



En México, está permitida en dos de sus Estados (Tabasco y Sinaloa); sin embargo, prohíbe la gestación subrogada para cualquiera que sea extranjero o que no cumpla los estrictos requisitos establecidos, permitida para parejas heterosexuales, lo contrario a Estados como Coahuila y Querétaro que está prohibida y en el Distrito Federal existe una propuesta de ley que pretende incorporar derechos de filiación de los futuros padres.

**Tabla No. 1**

**Situación legislativa de la maternidad subrogada a nivel internacional**

PAIS	SITUACIÓN LEGISLATIVA
Canadá	Permite la gestación subrogada a todo tipo de familias siempre que sea altruista. Este hecho puede complicar la búsqueda de la gestante subrogada.
Estados Unidos	Aunque la maternidad subrogada tenga un precio elevado, es el destino más común para someterse al mal llamado 'vientre de alquiler'. Georgia permite realizar la gestación subrogada desde los años 90, aunque solo es posible para parejas heterosexuales casadas con incapacidad para gestar.



Grecia	La Ley griega permite la gestación subrogada a mujeres solteras y parejas heterosexuales nacionales y extranjeras, con incapacidad médica para gestar.
Portugal	Aprueba la maternidad subrogada gratuita y aplicada únicamente por motivos médicos. Te contamos las condiciones y la situación para extranjeros.
Rusia	Permite la gestación subrogada a las parejas heterosexuales y mujeres solas que no puedan tener hijos por sí mismas.
Argentina	No dispone de ley que regule la gestación subrogada. Se propuso su regulación en el nuevo Código Civil, pero finalmente no se ha incluido.
Australia	La técnica de gestación subrogada está permitida, pero tan solo la modalidad altruista. La legislación cambia entre unos y otros estados.
Bélgica	No tiene una regulación específica para la gestación subrogada altruista. La versión comercial se considera contraria al orden público del país.
Brasil	La maternidad subrogada no está regulada por ley, aunque el Consejo Federal de Medicina establece una serie de requisitos para poder llevarla a cabo.
Chile	La gestación subrogada no está regulada en Chile. Un



	proyecto de ley podría desembocar en una legislación favorable a esta técnica de reproducción asistida.
Ucrania	Es por sus precios económicos y su seguridad legal, un destino privilegiado de gestación subrogada para padres de intención internacionales.
Australia	La técnica de gestación subrogada está permitida en Australia, pero tan solo la modalidad altruista. La legislación cambia entre unos y otros estados.
China	La gestación subrogada está prohibida en China e incluso penada con elevadas multas. No obstante, son numerosos los casos realizados de forma clandestina.
Chipre	Chipre no tiene ley que permita ni prohíba la gestación subrogada, por lo que no ofrece seguridad legal. Además, los padres legales son la gestante y su marido.

Fuente: (Revista Electrónica *Babygest*, 21 de julio de 2018).

#### 2.4. Legislación nacional (Guatemala)

Por medio de la presentación del marco jurídico de varios países, con respecto a la regulación de la aplicación de las TRHA, se ha evidenciado las diferentes polémicas que suscita, de índole ético, religioso, moral, biológico, social y cultural.



Inicialmente, la mayoría de países mencionados, no contaban con un marco jurídico específico para la regulación de dichas técnicas de reproducción humana asistida. Se han conformado Comités interdisciplinarios (médicos, biólogos, genetistas, abogados, representantes de juzgados que protegen a la niñez y penales) para poder reformar las leyes existentes en los países con respecto a la reproducción humana y la concepción.

Guatemala, no cuenta con un marco legal específico que regule la reproducción asistida, a pesar que si son implementados en diversos Centros Especializados en Genética y Fertilidad existentes en el país. A continuación, se hace mención de algunos instrumentos legales, que pudiesen abordar la temática y pudiesen analizarse, reformarse, ampliarse y ser más específicas a futuro, para proteger la integridad del ser, que tiene Derecho a la Vida y que no le sean violentados sus Derechos Humanos fundamentales.

Para solucionar los casos en el estado actual de nuestra legislación o para promulgar una futura legislación sobre el derecho humano a la reproducción humana asistida se debe tener presente que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bien común, la ética y las buenas costumbres. Por otra parte, para hacer uso de las técnicas de la procreación asistida deben agotarse primero los recursos terapéuticos para concebir.



### **2.4.1. Instrumentos legales existentes en Guatemala que pudiesen tener una vinculación con la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

#### **La Constitución Política de la República de Guatemala**

En sus primeros artículos, establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común. Además, que es su deber garantizar la vida humana desde su concepción, así como la integridad y seguridad de la persona, constituyéndose fines supremos.

#### **El Código Civil, Decreto Ley 106**

Dentro de su articulado determina que la personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; pero al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre y cuando nazca en condiciones de viabilidad, es decir “con capacidad de seguir viviendo un recién nacido, por ser del tiempo el embarazo y por la viabilidad que el nuevo ser demuestre” (Osorio 1981, p.781) el parentesco, la paternidad y filiación. Así mismo, se establece que cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento, y con respecto del padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad.

## **El Código de Salud, Decreto número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala**



Contiene normas que instauro el derecho de los habitantes a la prevención, promoción, recuperación y rehabilitación de salud. Del mismo modo, todos están obligados a velar, mejorar y conservar su salud personal, familiar y comunitaria, así como las condiciones de salubridad del medio en que viven y desarrollan sus actividades y de acuerdo con la salud de la familia estipula que el Estado debe desarrollar por medio del Ministerio de Salud Pública y otras entidades del sector, acciones tendientes a promover la salud de la mujer, la niñez con enfoque integral de ambiente físico y social a nivel de la familia, así como la aplicación de medidas de prevención y atención del grupo familiar en las diversas etapa de su crecimiento y desarrollo, incluyendo aspecto de salud reproductiva.

El Estado en cumplimiento de su obligación de velar por la salud de los habitantes y manteniendo los principios de equidad, solidaridad y subsidiaridad, desarrollará por medio del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social en coordinación con las instituciones estatales centralizadas, descentralizadas y autónomas; comunidades organizadas y privadas, acciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, así como las complementarias pertinentes, a fin de procurar a los guatemaltecos el más completo bienestar físico, mental y social. Así mismo, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social garantizará la prestación de servicios gratuitos a aquellas personas y sus familias, cuyo ingreso personal no les permita costear parte o la totalidad de los servicios de salud prestados.



Este Código estipula la autorización sanitaria, instalación y funcionamiento de establecimientos, públicos o privados destinados a la atención y servicio al público. Solo podrá permitirse previa autorización sanitaria del Ministerio de Salud, quien ejerce las acciones de supervisión y control sin perjuicio de las que las municipalidades deban efectuar, igualmente para los efectos de control sanitario los propietarios o administradores de establecimientos abiertos al público están obligados a permitir a funcionarios debidamente identificados la inspección a cualquier hora de su funcionamiento de acuerdo con lo que establezca el reglamento respectivo.

#### **Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos, Decreto número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala**

Regula la cesión, extracción, conservación, suministro y utilización de órganos y tejidos de seres humanos o cadáveres con fines terapéuticos, de docencia y de investigación, entre los que destaca los trasplantes y donaciones, considera a los mayores de 18 años como donadores potenciales, quienes deben dar el consentimiento expreso y por escrito. La donación deberá ser siempre gratuita y con fines terapéuticos. Prohíbe la venta y comercialización tanto interna y como la exportación de órganos y tejidos, para lo cual es necesario contar con dictamen emitido por un médico colegiado activo como requisito indispensable. Reconoce legalmente a los bancos de órganos y tejidos, como establecimientos médicos que tienen la finalidad de obtener órganos y tejidos para su conservación y suministro para efectos terapéuticos, los cuales son autorizados por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, además, especifica de que órganos y tejidos

pueden establecerse bancos, y deja abierta posibilidad que puedan ser los demás que autorice el Ministerio. Igualmente contempla un Registro Nacional de Trasplantes cuyo fin es estudiar, conocer y proporcionar la información y estadísticas al respecto.



### **Ley de Desarrollo Social, Decreto número 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala**

Desarrolla la paternidad y maternidad responsable, contemplando que la política de desarrollo social y población considerará, promoverá e impulsará planes, programas y acciones para garantizar el ejercicio libre y pleno de la paternidad y maternidad responsable, entendidas estas como el derecho básico e inalienable de las personas a decidir libremente y de manera informada, veraz y ética el número y espaciamiento de sus hijos e hijas, el momento para tenerlos, así como el deber de los padres y madres en la educación y atención adecuada de las necesidades para su desarrollo integral; para tal efecto, el Estado fortalecerá la salud pública, la asistencia social y la educación gratuita; de igual manera contempla el Programa de salud reproductiva. Sin perjuicio de las atribuciones y obligaciones que dispongan otras leyes, y de conformidad con lo que establezca la Política Nacional de Desarrollo Social y Población, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, en coordinación con el Ministerio de Educación, debe diseñar, coordinar, ejecutar y promover el Programa de Salud Reproductiva, que sea participativo, sin discriminación e incluyente, y que tome en cuenta las características, necesidades y demandas de mujeres y hombres.



El Programa de Salud Reproductiva deberá cumplir y apegarse a las siguientes disposiciones: 1) Objeto. El Programa de Salud Reproductiva tiene como objetivo esencial reducir los índices de mortalidad materna e infantil, haciendo accesibles los servicios de salud reproductiva a mujeres y hombres y educando sobre los mismos. 2) Servicios. Los servicios de Salud Reproductiva son parte integral de los servicios de salud pública, por lo que el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, por medio de sus dependencias, hospitales, centros de salud, puestos de salud y demás unidades administrativas y de atención al público, están obligados a garantizar el acceso efectivo de las personas y la familia a la información, orientación, educación, provisión y promoción de servicios de salud reproductiva, incluyendo servicios de planificación familiar, atención prenatal, atención del parto y puerperio, prevención del cáncer cérvico-uterino y el de mama, atención a la menopausia y climaterio, diagnóstico y tratamiento de enfermedades de próstata, **“diagnóstico y tratamiento de la infertilidad y esterilidad”**, diagnóstico, tratamiento y prevención de las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS), del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y atención a la población en edad adolescente. 3) Planificación familiar.

Para fortalecer los servicios de salud reproductiva, se llevarán a cabo programas y servicios de planificación familiar, basados en información veraz, objetiva y ética, es decir, fundada en la naturaleza de las personas y de la propia sexualidad humana, completa y fácil de entender, accesibles para todas las

personas y parejas, en los establecimientos de salud pública y del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en relación con sus afiliados y beneficiarios.



El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social deberá elaborar, informar verazmente y difundir las normas y guías sobre la distribución y uso de los métodos anticonceptivos, tanto naturales como artificiales, ofrecidos en los servicios de salud.

### **Ley de Acceso Universal y Equitativo de Servicios de Planificación Familiar y su Reglamento, Decreto número 87-2005 del Congreso de la República de Guatemala**

Tiene como objeto asegurar el acceso de la población a los servicios de planificación familiar, que conlleve la información, consejería, educación sobre salud sexual y reproductiva a las personas y provisión de métodos de planificación familiar. Además, establecer mecanismos dirigidos a la consecución de nuevas fuentes de financiamiento local, reduciendo la dependencia histórica de los servicios de planificación familiar de donantes internacionales, conteniendo disposiciones que deben ser aplicadas en el ámbito nacional en todos los establecimientos de educación primaria y secundaria, y en todos los establecimientos de la red pública de salud, incluyendo al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en adelante denominado IGSS, entidades privadas y las Organizaciones No Gubernamentales, en adelante denominadas ONG's, que prestan servicios básicos de salud en el primer nivel de atención.



La entidad como el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y otras entidades públicas y privadas del sector salud, deben garantizar el mantener en forma sostenible todos los métodos modernos de espaciamiento de embarazos en los establecimientos de la red pública de salud, que permita responder adecuadamente a la demanda de la población y asegure el acceso universal a dichos métodos, así como proveer los servicios de planificación familiar por medio de la oferta de la gama de métodos tradicionales y modernos de espaciamiento de embarazos, asegurando que los y las proveedoras tengan las competencias técnicas para prestar servicios de calidad y calidez y cuenten con el equipo e insumos de acuerdo con la normativa establecida por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, quienes deben asegurar que los servicios de planificación familiar se integren a otros componentes de atención del Programa de Salud Reproductiva, tales como: atención prenatal, post parto y puerperio, detección de cáncer cérvico uterino y de mama, pruebas para enfermedades de transmisión sexual y prevención de la osteoporosis.

### **Ley para la Maternidad Saludable, Decreto número 32-2010 del Congreso de la República de Guatemala**

Tiene por objeto la creación de un marco jurídico que permita implementar los mecanismos necesarios para mejorar la salud y calidad de vida de las mujeres y del recién nacido, y promover el desarrollo humano por medio de asegurar la maternidad de las mujeres, mediante el acceso universal, oportuno y gratuito a información oportuna, veraz y completa y servicios de calidad antes y durante el

embarazo, parto o posparto, para la prevención y erradicación progresiva de la mortalidad materna neonatal.



Sus fines son: a) Declarar la maternidad saludable asunto de urgencia nacional; apoyar y promover acciones para reducir las tasas de mortalidad materna y neonatal, especialmente en la población vulnerada, adolescentes y jóvenes, población rural, población indígena y población migrante, entre otros. b) Fortalecer el Programa de Salud Reproductiva y la Unidad de Atención de Salud de los Pueblos Indígenas interculturalidad del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, respetando los métodos de atención a la salud tradicional de las culturas maya, xínca y garífuna. c) Promover un sistema de monitoreo, vigilancia y evaluación que permita medir los avances y desafíos para cumplir con el objeto de la presente Ley. d) Garantizar el acceso universal, oportuno y de calidad a servicios materno-neonatales, incluida la planificación familiar, la atención diferenciada en adolescente, respetando la pertinencia cultural y la ubicación geográfica de las mujeres guatemaltecas, entre otras. e) Establecer un único sistema de vigilancia epidemiológica de la salud materna neonatal, que permita medir el avance e impacto de la estrategia de reducción de la mortalidad materna en el corto, mediano y largo plazo; y monitorear, evaluar y re direccionar las acciones desarrolladas en el mismo. f) Promover el involucramiento de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, las municipalidades, organizaciones civiles y empresas privadas para prevenir y reducir la mortalidad materna neonatal.



Así mismo, siendo sus principios rectores siguientes: a) Gratuidad: En la red de los servicios públicos de salud, se garantizará la atención gratuita en todas las intervenciones relacionadas con la salud materna-neonatal. b) Accesibilidad: El Estado garantizará que los servicios de salud para la atención materno-neonatal sean accesibles geográfica y culturalmente, con énfasis en los grupos socialmente excluidos mencionados en la literal a) del artículo 2 de la presente Ley. c) Equidad: En la prestación de servicios se dará especial atención a las mujeres más vulneradas en pobreza y pobreza extrema, de áreas rurales, adolescentes, indígenas, migrantes, discapacitadas, a efecto de disminuir la inequidad provocada por la condición de género y condición socioeconómica. d) Respeto a la interculturalidad: Los servicios de salud materno-neonatal deberán prestarse garantizando el respeto a la identidad cultural, valores y costumbres de las comunidades. e) Sostenibilidad: El Estado debe asignar los recursos necesarios y suficientes para el desarrollo de los programas en materia de salud materna-neonatal que reduzcan los riesgos y aseguren la vida de mujeres, adolescentes y neonatos.

El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Organizaciones No Gubernamentales que tienen entre sus fines lo servicios de salud y que están debidamente contratadas por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, son responsables de velar porque los servicios de salud materno-neonatal sean prestados con calidad, centrados en las usuarias y asegurando la evaluación y supervisión de los mismos.



Artículo 5. Definiciones. Para la aplicación de la presente Ley, se entenderá por:

a) Muerte materna: Es la muerte de una mujer durante su embarazo, parto o dentro de los cuarenta y dos días después del parto, por cualquier causa relacionada o agravada por el embarazo, parto o posparto o su manejo, pero no por causas accidentales o incidentales.

b) Muerte neonatal: Niñas y niños que nacen vivos, pero mueren durante los primeros veintiocho días de vida.

c) Proveedor/a calificado: Profesional de salud con destrezas y habilidades, médico/médica, partera/partero, enfermera/enfermero, comadrona técnica que ha recibido capacitación certificada y es competente para la atención del embarazo, parto y posparto, así como sus complicaciones.

d) Proveedor/a comunitario y tradicional: Personas reconocidas por la comunidad, que en el primer nivel de atención realizan acciones como: control prenatal e identificación y referencia de complicaciones obstétricas, consejería en planificación familiar y acompañamiento de la mujer embarazada a los servicios de salud, entre otros.

e) Atención prenatal: Es el conjunto de acciones médicas y asistenciales que se brindan a las mujeres embarazadas, con el objetivo de detectar tempranamente las complicaciones que pueden surgir durante el embarazo y preparar el plan de parto, que incluye la elaboración de un plan de emergencia ante una complicación.

f) Atención calificada del parto y recién nacido: Es la atención de la mujer embarazada y del recién nacido durante el parto y posparto inmediato, en el hogar, en el centro de salud o en el hospital.

g) Atención posnatal: Es la atención calificada que se brinda, posterior al alumbramiento, hasta los cuarenta días después del parto.

h) Niveles de atención: Según la estructura de prestación de servicios de salud del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, está constituido por: I. Primer



nivel: Puestos de Salud, Centros de Convergencia por medio del Equipo Básico de Salud del Programa de Extensión de Cobertura. II. Segundo nivel: Centros de Salud, Maternidades Periféricas, Centros de Atención Permanente (CAP) y Centro de Atención Integral Materno Infantil (CAIMI). III. Tercer nivel: hospitales distritales, departamentales, regionales, nacionales generales y nacionales especializadas.

Además, regula las condiciones para un embarazo saludable, determinando que las instituciones responsables en coordinación con el Ministerio de Educación y la Universidad de San Carlos de Guatemala, están obligadas a promover acciones dirigidas a informar, orientar y educar acerca de condiciones físicas, mentales, emocionales y sociales que contribuyan en la toma de decisiones para prevenir embarazos no deseados, así como para promover embarazos saludables, procurando condiciones nutricionales adecuadas y administración de suplementos alimenticios y vitamínicos.

Las instituciones responsables están obligadas a coordinar las acciones de los tres niveles de atención, con el fin de garantizar que las mujeres embarazadas reciben la atención de las intervenciones básicas siguientes: a) Atención prenatal de acuerdo con los estándares técnicos basados en la evidencia científica, con énfasis en la cantidad de controles del embarazo, vigilancia nutricional de la mujer y signos y síntomas de peligro en el embarazo. b) Manejo y referencia a niveles de mayor complejidad de los casos que presenten complicaciones obstétricas que no puedan ser resueltas en ese servicio. c) Disponibilidad y entrega de los medicamentos e insumos requeridos para la atención del embarazo, así como de



patologías y/o condiciones especiales asociadas a este evento. d) Acceso a servicios de laboratorio clínico de acuerdo con el nivel de complejidad del establecimiento y, cuando sea necesario, hacer la referencia correspondiente. e) Consejería en planificación familiar. f) Consejería pre y post en la realización de la prueba de VIH. g) Atención integral y diferenciada para niñas y adolescentes embarazadas, tomando en cuenta su edad, etnia, escolaridad, ubicación geográfica y situación socioeconómica. h) Las mujeres serán atendidas en su idioma materno para asegurar que el tratamiento y los procedimientos de comunicación sean comprensibles y claros para ellas y su familia. i) El acceso a material educativo y comprensible para todo el núcleo familiar, en el cual se instruye a la mujer y a su familia, respecto de las acciones que se deben tomar en caso de emergencias durante el embarazo, para responder oportunamente a emergencias obstétricas que puedan presentarse.

Y están obligadas a coordinar las acciones de los tres niveles de atención, con el fin de garantizar la atención calificada del parto, bajo las siguientes condiciones: a) Atención obstétrica de acuerdo con los estándares técnicos recomendados por las instituciones especializadas, nacionales e internacionales, y los protocolos institucionales vigentes. b) Las niñas y adolescentes recibirán atención diferenciada tomando en cuenta su edad, etnia y escolaridad. c) Posición para la atención del parto, según preferencia de la mujer, deberá formularse el protocolo de parto vertical. Los servicios de salud que atienden partos, deberán considerar el acompañamiento de las mujeres por un familiar o persona de confianza en el momento del parto, cuando se trate de un parto normal. d)



Atención obstétrica de emergencia básica que incluya los procedimientos establecidos en los protocolos para la atención de la emergencia obstétrica, con énfasis en las hemorragias obstétricas, cualquiera que sea su origen. e) Equipo médico, insumos y medicamentos disponibles para la atención del parto, del recién nacido, posparto y hemorragias obstétricas, de acuerdo con el nivel de resolución de cada servicio. f) Disponibilidad de transporte en las unidades de atención del segundo y tercer nivel, las veinticuatro horas del día. g) Disponibilidad de sangre segura en cantidad y calidad suficiente.

Así también, están obligadas a coordinar las acciones de los tres niveles de atención, con el fin de garantizar que las mujeres reciban atención posparto con pertinencia cultural, desde el nacimiento del niño o niña, hasta los cuarenta y dos días posteriores al parto. a) Vigilancia inmediata del puerperio y control del mismo. b) Información, consejería y suministro de métodos de planificación familiar solicitados para el período posparto, con el objetivo de lograr el óptimo espaciamiento entre embarazos. c) Orientación sobre prevención de cáncer cérvico uterino y de mama. d) Información sobre la importancia de un régimen nutricional y suplementos alimenticios para la recuperación física y emocional. e) Orientación, identificación y referencia en casos de problemas emocionales. f) Visita de posparto en el hogar cuando éste se lleve a cabo en el hogar, un proveedor/a calificada debe visitar a la mujer puérpera y al recién nacido, entre las primeras veinticuatro a cuarenta y ocho horas. Este personal deberá identificar signos y síntomas de peligro y remitir a la mujer o al recién nacido, según sea el

caso, al nivel de atención con la capacidad resolutiva necesaria según la morbilidad detectada.



Esta ley contempla a su vez contempla que el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, por medio de la Dirección General de Regulación, Vigilancia y Control de la Salud, deberán definir, certificar y supervisar estándares de calidad y con calidez para la atención de parto, posparto y neonato en clínicas y hospitales privados. En caso de incumplimiento se fijará un plazo no mayor de ocho días para reparar la omisión identificada.

### **Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEY PINA), Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala**

Establece que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser protegido contra toda forma de descuido, abandono o violencia, así también a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es importante resaltar que esta Ley determina que **“el Estado debe garantizar la protección jurídica de la familia”**; asimismo, que los niños, niñas y adolescentes deben gozar y ejercitar sus derechos en la medida de su desarrollo físico, mental, moral y espiritual dentro del marco de las instituciones del derecho de la familia reconocidas en la legislación, de igual forma tienen derecho, a un nivel de vida adecuado y a la salud, mediante la realización de políticas sociales públicas que les permitan un nacimiento y un desarrollo sano y armonioso, en condiciones dignas de existencia



Esta ley establece obligaciones que deben cumplir los establecimientos de salud (hospitales, establecimientos y personal de atención a la salud de embarazadas, públicos y particulares) las siguientes:

- a. Identificar al recién nacido mediante el registro de su impresión plantar y digital y de la identificación digital de la madre, sin perjuicio de otras formas normadas por la autoridad administrativa competente; será el Registro Civil de cada Municipalidad en el que vele porque esta norma sea cumplida al momento de la inscripción del niño o la niña.
- b. Proceder a exámenes con miras al diagnóstico y terapéutica de anomalías en el metabolismo del recién nacido, así como dar orientación a los padres.

De igual forma estipula regulaciones sobre el sistema de salud, autorización para tratamientos médicos, normas sobre salud primaria, la atención a la salud del país, tanto público como privado, están obligados a:

- a. Posibilitar que el recién nacido tenga contacto con la madre al nacer y alojamiento conjunto con ella.
- b. Diagnosticar y hacer seguimiento médico de los niños, niñas que nacieren con problemas patológicos y con discapacidades físicas, sensoriales o mentales, así como orientar a los padres de los mismos.

- c. Crear Programas especializados para la atención de niños, niñas y adolescentes que presenten problemas patológicos y discapacidades físicas sensoriales y mentales.



### **Código de la Niñez y de la Juventud de Guatemala, Decreto número 78-1996 del Congreso de la República de Guatemala**

Es un instrumento jurídico de promoción social que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y juventud guatemalteca dentro de un marco democrático y de irrestricto respeto a los derechos humanos, considera niño o niña, **“a toda persona desde su concepción”** hasta los doce años de edad cumplidos, y joven a toda persona desde los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad; de la misma forma, fija que los niños, niñas y jóvenes son sujetos de derecho y que gozaran de todos los derechos y obligaciones propios de la persona humana, sin perjuicio de la protección integral de que trata dicho código, asegurándoles, por ley o por otros medios todas las oportunidades y facilidades, con el fin de facilitarles el desarrollo físico mental, moral, espiritual, cultural y social, en condiciones de libertad y dignidad, tomando en consideración el interés superior del niño, el cual se entiende a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer su desarrollo físico, psicológico, educativo, cultural, moral, espiritual y social para lograr el pleno desenvolvimiento de su personalidad.

Además, comprende como garantías para el niño y niña: a) Primacía de recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, b) Precedencia de atención en los servicios públicos o de relevancia pública, c) Preferencia en la formulación y



en la ejecución de las políticas sociales públicas, d) Asignación privada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la niñez y a la juventud, además, dispone que ningún niño, niña o joven será objeto de cualquier forma de negligencia, discriminación, marginación, explotación, violencia, crueldad y opresión, punibles por la ley, ya sea por acción u omisión a sus derechos fundamentales.

Los derechos y garantías que otorga el Código, no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en él, son inherentes a los niños, niñas y jóvenes como personas, de igual manera, señala que la interpretación y aplicación de su disposiciones deberán hacerse en armonía con sus principios rectores, con los principios generales del derecho, con la doctrina y normativa internacional en esta materia, en la forma que mejor garantice los derechos establecidos en la Constitución, los tratados, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Guatemala. Además, deberá tenerse en cuenta la condición de género y lo establecido en los acuerdos de paz, así como que las disposiciones son de orden público y de carácter irrenunciable de la persona humana.

Es importante, resaltar que este código, dispone de normas para la protección de los derechos fundamentales e individuales de los niños, niñas y jóvenes, reconociendo que el derecho fundamental a la vida, siendo obligación del Estado garantizar su supervivencia, seguridad y desarrollo, así como derecho a la protección, cuidado y asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo

físico, mental y social, estando reconocidos estos derechos **de su concepción**”, quienes tienen derecho a la libertad, al respeto, a la dignidad y a la denuncia como personas humanas en proceso de desarrollo y como sujetos de derechos, humanos y sociales garantizados en la Constitución y en las leyes.



Los niños, niñas y jóvenes tienen derecho a tener su identidad, incluidos, la nacionalidad y el nombre, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, las expresiones culturales propias y su idioma, existiendo la obligación del Estado garantizar la identidad del niño, niña y joven, sancionando a los responsables de la sustitución, alteración o privación de ella.

Los niños, niñas y jóvenes tienen el derecho de no ser separados de su familia, sino en las circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de restituirle sus derechos. El Estado deberá prestar la asistencia y protección adecuada en todos aquellos casos en los que sean privados ilegalmente de alguno de los elementos que constituyen su identidad, con el fin de restablecerla. El derecho al respeto consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica y moral del niño, niña y joven, abarcando la preservación de la imagen, de la identidad, de la autonomía, de los valores, ideas y creencias, de los espacios y objetos personales.

**Código Penal de Guatemala, Decreto número 17-73 del Congreso de la  
República de Guatemala**



Este instrumento legal guatemalteco contempla en su artículo 225 (literales “A”, “B” y “C”) sobre la inseminación forzosa, que la tipifica como un delito, que será sancionado con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial de hasta diez años, al no tener el consentimiento de la mujer al procurar un embarazo, utilizando técnicas médicas o químicas de inseminación artificial. También se refiere a la inseminación fraudulenta, que al comprobarse su existencia podría imponerse prisión de una a tres años y la inhabilitación especial de diez años si se alteran fraudulentamente las condiciones pactadas para realizar una inseminación artificial o que logre el consentimiento por medio de engaño o promesas falsas.

Y, por último, este artículo 225 del Código Penal, en la sección “C”, se refiere a la “experimentación”, que, al comprobarse, se podrían imponer de uno a tres años de prisión e inhabilitación especial hasta de diez años. Esto a pesar del consentimiento de la mujer y se realicen experimentos para provocar un embarazo. Aclarando que, al hablar de experimentos, no se consideran los diversos intentos para procurar un embarazo, conforme a una técnica ya experimentada y aprobada.

Se puede evidenciar que dicho artículo (225, literales “A”, “B” y “C”) del Código Penal guatemalteco, se refiere a la vulneración de los Derechos de la mujer que, por alguna razón, ha sido forzada, engañada o sujeta a experimentos para lograr un embarazo, pero no se refiere en ningún momento, a una

penalización debido al daño que puede producirse al ser que es producto de una concepción.



La mayoría de los instrumentos jurídicos mencionados, hacen alusión a la protección del ser humano, desde su concepción, incluso existe un instrumento jurídico exclusivamente para la Maternidad Saludable que enfatiza en cuanto al cuidado de la salud de la madre, tanto desde la concepción, como durante el período perinatal y postnatal; asimismo, señala las instancias que deben regular cualquier acción, procedimiento o métodos que se implementen e incidan en el bienestar de la madre, su producto y de la familia.

A pesar de todo ello, es inexistente un instrumento legal que especifique las condiciones o criterios a tomar en cuenta para la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida en Guatemala. Es por ello, que a pesar de contar con un marco jurídico en el país que protege al individuo desde su concepción, a la madre y todo lo que implica su bienestar integral, desarrollo y cuidado, constituye un problema jurídico que debe considerarse para poder encontrar las estrategias y argumentos para ampliar, crear o modificar el mismo; para regularizar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y la protección de las familias que demandan la utilización de las mismas, sin ser visto como algo que es comercial y por lo tanto, que se puede manipular indiscriminadamente, basándose en el deseo y necesidad de procrear, no precisamente por medio de un método tradicional. Sin importar muchas veces, la vulneración de los derechos del producto concebido.

### CAPÍTULO III



#### **Conflictos Legales y Jurisprudencia Aplicada en Casos en los que se han utilizado las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

En este capítulo se exponen diversos casos que se han presentado a nivel internacional y nacional, en donde se ha hecho uso de las TRHA, a en parejas que han demandado este servicio médico con el deseo de procrear hijos o hijas, ya sea por presentar problemas de infertilidad o quizás, por el simple deseo de ser padres. Así mismo, se evidencia el manejo de los casos sin criterios homogéneos para emitir sentencias o resoluciones idóneas para los casos presentados y con la existencia o no de un marco legal específico. Los fallos y procesos a nivel judicial han determinado sentencias que muchas veces, generan cierta incertidumbre en cuanto a las resoluciones, si están apegadas realmente a los derechos inalienables del ser humano que fue procreado por medio de estas técnicas.

Por medio de todo el proceso judicial de estos casos, se evidencia que desde los padres o madres que demandan el servicio, como las instituciones privadas que ofrecen el servicio y el propio Estado, se da una serie de imprevistos, muchas veces por la inexistencia de un marco legal específico detallado para este tipo de casos, en donde el uso inadecuado y no controlado las TRHA, puede comercializar y atentar en contra de la integridad física y emocional del ser que ha sido procreado de esa forma. Así mismo, no se toma en cuenta, los imprevistos o situaciones atípicas que pueden surgir, por ejemplo, han surgido casos en donde

un matrimonio hace uso de estas técnicas de reproducción humana asistida para procrear y luego a raíz de la separación o divorcio se debe determinar la custodia del hijo o hija que fue procreado de esta forma.



Así mismo, se han dado casos, en la maternidad subrogada, en donde la persona que facilita el embarazo y solo es receptora de las células de ambos padres biológicos, puede reclamar la custodia del producto de dicha inseminación, solo por el hecho que se le adjudica la maternidad por haber engredado el bebé en su útero y por la posible vinculación afectiva surgida durante el embarazo o posterior al mismo, cuando tiene que cuidar en los primeros días al recién nacido. Si a nivel del Estado, no existe una legislación que prevea esto, se inicia un proceso judicial que desgasta a todas las partes involucradas y de alguna forma, se están violentando los Derechos del niño o niña que fue procreado por esta vía.

A continuación, se exponen casos y la jurisprudencia derivada de los mismos, evidencia los conflictos generados al no prever legalmente cualquier situación atípica que pudiese darse.

### **3.1. New Jersey, Estados Unidos de América**

Surge el primer conflicto legal por el uso de las TRHA, cuando una pareja de esposos decide no arriesgarse a los peligros de un embarazo por el padecimiento de la mujer de una enfermedad degenerativa, y contratan a una madre en alquiler, con la que acordaron pagarle diez mil dólares a cambio de la



concepción, gestación y nacimiento de su hijo, el descendiente genético por medio de la inseminación artificial del esposo y de la madre en alquiler, quien durante los nueve meses de embarazo respetó los términos del contrato realizado, pero cuatro días después del nacimiento del bebe, la madre en alquiler fue a visitar a los esposos y desapareció con la niña, dando comienzo con ello al principio de un conflicto que se llevó a los tribunales y fue conocido en los medios de difusión, dentro del cual técnicamente el tribunal de New Jersey invalidó el contrato de alquiler y concedió la custodia principal al esposo y padre de la niña, sólo después de concluir que era “**en el mejor interés de la niña**”, y la madre en alquiler retuvo los derechos maternales y de visita. (Spar 2006, pp.121-125)

Este fue el primer caso de una serie de niños que vinieron al mundo en las últimas décadas del siglo XX, en condiciones jurídicas inciertas, nacidos de una pareja de progenitores, pero reclamados biológicamente, emocional o contractualmente por otra persona. Algunos concebidos por altruismo, por una madre que engendró lo que otra no podía, pero muchos otros concebidos en el mercado de las TRHA, fueron los productos del deseo combinado con la capacidad de pagar.

### **3.2. Europa**

En países como Alemania, Francia y algunos estados de Australia, han prohibido los contratos de alquiler de vientre, y otras naciones como Canadá, Israel y Reino Unido, y muchos estados de Estados Unidos de América, han

tomado medidas legislativas al respecto de la TRHA, sin embargo, dada la demanda en este mercado, las parejas siguen recurriendo a estos contratos, aún cuando sospechan que podrían ser inválidos y anulables.



El alquiler de vientre, es una de las técnicas de reproducción humana asistida, más simple para resolver la infertilidad, que ofrece desde el punto de vista comercial a las mujeres de bajos ingresos una manera atractiva de obtener dinero sin tener que vender al menos teóricamente sus cuerpos o hijos, sin embargo, esta técnica plantea los siguientes problemas: qué se puede vender legítimamente en una transacción de mercado, quien decide, de qué manera el Estado o la autoridad puede contemplar los deseos de tener un hijo frente a los peligros de venderlo. (Spar 2006, pp.121-125)

### **3.3. Hong Kong, China**

Recientemente en un diario digital (*New York Times*, 12 de abril, 2018) se dio a conocer el nacimiento de un bebé cuatro años después de que sus padres biológicos murieron en un accidente automovilístico, después de una batalla judicial, en la que los abuelos del niño consiguieron que se desarrollara en un vientre en alquiler por medio de TRHA.

Shen Jie y Liu Xi, una pareja en la ciudad de Yixing, en el este de China, intentaron sin éxito concebir en los primeros dos años de su matrimonio, por lo que decidieron buscar la fertilización *in vitro*, pero el 20 de marzo de 2013, cinco



días antes de la implantación de embriones, murieron en un accidente automovilístico, los esposos eran hijos únicos y los padres de la pareja decidieron usar la subrogación como se le conoce al alquiler de vientre, para continuar la línea familiar. La subrogación es ilegal en China, y el primer obstáculo para las familias fue obtener los embriones. Los padres de la pareja fallecida visitaron repetidamente el Hospital de Nanjing, donde se almacenaban los embriones congelados, pero los altos funcionarios del hospital se negaron repetidamente a reunirse con ellos.

Entonces los padres probaron una nueva estrategia, y un par demandó al otro, porque el riesgo de demandar al hospital era muy grande. Mientras que el primer tribunal rechazó la demanda el segundo dictaminó a su favor. “El único portador de las líneas sanguíneas de las dos familias carga con la carga de recuerdos afligidos y consuelo”, dijo el Tribunal Intermedio Popular de Wuxi. Los hospitales no pueden transferir embriones a personas, por lo que las familias encontraron una agencia de subrogación que trabaja con un hospital en Laos.

En diciembre de 2016, la agencia de maternidad subrogada recibió los embriones, que condujo hasta Laos a principios de 2017. Una mujer de 27 años fue la encargada como madre sustituta, los médicos de un hospital de Laos implantaron dos de los embriones. Antes de que naciera el niño, la sustituta fue llevada a China con una visa de turista. El niño nació el 9 de diciembre de 2017 en Guangzhou. Hu Xingxian, su abuela materna, le dio el nombre de Tiantian o Sweet Sweet”. (*New York Times*, 12 de abril, 2018)



Ya expuestos ambos casos que se dieron fuera de las fronteras de Guatemala, se evidencian los problemas jurídicos que se originaron en los dos casos planteados, a raíz de la inexistencia de un marco legal específico que estuviese acorde a las necesidades de los demandantes, que, en este caso, requerían la custodia de los bebés procreados.

En el primero de los casos, porque la persona que facilitó el vientre en alquiler, no cumplió con los términos del contrato que acordaron con el padre biológico y la madre con deseos de serlo, porque no existía una garantía legal que la obligara a cumplir con lo pactado, por lo que quiso quedarse con la niña, trasladándose a otro lugar. Afortunadamente, el caso fue resuelto por medio de una instancia judicial, que, apelando a los derechos de filiación y el interés superior de la niña, otorgó la custodia a la familia paterna. Aun así, la persona que se ofreció para la maternidad subrogada, obtuvo los derechos maternales y de visita, que más adelante pudiesen incidir en la integridad emocional de la niña, causando un problema en su identidad y confusión de roles con los verdaderos padres.

En el segundo de los casos, por circunstancias inesperadas (la muerte de ambos padres biológicos) se tuvo que recurrir a una jurisprudencia que tratara de llegar a una solución justa, para el destino del embrión que dejaron los padres biológicos. A pesar que existían limitaciones legales para poder adquirir el embrión, aun teniendo un vínculo consanguíneo, los abuelos lograron, por medio de estrategias legales, que el embrión fuera utilizado por medio de una instancia



médica que facilitara su inseminación e implantación en un vientre en alquiler. De nuevo, en este caso, se plasma, lo ineficaz y lentos que son los procesos judiciales, provocando un desgaste de índole económico, afectivo y emocional a las partes involucradas.

### **3.4. Guatemala**

A continuación, se expondrá un caso de maternidad subrogada, en el que se utilizó una TRHA, que tuvo lugar en un departamento de Guatemala, específicamente en Chimaltenango. Este caso, que ha tenido que pasar por varias instancias judiciales para emitir una sentencia, desde el año 2012. Desafortunadamente, al llegar a la Corte de Constitucionalidad, se emite la resolución que debe reiniciarse el proceso por medio de revocar el recurso de apelación interpuesto por los abuelos paternos del niño, contra la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, quien revoca el fallo apelado y otorga el amparo, restableciendo el abrigo temporal a los abuelos paternos del niño; dejando en suspenso la sentencia dictada por la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez que había revocado la sentencia del Juzgado de Niñez de Chimaltenango, que había otorgado la custodia a favor de los abuelos paternos.

En todo este proceso, se evidencian diversos fallos, desde la institución que prestó el servicio médico de la maternidad subrogada a los padres del niño; obteniendo beneficios económicos por medio de la facilitación de la procreación de una vida sin orientar adecuadamente a los padres y tener la supervisión de un

ente regidor como el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. Así mismo, queda en evidencia en el Juzgado de Chimaltenango, la situación ilícita al momento de inscribirlo en el Registro Nacional de las Personas, como si hubiese sido procreado el niño de una forma natural y por ambos padres.



Así mismo, la carencia de un marco legal que facilitara la unificación de criterios por las diferentes instancias judiciales que han intervenido en el caso, siendo por esas mismas discrepancias en los criterios para la implementación de los instrumentos legales en este tipo de casos, las sentencias discrepan en cuanto a quién le corresponde el abrigo temporal del niño, que actualmente, está en espera con sus abuelos paternos.

Lamentablemente, el niño ha sido sometido a diferentes procesos judiciales por diferentes instancias, lo que pudiese generarle problemas en su identidad y en la identificación de roles sobre quiénes son sus verdaderos padres al no tener una consistencia en cuanto a su permanencia en un grupo familiar estable; obstaculizando su desarrollo integral y promoviendo la vulneración de sus derechos.

### **3.4.1. Chimaltenango, Guatemala**

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, de fecha de 20 de Julio de 2017 dentro del Expediente No. 3590-2016.



En el año 2014 se dio a conocer por medio de un reporte en un periódico guatemalteco (*Prensa Libre*, 24 de febrero 2014) el primer caso en Guatemala, en donde los padres se enfrentan legalmente por un niño que nació por medio de un vientre en alquiler. El caso es llevado hasta los Tribunales de Justicia, Juzgado de Niñez, Sala de Apelación, Corte Suprema de Justicia y al máximo órgano en materia constitucional la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Una pareja de esposos con el afán y deseo de ser padres, pactan los servicios de una mujer para vientre en alquiler, derivado del procedimiento de inseminación como parte de las TRHA, a la que se someten y logran el nacimiento de un niño, a quien inscriben en el Registro Nacional de las Personas como hijo propio. Meses después, surge un conflicto entre la pareja de esposos, provocando la separación de ambos, el reclamo del niño y el comienzo de una lucha legal, generando la disputa judicial, legal y biológica por el niño, derivada del uso de una TRHA, situación que fue descubierta casi a la mitad del proceso legal.

El padre del menor comparece ante el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal de Chimaltenango denunciando que su ex conviviente no le permitía relacionarse con su menor hijo; negándole el derecho a compartir con él, argumentando temer por la vida e integridad física de su hijo, situación que conoció la Procuraduría General de la Nación y al verificar que el niño se encontraba en perfectas condiciones y no presentaba señales de maltrato infantil, ordenó se archivara la denuncia.



Posteriormente, compareció al proceso la madre subrogada, manifestando que había tenido una relación sentimental con el padre del niño y producto de esa relación lo procreó y que lo había tenido con una comadrona, pero por ser madre soltera y de escasos recursos económico se lo entregó al padre, no obstante ser ella la madre biológica, lo entregó para que el niño fuera inscrito con otro nombre y como hijo de otra supuesta madre.

Dentro de las actuaciones el juzgado verificó que si existían dos certificados de nacimiento el primero en el que aparecían como padres del niño los esposos en conflicto y el segundo donde aparecía únicamente como hijo de la madre subrogada sin aparecer el padre del menor. Derivado de toda la situación, el Juez ordena la prueba de sangre de Acido Desoxirribonucleico (ADN) en la que se estableció que el niño era hijo biológico del padre con la madre subrogada, y ante la incertidumbre que existía de saber quiénes eran los padres del niño, el juez decretó la medida cautelar de abrigo temporal en un hogar y contra esa decisión los esposos interponen recurso de apelación, posteriormente, se revoca la medida poniendo al niño bajo el abrigo y cuidado de sus abuelos paternos.

El juez, dictó la sentencia con fecha 24 de octubre de 2013, declarando con lugar la demanda interpuesta por el esposo en contra de la esposa; al considerar que al niño se le habían violado los derechos humanos a una familia, al respeto, a la dignidad, a la integridad, a ser protegido contra todo tipo de maltrato, seguridad e integridad, por lo que decretó como medida de protección la colocación definitiva del niño en una familia ampliada con los abuelos paternos del menor, bajo

declaración de responsabilidad de su cuidado integral; con sustento en el interés superior del niño”. Ordenó cancelar las dos inscripciones de nacimiento y que se realizara una nueva inscripción del niño como padre el biológico y como la madre la subrogada.



Además, certificó lo conducente en contra del doctor de la clínica que realizó el procedimiento de fertilización *in vitro* en la madre subrogada y que emitió el certificado en el cual constaba como padres del niño los esposos. Así mismo, se certificó lo conducente en contra de la comadrona que supuestamente había atendido a la madre subrogada; de igual forma, contra la trabajadora social que había conocido del proceso, personal del Registro Nacional de las Personas, que habían realizado ambas inscripciones del menor; así como en contra de los esposos y de la madre subrogada, porque esta última en el expediente, había declarado que habían acordado con la pareja de esposos el pago de Q. 2,500.00 mensuales de alimentación; Q. 2,500.00 de alquiler de un apartamento; más la cantidad de Q. 30,000.00 cuando diera a luz.

Contra esta resolución tanto la madre subrogada como la madre legal del niño interponen recurso de apelación ante la Sala Jurisdiccional, la que declara sin lugar el recurso planteado por la madre subrogada (biológica) y con lugar el recurso de la madre legal. Fijando el abrigo definitivo compartido, de una semana en cada entorno familiar con el padre biológico y otra semana con la madre legal. Ordenando cancelar la inscripción de nacimiento que había ordenado el juez de primer grado. Asimismo, certificó lo conducente a la Procuraduría General de la

Nación, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social para investigar a la clínica de fertilización que realizó el procedimiento con el uso de técnicas de reproducción humana asistida.



Por último, contra dicha resolución el padre biológico del menor interpuso recurso de aclaración y ampliación, el cual fue declarado improcedente.

Posteriormente, el padre biológico del menor y los abuelos paternos, interponen amparo ante la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicios contra la sentencia del 27 de enero de 2014, dictada por la Sala de la Niñez jurisdiccional, el cual se denegó por improcedente.

Finalmente, los abuelos paternos del menor interponen recurso de apelación ante la Corte de Constitucionalidad contra la sentencia del 28 de abril de 2016, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparos y Antejuicios, revocando esta misma el fallo apelado y como consecuencia otorgó el amparo; restableciendo a los abuelos paternos del niño en su situación jurídica afectada, dejó en suspenso la sentencia dictada por la Sala de Apelación Jurisdiccional y ordenó que la autoridad denunciada emitiera nuevo fallo.

En marzo del 2014, se dio a conocer el primer caso de maternidad subrogada llevado a los tribunales de justicia; los delitos por suposición de parto comienzan a llegar a los tribunales luego que la Unidad de Niñez de la Procuraduría General de la Nación enviara denuncias al Ministerio Público por



casos de parejas implicadas que tenían en común el no poder procrear hijos, que se trataban de matrimonios en el que uno era guatemalteco y otro extranjero, acudían a las embajadas a tramitar visas para los niños de entre 0 y 2 años, que según los certificados de nacimiento las parejas superaban los 40 y 50 años, por lo que dichas embajadas alertaron de esa situación a las autoridades competentes.

Con la inexistencia de un marco legal específico para estos casos, se ha tenido que hacer uso de varios instrumentos legales y varias instancias para intentar llegar a una resolución, que muchas veces, ha provocado un desgaste de toda índole en las partes involucradas. También representa un costo a nivel social y económico, por lo tardado de los procesos y por carecer de una legislación que defina los criterios específicos que regulen el uso de las TRHA, en Guatemala o en otros países.

Unos países optan en determinar que no es legal el uso de estas técnicas y en otros las han legalizado con el fin de proteger la vida de los niños y niñas que nacen como producto de este tipo de procedimientos médicos.

En Guatemala, aún cuando no existe una legislación específica, existen agencias o centros clínicos que ofrecen sus servicios médicos utilizando estas técnicas. Los términos de los acuerdos o contratos, así como su legalidad se desconocen. Porque estos casos salen a la luz, cuando surge un imprevisto, tal y

como se evidenció en el caso expuesto, en donde los padres del niño decidieron separarse y surgió el conflicto para determinar el abrigo legal del niño.



Y en los casos que no llegan a los juzgados, qué pasará con esas vidas, si es el Estado quien por medio de sus leyes debe garantizar la protección y seguridad de sus ciudadanos. Es necesario poner énfasis por medio de una vía legal y soluciones jurídicas, aun cuando no sean casos mayoritarios, sobre que, esta sucediendo con la vida de los niños y niñas que son procreados de esta forma y como el Estado debe garantizar su bienestar y desarrollo integral. Porque más adelante, serán adultos en donde sufrirán secuelas de índole civil, al estar alterados, prioritariamente sus derechos de filiación y de identidad. Así como secuelas de índole económica y psicosocial.

### **3.5. Situación actual de la regulación de clínicas médicas en Guatemala que practican algún tipo de Técnica de Reproducción Humana Asistida para contrarrestar problemas de infertilidad**

Por medio de la Unidad de Información Pública del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social de Guatemala, por ser la instancia responsable de regular todo lo que compete con la Salud Reproductiva y Asistencia Médica, ya sea pública o privada, apelando al artículo 5 de la Ley de Acceso de la Información Pública, con fines de enriquecer la presente investigación y tener datos más actualizados con respecto al tema que se viene abordando, en el mes de julio del año 2018, se solicitó la siguiente información: ¿Cuántas clínicas de fertilidad



están autorizadas y avaladas por el Ministerio de Salud?. ¿Cómo ejercen la supervisión de dichas clínicas de fertilidad ya sea públicas o privadas? ¿Qué controles ejecuta el Ministerio de Salud, de los procedimientos y tratamientos de fertilidad que realizan en las clínicas de fertilidad autorizadas en Guatemala? ¿Cuenta el Ministerio de Salud con alguna clínica de fertilidad autorizada en Guatemala? Si cuenta el Ministerio de Salud con alguna clínica o Unidad en la cual se realicen tratamientos o procedimientos de fertilidad.

Así mismo, se solicitó proporcionar estadísticas de clínicas de fertilidad y de los tratamientos o procedimientos más comunes que se realizan de fertilidad. Proporcionar estadísticas de mujeres con problemas de fertilidad. Todo ello, a nivel de todo el país y en su caso, por cada uno de sus departamentos para establecer dónde existe mayor demanda o necesidad sobre el uso de este tipo de procedimientos.

Como respuesta al requerimiento de la información solicitada a la Unidad de Acceso a la Información Pública del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, se obtuvo una información parcial e incompleta de lo requerido el día 10 de agosto de 2018, tras varios aplazamientos del tiempo de respuesta, que, según la Ley de Acceso a la Información Pública, estipula para poder entregarla. La información proporcionada es de los Hospitales Roosevelt, Hospital Regional de Occidente, Hospital San Juan de Dios y la Unidad de Difusión de Estadísticas de Salud, del Sistema de Información Gerencial en Salud –SIGSA-, del Ministerio de Salud y Asistencia Social de Guatemala.



Se hace énfasis que, dentro de la información entregada por esta instancia, no se tomó en cuenta los datos estadísticos que pudiese tener la Unidad Nacional de Fertilidad y Reproducción Humana (UNIFER) que fue creada por el Ministerio de Salud y Asistencia Social el 21 de mayo de 2015, ubicada en la zona 13 de la ciudad de Guatemala en el anexo al área de Maternidad Periférica.

Como parte de los datos estadísticos compartidos por la Unidad de Acceso a la Información del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, lo que prevalece es la información obtenida de los directores o jefes de los departamentos de ginecoobstetricia o similares de los hospitales mencionados, principalmente:

En el Hospital Roosevelt existe una clínica de fertilidad y reproducción humana, la cual inició a funcionar a partir del mes de mayo de año 2018. Refieren que se proporciona atención de consulta externa a las parejas con problemas reproductivos elaborando una historia clínica, examen físico y los estudios diagnósticos correspondientes a un protocolo inicial (perfil hormonal, histerosalpingograma y estereograma). En cuanto a los tratamientos solo se realizan los de baja complejidad que corresponden a inducción de ovulación y coito programado, de acuerdo con la capacidad que tiene el hospital mencionado, en la actualidad. Se proporcionaron estadísticas de las pacientes que han acudido en el mes de junio y julio de 2018, por problemas de infertilidad, siendo un total de 52 y 54 respectivamente; los factores causales de dicha infertilidad, ya sea por

problemas endocrino-ovárico, tubo-peritoneal, uterina, cervical, infertilidad masculina y otros.



En cuanto al Hospital Regional de Occidente, comunicó por medio de un oficio con fecha 10 de agosto de 2018, que no se cuenta con una clínica de fertilidad específica, las patologías aunadas a problemas de fertilidad se absorben directamente en la consulta externa del departamento de ginecología de dicho hospital y los procedimientos que se realizan en cuanto a fertilidad se realiza recanalizaciones tubáricas e histerossalpignogramas.

Con respecto al Hospital General San Juan de Dios, el jefe del Departamento de Ginecología y Obstetricia, informa que, en el Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital General San Juan de Dios, en el área de consulta externa existe la Clínica de Endocrinología y de Fertilidad, a las cuales se les da respuesta de acuerdo con las capacidades y terapéuticas de la institución, pero no especifica qué tipo de procedimientos implementan.

Por parte del Departamento de Regulación, Acreditación y Control de Establecimientos de Salud, específicamente a lo que compete a la regulación que pudiese existir en cuanto a las clínicas de fertilidad, refiere por medio de un oficio dirigido a la doctora Karla Pamela Chávez Cheves, directora General de Regulación, Vigilancia y Control de Salud del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, de fecha 13 de julio de 2018:



- a. En cuanto a las clínicas de fertilidad que están autorizadas y avaladas por el Ministerio de Salud: En la base de datos que lleva este Departamento no se lleva el registro de clínicas de fertilidad, únicamente se lleva el registro de clínicas médicas especializadas en Ginecología y Obstetricia, de las cuales se encuentran registradas 1,094 establecimientos.
- b. En cuanto a cómo ejercen la supervisión de dichas clínicas de fertilidad ya sean públicas o privadas: Refieren que se realizan supervisiones por monitoreo, es decir que, según programación previamente establecida, los supervisores programan rutas de trabajo en la ciudad o en los departamentos, según la priorización anual realizada, para verificar condiciones higiénico locativas, condiciones de habitabilidad, equipo y mobiliario, si son adecuados a la actividad que desarrolla. Así mismo, se realizan supervisiones programadas a solicitud de los usuarios cuando presentan expediente de apertura, renovación o traslado de licencia sanitaria, para verificar el cumplimiento de los requisitos, el cumplimiento de las normativas y la legislación. Y se realizan supervisiones por denuncias de diversa índole, realizadas a la Jefatura del Departamento.
- c. Con respecto a qué controles ejecuta el Ministerio de Salud de los Procedimientos y Tratamientos de Fertilidad en las Clínicas de Fertilidad autorizadas en Guatemala: El Departamento de Regulación, Acreditación y Control de Establecimientos de Salud (DRACES) no realiza controles de procedimientos y/o tratamientos de fertilidad en las clínicas privadas, dado



que es el ejercicio privado del profesional, verificando únicamente que cumplan con la capacidad académica y legal (colegiación activa) para que pueda brindar este tipo de servicios. Así como que el establecimiento médico cumpla con los requerimientos establecidos.

Con respecto a la información obtenida del Ministerio de Salud y Asistencia Social de Guatemala, no se obtuvo con detalle lo que se solicitó y en cuanto a la regulación de las clínicas privadas o públicas específicamente de las que se encargan de aplicar procedimientos que conlleven la aplicación de TRHA, de igual manera, solo se obtuvo generalidades de los monitoreos que realizan anualmente o bajo requerimientos específicos.

Así mismo, se investigó sobre las clínicas privadas que implementan las técnicas de reproducción humana asistida en Guatemala, obteniéndose información vía internet sobre cuatro clínicas que funcionan en el país:

1. Gestar
2. Centro Procrea Guatemala
3. Clínica Santa María Centro de Fertilidad
4. Centro de Reproducción Humana –CER-

Estas clínicas de reproducción humana asistida se dedican al estudio y tratamientos de los problemas de fertilidad en Guatemala, señalan que 1 de cada 7 parejas poseen problemas de fertilidad, y cuentan con los tratamientos,

programas de preservación de fertilidad, banco de semen, así como de ovulación de óvulos.



De estas cuatro clínicas que tratan problemas de infertilidad en Guatemala, solo una de ellas está avalada y acreditada por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida –REDLARA-. Siendo CER, que es la única clínica a nivel de Centroamérica que está acreditada a esta red y funciona desde 1976. Así mismo, en 1990, logra el primer embarazo con fertilización *in vitro* en Centroamérica.

Con respecto a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida –RED LARA-, es importante mencionar que los servicios de reproducción asistida en Hispanoamérica son fundamentalmente privados. Con ello, hay que hacer una mención especial a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. (Álvarez Jorge. 2009 Recuperado de *Revista Electrónica Scielo*).

En el año 1991, se inició el primer Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA). Ello obedeció a una iniciativa del doctor Fernando Zegers-Hochschild, primer director ejecutivo de la Red LARA, quien tuvo por objetivo hacer posible que tanto médicos como pacientes contaran con un instrumento que permitiese evaluar la eficiencia de estos tratamientos de una manera científica. El Registro Latinoamericano se constituyó así en un documento de publicación anual que, en la actualidad, permite a cada centro participante

evaluar sus resultados con un control de calidad externo de tipo Regional. El registro, hasta la fecha, no aborda el tema de la donación embrionaria.



Los principales objetivos del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida son:

- a. Registrar el número y las características de los procedimientos de reproducción asistida realizados en Latinoamérica.
- b. Registrar los resultados de los procedimientos de reproducción asistida, incluyendo información desde la estimulación controlada de la ovulación hasta el resultado perinatal del parto.
- c. Registrar las complicaciones asociadas a las técnicas de reproducción asistida y la ocurrencia de malformaciones congénitas.
- d. Evaluar tendencias en relación a eficiencia y factores de riesgo como multigestación, prematuridad, mortalidad perinatal y otros. Procedimientos incluidos.

Los procedimientos de reproducción asistida incluyen:

1. Fecundación *In Vitro* (FIV)
2. Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI)
3. Transferencia Tubaria de Gametos (GIFT)
4. Transferencia Tubaria de Ovocitos Microinyectados (TOMI)
5. Ovodonación (OD)
6. Criopreservación Embrionaria
7. Diagnóstico Genético Preimplantacional (PGD)

Se incluye además procedimientos de inseminación intrauterina con estimulación ovárica controlada.



Tras cinco años de publicaciones anuales, los profesionales que enviaban sus datos a la red, estimaron que existía la madurez suficiente como para emprender acciones más complejas de capacitación, extensión e investigación regional. En noviembre de 1995, en la ciudad de Viña del Mar, Chile, se reunieron dos representantes de cada centro participante de la Red y se constituyó la Red LARA.

El 14 de marzo de 1996, en Santiago de Chile, fue la primera reunión del Consejo de Directores y donde la Red LARA fijó sus objetivos a mediano y largo plazo, que fueron: elaboración y publicación anual del Registro Latinoamericano (RLA), entrenamiento y educación de sus miembros por medio del Programa de Educación Continuada (PEC), difusión de documentos técnicos y legales, mantenimiento de un programa de control de calidad y acreditación de los centros integrantes, coordinación y posible financiación de proyectos de investigación multicéntricos.

En estos años de existencia de la Red LARA, se ha cumplido algunos de los mandatos establecidos en su constitución. La Red ha efectuado tres estudios multicéntricos, cuatro publicaciones y ha desarrollado múltiples actividades de educación médica continuada, dirigidas al mejoramiento de los resultados de las TRHA. El Registro Latinoamericano es el registro multinacional más grande de reproducción asistida.



A la vez, establecieron que la misión de la Red LARA era ser una organización de servicio y de educación para sus miembros y para la comunidad científica; identificar nuevos centros que realizan procedimientos de reproducción asistida y fomentar su participación en el Registro Latinoamericano; establecer prioridades de capacitación en las respectivas regiones y organizar programas de entrenamiento regional; facilitar y organizar programas de investigación multicéntrica, coordinar y participar en procesos de acreditación de centros participantes de la Red capaces de proveer entrenamiento; tomar el liderazgo en planteamientos relacionados con la reproducción asistida y hacer de la Red una verdadera escuela de biología y medicina reproductiva.

Sin embargo, resulta que no hay, al menos publicado en una revista arbitrada e indexada, algún trabajo multicéntrico que remita a saber si las parejas latinoamericanas donarían o no sus embriones. En buena medida es explicable, debido a que el caso de Hispanoamérica es distinto al de las naciones desarrolladas, por muchos factores, entre otros, económicos, culturales, religiosos, sociales.

Históricamente, las TRHA y sus avances llegan en fechas posteriores a Hispanoamérica; económicamente, no es sencillo para una pareja el considerar poder pagar varios ciclos de una TRHA o la crío preservación de embriones; culturalmente los programas de donación de gametos son un tanto distintos; en el ámbito religioso es predominante el cristianismo y su influencia tiene aún un peso

importante en las decisiones personales de muchas parejas. Por todas estas situaciones, y otras, es que la situación latinoamericana es particular.



Por otro lado, la situación es similar en cuanto a que muchos países cuentan ya con centros que realizan TRHA y que incluyen dentro de los servicios la criopreservación de embriones. Por ello, la existencia de embriones criopreservados también es un problema bioético para los países latinoamericanos.

Se ha considerado, desde un punto de vista teórico que, de no considerar esta reflexión tanto desde el punto de vista bioético como biojurídico, Hispanoamérica, podría convertirse tan solo en un mercado para naciones desarrolladas: de venta de gametos para países desarrollados y de compra de embriones (con fines asistenciales o de investigación) generados en países desarrollados.

La Red LARA no cuenta con un Comité de Ética (que sí existe en las asociaciones de profesionistas de la reproducción asistida en países desarrollados, como la American Society for Reproductive Medicine, ASRM, o la European Society of Human Reproduction and Embryology, ESHRE). Tampoco cuenta con un estudio empírico que indique si las parejas latinoamericanas donarían o no sus embriones. Como ya se mencionó, tampoco es posible extraer datos del Registro Latinoamericano, porque no se indica en lo que respecta a donación de embriones. La Red LARA cuenta tan solo con un documento llamado

“Consenso latinoamericano en aspectos ético-legales relativos a las técnicas de reproducción asistida”, donde no tiene lineamientos específicos al respecto de la donación de embriones. (Álvarez Jorge. 2009 Recuperado de *Revista Electrónica Scielo*).





## CAPÍTULO IV



### Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como un problema jurídico

#### 4.1. Problemas éticos y legales surgidos en la implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

A pesar de los esfuerzos realizados, pocos países han logrado un consenso interno que se traduzca en una legislación o una política nacional coherente. Al revisar las regulaciones y disposiciones vigentes en diversos países, así como las recomendaciones de comités y organismos internacionales, se comprueba que existen aspectos comunes en lo que respecta a la utilización de las técnicas actuales. (Arenas. 2013, pp.93-104)

Estos son:

- a. El acceso a estas técnicas debe estar limitado a parejas heterosexuales casadas legalmente, o que mantengan una unión estable.
- b. Las instituciones y el personal médico que ofrecen estos servicios deben estar sujetos a supervisión y regulación sanitaria.
- c. La paternidad y la maternidad deben estar determinadas por leyes que se rijan para todos los nacimientos logrados mediante estas técnicas.
- d. Las historias clínicas y la información deben conservarse con carácter confidencial.
- e. La vida embrionaria *in vitro* debe estar limitada a los 14 días.



- f. El almacenamiento de gametos y embriones debe estar limitado en tiempo.
- g. La implantación y/o la inseminación post mortem debe estar prohibida.
- h. Las agencias o intermediarios para la subrogación deben estar prohibidas.
- i. Previamente debe obtenerse el consentimiento de los participantes.
- j. Las tecnologías reproductivas deben estar libres de comercialización.
- k. No debe haber selección del sexo, excepto en caso de enfermedades hereditarias ligadas al sexo, ni tampoco selección eugenésica.
- l. Prohibición absoluta de la manipulación genética por técnicas extremas de ingeniería genética (clonaje, fertilización entre especies y otras).

A pesar del acuerdo general sobre estos aspectos, las características socioculturales, económicas y religiosas en cada estado pueden crear divergencias en cuanto a:

- a. La cuestión de la remuneración de los donantes.
- b. El acceso eventual del niño o niña a la información sobre los donantes y el tipo de información (genética o nominativa).
- c. La conservación de la información: el tipo, tiempo y quién debe custodiarla.
- d. La donación y conservación de los embriones, así como la experimentación con el material embrionario humano: quién tiene acceso a él, fines, duración en tiempo y otros aspectos.
- e. Limitación en el número de niño por donante.
- f. El diagnóstico genético del embrión.



De todo esto se desprende que, a la hora de establecer leyes y regulaciones que definan la política interna en materia de reproducción, cada Estado debe velar por que estas, no atenten o interfieran con la libertad y los derechos humanos básicos. Para esto han quedado determinados varios principios, independientemente de las variaciones políticas, culturales y religiosas, que pudieran servir de base a futuras regulaciones o acuerdos de carácter internacional, y que se resumen en:

- a. El respeto por la dignidad humana
- b. La seguridad del material genético
- c. La calidad de los servicios brindados
- d. La inviolabilidad de la persona
- e. La inalienabilidad del cuerpo humano

Los tres primeros constituyen mecanismos de protección de la persona, mientras que los restantes son un medio para asegurar el control sobre la libertad personal y científica; así como el respeto a la dignidad humana que es en sí el origen de todos los derechos humanos fundamentales. (Arenas. 2013, pp.93-104)

#### **4.2. Establecimiento de Mecanismos de Protección para la Persona**

La necesidad del respeto a la dignidad inherente a la persona debe ser reformulada a partir de nuevas concepciones relacionadas con el status del embrión. En principio, tan pronto como la persona existe hay un reconocimiento



legal. La determinación del status del embrión, esta muy ligada a la definición de qué es la vida y, cuándo es el inicio de la vida en el ser humano.

El inicio de la vida ha sido definido desde diversos puntos de vista sin que se haya logrado un acuerdo internacional. Para los católicos romanos la vida comienza con la concepción. La base biológica de este enfoque fue expresada por Krimmel y Foley:

... visto desde la perspectiva de un organismo adulto, el cigoto representa la primera vez en que una forma de vida específica está presente y una identidad específica es atribuible a la vida". Otros relacionan el inicio de la vida con la implantación. (Arenas. 2013, pp.93-104)

Para algunos autores la personalidad se determina a las 2 o 3 semanas después de la implantación; para otros, es entre la 7 y 8 semanas después de la concepción, en el momento en que el embrión ya responde a estímulos. Grobstein considera relevante el momento en que el embrión tiene cierto grado de sensación, o incluso volición activa, y es poco probable que estén presentes en el momento en que el embrión está *in vitro*. (Arenas 2013, pp.93-104)

El momento en que la mujer en estado de gestación siente los movimientos del feto, o la viabilidad, cuando el feto puede vivir independientemente de la madre, son también eventos que se han tenido en cuenta para considerar al feto



como persona. También el nacimiento y el desarrollo posterior han sido señalados como momentos definitorios.

En abril de 1981, el Congreso de los Estados Unidos, después de consultar a un gran número de expertos decidió que, "según la evidencia científica actual, el ser humano existe desde el momento de la concepción". Según el Premio Nobel J. Monod, la vida humana comienza hacia la octava semana del embarazo, cuando se inicia la actividad eléctrica cerebral.

En resumen, tres corrientes filosóficas resumen la literatura referente al status del embrión. La 1ª, promueve la personificación inmediata desde el inicio del embarazo. La 2ª, fija la personificación al nacer, cuando son posibles la vida independiente y las relaciones humanas y la 3ª, adopta el punto intermedio: en esta hay un reconocimiento gradual del status del embrión a determinados estadios del desarrollo biológico. (Arenas. 2013, pp.93-104)

La responsabilidad del Estado para con la vida humana antes del nacimiento está representada, entre otras cosas, por los planes de prevención de salud, así como la atención a la madre en el período prenatal. Por tanto, incluso en ausencia de un derecho constitucional a la vida por parte del embrión, no debe haber un uso ilimitado de éste como un objeto.

En la búsqueda de resoluciones legales eventuales, algunos principios deben quedar establecidos: Primero, el embrión debe considerarse merecedor de

respeto por su valor intrínseco; incluso, en ausencia de personalidad. Segundo, a pesar de no estar definido su estatus legal, el reconocimiento de su especificidad define las limitaciones para uso.



Específicamente, en Guatemala, no existe un marco legal que regule las prácticas de las TRHA; asimismo, no se tienen estadísticas exactas de las personas que demandan este tipo de servicios médicos, los costos y forma de convenios o contratos que se establecen entre ambas partes. Por lo que tendría que prevalecer lo que expresa la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 3, referente, a la responsabilidad del Estado de garantizar y proteger la vida desde la concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona; porque, en el caso de que se requiera un estereotipo social y éste no se pudiera obtener, el producto de la concepción, una persona, sería rechazada, y se estarían vulnerando sus derechos.

El Código Civil guatemalteco, reconoce que la personalidad jurídica inicia con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo aquello que le favorezca siempre que nazca en condiciones de viabilidad, adoptando la teoría ecléctica para el reconocimiento de la personalidad, porque fija el inicio con el nacimiento, reconociendo derechos desde la concepción al aún no nacido, bajo la premisa que nazca vivo.

Guatemala, ha adoptado en sus relaciones internacionales diferentes regulaciones, entre estas, se pueden enumerar los tratados en materia de



Derechos Humanos, normativas internacionales a las que se ha obligado a cumplir, requiriendo para su efectiva adopción, la transformación de estas en normas internas. La Constitución Política de la República de Guatemala (Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993), en el artículo 46 literalmente indica: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

#### **4.3. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como un problema jurídico**

A un inicio, la implementación de las TRHA, fue la solución tan esperada para parejas o personas individuales que deseaban tener un hijo o hija y que no era posible de forma natural, debido a algún problema de infertilidad. Los modernos descubrimientos tecnológicos y científicos en el campo de la biotecnología han posibilitado el desarrollo y la utilización de TRHA, como una alternativa de solución a los problemas de infertilidad de las parejas humanas en edad reproductiva.

Conforme el transcurrió el tiempo y el uso, surgieron imprevistos que se tornaron temas de investigación de médicos, científicos y biólogos. Tanto la comunidad científica y la sociedad en general, tuvieron que recurrir a los juristas

en demanda de soluciones jurídicas a la problemática legal planteada por el uso de las TRHA.



Generalmente los avances científicos y tecnológicos se adelantan al derecho, que regularmente se demora para proponer una solución jurídica para los problemas planteados, ya cuando se plasman en la realidad o cotidianidad de quienes hacen uso de estos avances.

Por medio de la exposición de los casos, tanto a nivel internacional como en Guatemala, en donde se hace uso de las TRHA, se pueden identificar constantes o puntos en común de problemas legales o jurídicos que nos plantean estas mismas, que se enfocan principalmente en estas premisas:

1. Criterios para definir quiénes serían las o los posibles usuarios de dichas técnicas
2. El status jurídico del embrión "*in vitro*"
3. La filiación
4. El embarazo "*post mortem*"
5. Bancos de óvulos y espermas
6. La ingeniería genética
7. Investigación y experimentación sobre embriones humanos
8. Regulación de los centros médicos o clínicas que ofrecen ese servicio médico



9. Imprevistos relacionados con el abrigo temporal o custodia del producto concebido

Específicamente en Guatemala, la aplicación de las TRHA, es una realidad latente desde hace varios años. Hay varios casos que se conocen de cotidianidad, por ejemplo, la fertilización *in vitro*, el alquiler del vientre y que en términos más técnicos es conocida como la maternidad subrogada.

En Centros de Asistencia Médica, ya existen los servicios que se relacionan con estas técnicas y otro tipo de TRHA, que son más sofisticados, que no están al alcance de todos, pero que resuelven de alguna forma, los problemas de infertilidad de parejas guatemaltecas que han recurrido a estos mismos. Siendo la minoría, pero que, de igual manera, debe existir una regulación para proteger el producto de esa concepción.

La regulación jurídica de las TRHA, así como la experimentación científica sobre el ser humano, merecen una protección social y una determinación legal inmediata. Los problemas que plantea el desarrollo de la tecnología al derecho son complicados y con soluciones aún no claras, porque afectan la ética de los procedimientos implementados, poniendo de manifiesto y en real peligro la verdadera naturaleza de la vida humana.

Para la creación de una Ley específica que regule las TRHA, con el objeto de darles el reconocimiento jurídico, se deben tomar en cuenta aspectos



biológicos, científicos, éticos y legales; con el fin de solucionar los problemas de infertilidad. Así como contener mecanismos de control de las clínicas de fertilidad; protección jurídica al producto de la concepción y el material genético; regular los diferentes procedimientos que se implementarán, así como las formas y utilización del material genético, al ser preservado o conservado. De igual forma, la creación de un registro de entidades, que promuevan estos procedimientos y definir cuáles serán las técnicas permitidas para su uso. Tener un control con respecto al perfil de los que demandan estos procedimientos médicos y el tipo de contratos o convenios que realizan con los proveedores de los mismos. De esta manera, lo prioritario es siempre proteger la integridad del producto de dicha concepción y de esta manera prohibir su comercialización.

Retomando uno de los problemas jurídicos relacionados con la filiación, con respecto al ámbito civil, uno de los aspectos más relevantes son las definiciones legales de las relaciones de filiación respecto del embrión fecundado *in vitro* como su determinación cuando se usan gametos de terceras personas; el derecho al anonimato del donante, la posibilidad del uso de estas técnicas para mujeres solas; la transferencia del embrión a una mujer distinta de la que pretende la maternidad o el uso de gametos de personas fallecidas. Es precisamente, todo este tipo de problemáticas jurídicas, las que se ven evidenciadas en los casos que se expusieron en el capítulo anterior.

En el Código Civil de Guatemala, se plantea en varios de sus artículos la filiación de los hijos hacia sus padres, por ejemplo, en el artículo 210:



Sobre reconocimiento del padre, cuando la filiación no es el resultado del matrimonio, ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento con respecto al padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad.

Aplicándolo a un caso de maternidad subrogada, solo por ser la persona que llevó el embarazo y concibió al niño, podría reclamar su derecho de filiación y descartar el acuerdo o contrato que realizó con los verdaderos padres del niño o niña. Y en el caso de las personas nacidas en estas condiciones no naturales, cuando sean adultas, si conocen quién fue la persona donante o quién la concibió, podrían reclamar algún beneficio o vinculación que confiere el derecho de filiación que otorga el Código Civil guatemalteco.

Ante la falta de regulación del uso de las TRHA, también podría suceder una procreación asistida homóloga sin el consentimiento de la pareja hombre o del esposo. La ausencia de una regla expresa en materia de consentimiento, se discute si debe primar la relevancia del consentimiento en estas técnicas y, por lo tanto, podría impugnarse en estos casos la paternidad; o si debe regir el principio de verdad biológica. Por lo tanto, no prosperaría una impugnación en cuanto que genéticamente el esposo o pareja es el padre. Asimismo, el esposo o padre biológico pudiera exigir responsabilidad por los daños y perjuicios patrimoniales y morales, que el nacimiento del hijo no deseado reporta, tanto a la madre como al centro médico, en caso de exigirse legalmente el consentimiento.



Es importante también tomar en cuenta, qué problemas pudiesen surgir con referencia a las fecundaciones *post mortem*, en el caso que se expuso, en donde los abuelos paternos y maternos pelearon el hecho de hacer uso de los embriones de los padres que fallecieron unos días antes de llevar a cabo la fecundación *in vitro*. El término de fecundación *post mortem* se incluye tanto en la reproducción asistida con gametos del varón tras su muerte, como la transferencia *post mortem* de embriones preexistentes (producida de una fecundación previa al fallecimiento y una transferencia posterior). En líneas generales, la doctrina se debate a favor y en contra del reconocimiento de esta práctica, en virtud de juicios de ponderación entre el derecho a procrear y el derecho de los menores a nacer en una familia y su deber de asistencia.

En cuanto al anonimato concebido como secreto absoluto y no como una protección a la intimidad de las personas, en lo que se refiere al banco de semen, en una inseminación artificial, implica cercenar el interés del hijo por conocer sus orígenes biológicos. Esa inmunidad jurídico-familiar del donante de semen o de óvulos carece de razón si tomamos en cuenta los intereses en conflicto: iría en contra de la Convención de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En estos casos, la identificación del progenitor biológico (no solo con sus datos biogenéticos) no debe convertirlo en el padre legal. Debe permanecer como una declaración del origen biológico y no como una obligación.

Al referirse de quiénes podrían ser los posibles usuarios de dichas técnicas, surge otra problemática, podría generar discusión sobre el acceso de las mujeres



solas (solteras, divorciadas o viudas) a las TRHA. En cuanto si estas técnicas exclusivamente son una solución a la infertilidad como una problemática diagnosticada o es la vía para reconocer un derecho a la mujer a la reproducción, un derecho a dar vida y, si es legítimo amparar la creación de familias monoparentales.

Si toda persona es titular de un derecho reproductivo, entonces el ordenamiento jurídico debe reconocérselo y abrirle todas las posibilidades para su libre ejercicio y amparo. Por consiguiente, las TRHA, deberían estar a disposición de cualquiera que las solicite, sea una mujer sola o con pareja, hetera u homosexual. De lo contrario, se estaría conculcando su derecho en franca oposición a lo que le ocurre a la mujer con pareja heterosexual. Si la reproducción asistida tiene como fundamento de su acceso el "derecho a procrear" como emanación de la garantía constitucional del derecho a la vida, que reconocer el derecho de las mujeres solas a someterse a ellas. Condición que ni siquiera se ha planteado como una posibilidad en la actual legislación guatemalteca y que para desarrollar un marco legal que regule dichas técnicas tendría que plantearse y modificar los artículos correspondientes, para poder detallar meticulosamente los criterios sobre quién podría hacer uso de dichas TRHA y bajo qué condiciones.

Al exponer todas estas aristas jurídicas, que surgen, ante el uso de las TRHA, se evidencia la necesidad de establecer una regulación de las mismas, así como el control y supervisión de los centros médicos que ofrecen dicha alternativa,

por medio de un marco legal, que contemple y proteja los derechos del niño o niña que es concebido de esta forma.



Actualmente, al no existir este marco legal, se está afectando su estado civil, su derecho a la identidad y a la filiación, como consecuencia interfiriendo en su desarrollo integral. El Estado guatemalteco tiene la obligación de proteger a todo individuo desde su concepción, y al estar siendo implementadas estas TRHA, como una forma de contrarrestar la problemática de infertilidad para algunas parejas guatemaltecas, no está cumpliendo con el control y regulación de las mismas.

Así mismo, surge la interrogante, bajo qué marco se deben regular estas TRHA, civil, familiar o penal. Porque si las personas que buscan esta opción como una forma de solucionar sus problemas de infertilidad, realizan un tipo de contrato con los intermediarios que ofrecen dichos servicios médicos, podría ser civil, pero de igual forma no se puede comercializar con la vida humana.

En cuanto al ámbito de familia, por ser algo que afecta a la familia, debería abordarse desde ese aspecto, haciendo uso de la legislación que aborda todo lo relacionado con la familia, la procreación, filiación, derechos del niño, derechos de los padres, matrimonio, unión de hecho, entre los principales.

Y en cuanto a lo penal, debido a que surgen imprevistos que originan consecuencias de índole penal, al atentar sobre la integridad física y emocional del



producto de dicha concepción, vulnerando los derechos del mismo. Aún no haber nacido, el Estado de Guatemala, en su Constitución Política de la República de Guatemala, señala de forma clara, que está obligado a proteger desde la concepción la vida humana, por lo que tendría que pronunciarse e intervenir en estas técnicas tan sofisticadas como lo es la ingeniería genética en donde indiscriminadamente experimentan con los embriones o en el caso de la inseminación artificial, en donde pueden ser viables varios embriones y que muchas veces al azar los descartan, debido a que los solicitantes solo deseaban tener un hijo o hija.

También es importante mencionar que existen aspectos positivos en el uso de las TRHA, porque dichas técnicas son el medio para lograr la paternidad y maternidad de parejas que tanto lo han anhelado y que no han podido concretizarlo de forma natural; y que, al ser reguladas por una legislación específica para el uso de las mismas, podría garantizar las mejores condiciones del embrión.

Otro punto a favor, por decirlo así, del uso de las TRHA en la mujer, es que amplía su autonomía, toda vez que les permiten desarrollarse en otros ámbitos y elegir la maternidad más tardíamente, dándoles la posibilidad de superar las restricciones biológicas.

En algunos casos se argumenta que el uso y regulación de las TRHA, no es necesario, dado a que se puede recurrir a la adopción, pero no puede recaer en



las parejas el peso de la adopción, si bien es cierto se beneficia a un niño o niña, la pareja tiene el derecho de utilizar dichas técnicas, para tener un hijo propio.

La manipulación del material reproductivo puede dar lugar al abuso y malos usos de las TRHA, en la ingeniería genética se manipula el estándar normal y natural del embrión porque se crea un ser humano con características definidas por los padres y creadas en un laboratorio, siendo necesario regular y trazar los límites, así como fijar las condiciones del uso de tales técnicas.

No solo en Guatemala, sino en varios países de América y de Europa, las TRHA, aún no están reguladas legalmente, lo que da lugar al desarrollo de un mercado que no está prohibido ni permitido, pero que genera contratación de clínicas de fertilidad y negocios jurídicos en los cuales el objeto no es lícito.

En Guatemala, la creación de un marco legal específico para regular las TRHA, no ha sido prioridad del Estado, pero como se ha expuesto, está generando problemas de índole jurídico, como lo es el caso de la maternidad subrogada que se expuso, y que fue dilucidado en los tribunales y que, al no existir un marco legal, se ha tenido que definir una resolución basada en la visión infantocéntrica del niño, apelando al interés superior del mismo.

Jamás se dio a conocer o se resolvió en los tribunales el acuerdo o negocio que realizaron los esposos con la madre subrogada, que consta en autos que, si recibió dinero a cambio, comercializando con la vida de un ser humano.

Específicamente en este caso mencionado del departamento de Chimaltenango, el proceso legal ha sido lento y desgastante. El caso ingresó al sistema judicial, desde el año 2012 y aún está sin resolver. Solo en ese aspecto de la celeridad del proceso, se puede evidenciar una vulneración de los Derechos del Niño. La explicación clara, es que por no existir un marco legal de donde avalarse, cada instancia que ha llevado el caso, ha resuelto bajos sus propios criterios e interpretación de la Ley.





## CONCLUSIONES



Los principales problemas jurídicos que surgen por el uso de las TRHA, se circunscriben a la vulneración de los derechos tales como el de la vida, filiación e identidad del producto de la concepción, afectando todo su estado civil, porque el Código Civil Guatemalteco, al abordar todo lo relacionado con la filiación, determina quién puede ser la madre o padre y bajo qué condiciones, sin tomar en cuenta la forma de concepción y viabilidad de ese ser que es concebido por medio de cualquiera de las TRHA, existentes y que en nuestro país se están implementando en las clínicas de fertilidad sin ninguna regulación, ni control y sin la supervisión por parte del ente rector que ha designado el Estado como lo es el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

Por no estar prohibidas, en Guatemala existen clínicas de fertilidad en las que se utilizan TRHA, las cuales se rigen exclusivamente por la ética profesional, porque se manejan de forma independiente y privada los acuerdos, condiciones, criterios y términos bajo los cuales implementan dichas técnicas y realizan los procedimientos, pero al no estar reguladas ni supervisadas por el Estado conllevan un riesgo a las partes involucradas y al producto de la concepción, toda vez que ese producto podría ser el no deseado o rechazado.

La investigación realizada en este trabajo de tesis permite afirmar que se comprobó plenamente su hipótesis. Las TRHA, constituyen en Guatemala un problema jurídico, porque no existe un marco legal que las regule, ni un ente que

garantice la protección y bienestar de las personas que requieren por medio de intermediarios el uso de estas técnicas, ya sea por un problema de infertilidad o simplemente por el hecho de querer ser padres o madres, de forma individual y aún más, no garantiza la protección de la vida humana que es concebida de esta forma.



Los procesos legales que se han resuelto en Guatemala y otros países, por el uso de las TRHA, para el nacimiento de un nuevo ser, se han manejado jurídicamente señalando en común evitar la transgresión de los derechos del ser humano, desde el momento de su concepción y que van relacionados a la no existencia de una legislación específica que contemple el uso de las TRHA, y se resuelven según criterios propios de cada instancia, por no existir un instrumento legal.

## REFERENCIAS



Álvarez Jorge. (2009) *Red Latinoamericana de Reproducción Asistida REDLARA*.  
Revista Electrónica Scielo. Recuperado de <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?>

Álvarez J. (2007) *Historia Contemporánea: Las Técnicas Complejas de Reproducción Asistida*. Recuperado de [http://www.nietoeditores.com.mx/download/gineco/2007/mayo/Gineco 175-293-302.pdf](http://www.nietoeditores.com.mx/download/gineco/2007/mayo/Gineco%20175-293-302.pdf).

Arenas Pérez Laura María (2013) *Regulación Positiva de la Maternidad Subrogada, Análisis Legal, Bioético y Derechos Humanos*. Tesis para Grado Académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Awad Cucalón, María Inés y Mónica Narváez Cano (2001) *Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia*. Trabajo de Tesis para optar al Título de Abogada. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Colombia.

Cardenal, Dr. León. (1985) *Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas*. (12ª. Ed) España: Mallorca, Barcelona. Salvat Editores.

Contreras Virginia (12 de junio de 2015) *Según el Ministerio de Salud el 17% de Matrimonios con Problemas para Concebir*. Guatemala: Diario La Hora.  
Recuperado de <http://lahora.gt/profile/diario-la-hora/>



Gafo Javier, et, al. (1986). *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, Biomedicina, Ética y Derecho*. España Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

Gálvez, Jorge William (2006). *Consecuencias Jurídicas que se derivan de la Aplicación de las Técnicas de Fertilización Heterólogas, respecto al Derecho de Identidad y Filiación del Niño o Niña que nace del producto de su aplicación*. Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho. Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Garrido T. María G. (2001) *Manual de Bioética*. Barcelona, España: Editorial Ariel.

Gilberto Alfonso Gamboa Bernal (2016) *Las Técnicas de Reproducción Asistida a la Luz de la Bioética Escritos / Medellín - Colombia / Vol. 24, N. 53 / pp. 319-344 Julio-diciembre, 2016 / ISSN 0120-1263 / ISSN: 2390-0032*. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.18566/escr.v24n53.a05>

Instituto Interamericano De Derechos Humanos –IIDH- (2008) *Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina*. San José Costa Rica.



Jausoro, A. (2000) *Reproducción Humana Asistida: Descripción de las técnicas de Reproducción Asistida: Descripción de las Opciones Terapéuticas Disponibles*. Informe nº: Osteba E-00-05. Gobierno Vasco.

Lembo, María, Revista del Notariado (enero-marzo 2018) No. 925. *Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la Luz del Código Civil y Comercial. Intervención Notarial*. Argentina. Recuperado de: <http://www.revista-notariado.org.ar/2017/01/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-a-la-luz-del-codigo-civil-y-comercial-intervencion-notarial/>.

Martínez M. Maricruz. (2011) *Marco Legal en Procedimientos de Medicina Reproductiva en el Distrito Federal y su Correlación con la Legislación Española Vigente*. México: Tesis para optar al Diploma de Especialidad en Medicina Forense.

Mendoza, Isidro. (2001) *Problemática Jurídica de la Maternidad Subrogada*. Tesis para Obtener el Título de Licenciado en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

New York Times (2018) El Bebé que Nació Cuatro Años después que sus Padres Murieron. Recuperado de <https://www.debate.com.mx/mundo/El-bebe-que-nacio-4-anos-despues-de-que-sus-padres-murieron>.



OMS –OMS-y sus Comunicados con Relación a las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida, en la Décimo Octava Conferencia sobre Planificación Familiar. Recuperado

<http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility.html>.

Piña Gloria (10 de mayo de 2017) *Maternidad Subrogada en Tabasco, las Lagunas en la Ley*. Revista Electrónica “La Silla Rota”. Recuperado de <https://lasillarota.com/estados/maternidad-subrogada-en-tabasco-las-lagunas-en-la-Ley/149442>

Ossorio Manuel (1981) *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Rabanales Andrea Desirée (2015) *Técnicas de la Reproducción Asistida, de la Ética a la Norma*. (Tesis de Maestría en Bioética) Guatemala: Universidad del Istmo, Facultad de Educación, Guatemala.

Recinos Reyes Linda. (2011). *El Impacto Jurídico y sus Consecuencias en la Paternidad, Maternidad y Filiación debido a la Falta de Regulación de la Inseminación Artificial en el Derecho Guatemalteco*. Tesis para optar al Grado Académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Revista Electrónica Babygest. (21 de julio de 2018/23 de julio de 2018) *Gestación*

*Subrogada a Nivel Internacional ¿Dónde es legal?* Recuperada de:

<https://www.babygest.es/paises>.



Spar L. Débora (2006) *Baby Business Cómo el Dinero, la Ciencia y la Política Condicionan el Negocio de la Infertilidad*. España Barcelona: Editorial Tendencia Editores Impreso por Romanya-Valls-Verdaguer.

Tarasco Michel, et, al. (1997) *Reproducción asistida*. [aut. libro] Hernández Arriaga (comp.). *Bioética General*. s.l.: Editorial El Manual Moderno.

## **Legislación**

Constitución Política de la República de Guatemala, (1986) Artículos del 1 al 3.

Código Civil, Decreto Ley 106, (1963). Artículos 1, 5, 11, 18,19, 22 y 23. Artículos del 190 al 223.

Código de Salud, Decreto número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala. (1997). Artículos 1 al 3. Artículos del 8 al 9. Artículos 41 al 121. Artículos 123 y 204.



Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos, Decreto número 96 del Congreso de la República de Guatemala. (1996). Artículos 1,2,3,4,5,6,7,8,17,19,23, 24.

Ley de Desarrollo Social, Decreto número 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala. (2001) Artículos 15 y Artículos 26.

Ley de Acceso Universal y Equitativo de Servicios de Planificación Familiar y su Reglamento, Decreto número 87-2005 del Congreso de la República de Guatemala (2005) Artículos del 1 al 5. Artículos 7, 8, 11, 12, 13, 14 y 15.

Ley para la Maternidad Saludable, Decreto número 32-2010 del Congreso de la República de Guatemala. (2010). Artículos del 1 al 16. Artículo 18.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia –PINA-, Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala. (2003). Artículos 11, 13, 26, 27, 28, 32, 33 y 35.

Código de la Niñez y de la Juventud, Decreto número 78-1996 del Congreso de la República de Guatemala. (1996) Artículos 1,2,3,5,6,7,8,9,12,14 y 15.

Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. (1973) Artículos 225 (literales “A”, “B” y “C”)