

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL
DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO**

LICENCIADA

GISELA MARISOL CARDONA ARREAGA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2021

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL
DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO**



GISELA MARISOL CARDONA ARREAGA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

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

Guatemala, agosto de 2021

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

| | | |
|-------------|--------|----------------------------------|
| DECANO: | M. Sc. | Henry Manuel Arriaga Contreras |
| VOCAL I: | Licda. | Astrid Jeannette Lemus Rodríguez |
| VOCAL III: | Lic. | Helmer Rolando Reyes García |
| VOCAL IV: | Br. | Denis Ernesto Velásquez González |
| VOCAL V: | Br. | Abidán Carías Palencia |
| SECRETARIA: | Licda. | Evelyn Johanna Chevez Juárez |

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

| | | |
|-----------|--------|--------------------------------|
| DECANO: | M. Sc. | Henry Manuel Arriaga Contreras |
| DIRECTOR: | Dr. | Luis Ernesto Cáceres Rodríguez |
| VOCAL: | Dr. | Carlos Estuardo Gálvez Barrios |
| VOCAL: | Dr. | Nery Roberto Muñoz |
| VOCAL: | Dr. | William Enrique López Morataya |

TRIBUNAL EXAMINADOR

| | | |
|-------------|--------|---------------------------------|
| PRESIDENTE: | Dr. | Saúl González Cabrera |
| VOCAL: | M. Sc. | Magnolia Fabiola Orozco Miranda |
| SECRETARIA: | Dra. | Mirza Eugenia Irungaray López |

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

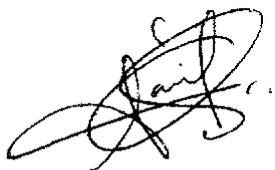
Guatemala, 09 de julio del año 2020

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

Estimado Dr. Cáceres Rodríguez:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil de la Licenciada **GISELA MARISOL CARDONA ARREAGA**, titulada "**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO**", y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,



Dr. Saúl González Cabrera

Guatemala, 4 de septiembre de 2020

Doctor 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, ortografía, sistema de referencias y estilo, de la tesis denominada:

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE LA
FERTILIZACIÓN IN VITRO**

Esta tesis fue presentada por la licenciada **Gisela Marisol Cardona Arreaga**, de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, de la Escuela 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 realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora



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, 16 de noviembre del dos mil veinte.-----

En vista de que la Licenciada Gisela Marisol Cardona Arreaga aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil** lo cual consta en el acta número 114-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO”**. 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



| | |
|-------------------|---|
| Introducción..... | i |
|-------------------|---|

CAPÍTULO I

| | |
|--|----|
| 1. Contratos civiles..... | 1 |
| 1.1. Evolución histórica..... | 1 |
| 1.2. Definición | 3 |
| 1.3. Características | 5 |
| 1.4. Elementos | 6 |
| 1.4.1. Capacidad legal del sujeto | 7 |
| 1.4.2. Consentimiento..... | 8 |
| 1.5. Clasificación | 9 |
| 1.5.1. Principales y accesorios | 10 |
| 1.5.2. Unilaterales y bilaterales | 10 |
| 1.5.3. Gratuitos y onerosos | 11 |
| 1.5.4. Conmutativos y aleatorios | 12 |
| 1.5.5. Consensuales y reales | 13 |
| 1.5.6. Típicos y atípicos | 13 |
| 1.5.7. Contratos conmutativos y aleatorios | 14 |
| 1.5.8. Contratos absolutos y condicionales | 14 |
| 1.6. Interpretación | 15 |
| 1.7. La autonomía de la voluntad y libertad contractual | 16 |
| 1.8. Obligaciones nacidas del contrato civil..... | 20 |
| 1.8.1. Obligaciones unilaterales y sinalagmáticas..... | 22 |
| 1.8.2. Obligaciones <i>stricti iuris</i> - de derecho estricto- y obligaciones <i>Bonaefidei</i> - de buena fe- | 22 |
| 1.8.3. Obligaciones civiles y obligaciones naturales..... | 23 |
| 1.8.4. Obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles | 23 |
| 1.8.5. Obligaciones genéricas y obligaciones específicas..... | 24 |



Pág.

| | |
|---|----|
| 1.9. El negocio jurídico | 25 |
| 1.9.1. Esenciales | 26 |
| 1.9.2. Naturales | 27 |
| 1.9.3. Accidentales | 27 |
| 1.10. Infertilidad | 30 |
| 1.11. Reproducción humana asistida | 32 |
| 1.12. Reproducción in vitro | 33 |
| 1.12.1. Estimulación en la ovulación | 34 |
| 1.12.2. Aspiración folicular | 35 |
| 1.12.3. Obtención de los espermatozoides | 35 |
| 1.12.4. Fecundación óvulos | 36 |
| 1.12.5. Cultivo de embriones | 36 |
| 1.12.6. Criopreservación de preembriones | 37 |
| 1.13 Fertilización in vitro homóloga | 38 |
| 1.14. Fertilización in vitro heteróloga | 39 |
| 1.15. La fecundación in vitro en el contexto jurídico | 39 |

CAPÍTULO II

| | |
|---|----|
| 2. Regulación nacional e internacional de la fertilización in vitro | 41 |
| 2.1. Generalidades | 41 |
| 2.2. Regulación de la fertilización in vitro en Guatemala | 45 |
| 2.3. Regulación de la fertilización in vitro en el contexto internacional | 50 |
| 2.3.1. Derecho civil español | 51 |
| 2.3.2. Derecho civil argentino | 54 |
| 2.3.3. Derecho civil italiano | 56 |
| 2.3.4. Derecho civil Costa Rica | 59 |



| | |
|------------------------------------|----|
| 2.3.5. Derecho civil chileno | 62 |
| 2.3.6. Derecho civil francés | 64 |

CAPÍTULO III

| | |
|--|----|
| 3. Resultados de la investigación..... | 69 |
|--|----|

| | |
|---------------------------|------------|
| CONCLUSIONES | 141 |
|---------------------------|------------|

| | |
|-------------------------|------------|
| REFERENCIAS..... | 143 |
|-------------------------|------------|

INTRODUCCIÓN



En el mundo científico y tecnológico tan avanzado en el que vivimos es casi imposible mantener el derecho a la vanguardia de este y lograr que ambos vayan de la mano en una situación bastante ideal; sin embargo, existen problemáticas sociales que son inminentes pero que no han logrado ser legislados dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco vigente. Tal es el caso del producto científico que da como resultado la vida a través de técnicas de fertilización artificial, de lo cual resultan como es natural, controversias por posibles desacuerdos presentes o futuros que los intervinientes puedan llegar a tener, así como, la problemática del establecimiento de la filiación como demás derechos de familia del niño o niña que nace a través de estas técnicas, especialmente la fertilización in vitro, siendo este uno de los métodos alternativos ante la imposibilidad de la procreación de forma natural, debido a la esterilidad de la mujer o del hombre.

El estudio se sustenta derivado de que surgen diversos aspectos que convergen para la existencia de una relación contractual y de la reproducción humana asistida, mediante la técnica de fertilización in vitro, los cuales, en un momento determinado, pueden llegar a generar responsabilidades y en ocasiones obligaciones que deben ser cumplidas y, en algunos casos, resueltas por los administradores de justicia.

Por lo tanto, el fenómeno propuesto genera matices de interpretación que permiten profundizar en ideas concretas, surgiendo argumentos y análisis tanto sociales, jurídicos, y de otra índole que permite complementar la perspectiva del estudio y con ello establecer la existencia de la relación contractual en dicha técnica de reproducción y su aceptación, aplicación y desenvolvimiento en el contexto guatemalteco.



La hipótesis propuesta en el estudio fue: La falta de regulación legal de las condiciones a establecer en una relación contractual de la fertilización in vitro es uno de los factores que genera controversia entre las partes intervinientes en cuanto a sus derechos, siendo necesaria la adecuada regulación de la relación contractual de la fertilización in vitro proporciona a los que intervienen en ella condiciones de seguridad y cumplimiento de acuerdos.

Los objetivos planteados fueron: Establecer cuáles son los factores a tomar en consideración para la regulación contractual de los derechos de las partes intervinientes en la fertilización in vitro; identificar los mecanismos previos empleados por otros países para regular la relación contractual de los intervinientes en la fertilización in vitro; determinar la incidencia de la fertilización in vitro en Guatemala.

La presente investigación se divide en tres capítulos, mismos que se describen a continuación: el capítulo uno desarrolla la base doctrinaria de la temática de estudio, conociendo lo referente a los contratos civiles, el negocio jurídico, la infertilidad, la reproducción humana asistida y los tipos de fertilización. El capítulo dos desarrolla lo relativo a la regulación nacional e internacional de la fertilización in vitro, sus generalidades, la regulación de la fertilización in vitro en Guatemala, así como la regulación en el contexto internacional. El capítulo tres aborda lo referente al análisis y la discusión de los resultados obtenidos en la investigación, siendo la base sustancial de la investigación desarrollada.

Los métodos aplicados en la presente investigación fueron los siguientes: el método analítico, el método jurídico, el método sintético y el método deductivo. Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica y la técnica de fichaje de documentos.



CAPÍTULO I

1. Contratos civiles

1.1. Evolución histórica

Como punto de partida, es menester para el estudio desarrollar lo referente a los contratos en el ámbito civil, realizando para el efecto una retrospectiva, sobre cuál ha sido la evolución de los mismos a través del tiempo y de las diversas civilizaciones que los implementaron.

Uno de los principales ámbitos históricos en cuanto al contrato se establece en la procedencia del nombre contrato como punto de partida, ya que la gran mayoría de instituciones del derecho su nombre se fundamenta en el latín, por lo cual, la autora Silvia Contarino (2000) expone:

Derivado del latín *contractus*, el término contrato significa unir. Respecto al significado de esta palabra latina en mi opinión el término parece apropiado, ya que el contrato une dos o más voluntades. En efecto, todo contrato requiere como mínimo el acuerdo de dos o más personas. (p. 33)

Lo antes mencionado refleja la unificación de dos voluntades que convergen en un momento determinado para consolidar un acto que nace a la vida jurídica, lo cual, en ocasiones pueden encontrarse más de dos voluntades dentro de la misma situación, siendo indispensable la voluntad expresa para generar el denominado contrato.

En el ámbito histórico, el contrato al igual que la gran mayoría de instituciones del derecho civil, su fundamento se da en la antigua roma, donde surge gran parte del derecho civil, el autor Agustín Bravo (1986) expone:



Los romanos no dieron una definición de contrato. En el fondo de todo contrato se encuentra una convención o pacto, esto es, el consentimiento de dos o más personas; como fin de este convenio: la creación de una obligación, finalmente, es necesario que el legislador haya sancionado ese pacto con una acción y como consecuencia es necesario que la haya nominado. Con esta base podemos dar una definición de contrato diciendo que es una convención destinada a crear obligaciones que han sido sancionadas y nombrada por el derecho civil. (p. 122)

Con base en lo expuesto, se determina que los romanos no establecieron una conceptualización de lo que es el contrato, si no que únicamente establecieron lo relativo al funcionamiento del mismo y cuál es su fin principal, que se basa en el consentimiento de dos o más personas que de mutuo acuerdo adquieren una obligación.

La convención era vista como el consentimiento de dos o más personas que se avenían sobre una cosa que debían dar o prestar. La convención se dividía en pacto y contrato, siendo el pacto aquel que no tenía nombre, ni causa y el contrato como aquel que si contaba con dichas características. Para el efecto, la autora Claudia Brizzio (2001) expone:

El contrato se aplicaba a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles, estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica. Los contratos se dividían en verdaderos y cuasi-contratos; eran verdaderos los que se basaban en un consentimiento expreso de las partes y los cuasi-contratos basados en el consentimiento presunto. A su vez, los contratos verdaderos se dividían en nominados e innominados; eran nominados los que tenían nombre específico y particular confirmado por el derecho, e innominados los que aun teniendo causa no tenían nombre. (p. 35)



A través del desarrollo histórico de los contratos estos tuvieron diversidad de clasificaciones según el consentimiento de las partes involucradas dentro del mismo y la legislación aplicable para dichos contratos.

Asimismo, en el derecho romano existían contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos unilaterales obligaban sólo a una de las partes y los bilaterales obligaban a ambas partes. La autora Claudia Brizzio (2001) expone, la obligación se derivaba de los asuntos siguientes:

- Entrega de la cosa, que equivalía a los contratos reales: mutuo, comodato, depósito y prenda.
- Palabras solemnes, que equivalían a los contratos verbales, por derecho antiguo eran: el señalamiento de la dote y la promesa jurada de obras; por derecho nuevo únicamente quedó la estipulación.
- Instrumentos que equivalían a los contratos literales, del cual el que se conocía era el vale.
- Consentimiento, que equivalía a los contratos consensuales que eran: la compraventa, locación y conducción, sociedad y mandato. (p. 42)

En la antigua roma, considerada como una de las civilizaciones más avanzadas en cuanto al surgimiento del derecho y diversas instituciones jurídicas, tenía ciertos controles en lo que respecta a la contratación de índole civil, principalmente en los contratos reales, verbales, literales y consensuales cada uno de estos celebrándose de diferente forma en incluso utilizados en la actualidad.

1.2. Definición

Para tener una mejor idea de los que son los contratos en el ámbito jurídico, son diversos los tratadistas, tanto nacionales como extranjeros, que aportan con



posturas diferentes del contrato, por lo cual, se dan a conocer en las siguientes líneas.

Es de mencionar que el contrato, propiamente, es un pacto que realizan dos o más personas, donde se desglosan tanto derechos como obligaciones sobre determinada cosa o actividad que se pacta, que se desarrollara por medio de alguna de las partes inmersas propiamente dentro del contrato realizado.

Para que todo contrato cuente con validez jurídica, es importante que dentro de los términos que las partes o las personas lleguen a establecer no exista ningún tipo de ilícito o ilegal, basada en la legislación vigente en Guatemala, ya que dos personas no pueden crear un nexo jurídico sin las obligaciones y derechos correspondientes, por lo que surgiría la comisión de un ilícito.

El contrato es la relación de dos personas donde crean obligaciones, tal y como lo establece el jurista guatemalteco Melvin Pineda (2002) al respecto: “Contrato es el acto por medio del cual dos o más personas convienen en cerrar, modificar o extinguir una obligación” (p. 195).

Con base en lo antes indicado se establece que, el contrato es una figura jurídica la cual puede crear, modificar o extinguir una obligación que adquiere una persona con otra al momento de la realización de un contrato, por lo cual es importante determinar que es necesario establecer qué tipo de obligaciones son las que se adjuntan a la realización de un contrato.

Otra de las definiciones, considerada importante, al respecto del contrato la brinda el tratadista Guillermo Cabanellas (1977), el cual expone lo siguiente: “Es el acuerdo jurídico entre dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones” (p. 88).



Lo antes expuesto, puede observarse con las ideas similares desde dicha época hasta la actualidad, por lo cual, se menciona a la autora Mabel Goldstein (2017) quien lo define como: “Acuerdo de varias personas que se establece sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos” (p. 163).

En cuanto a la definición expuesta, se hace referencia de un contrato sea cual sea la índole de este, siempre se encontrará íntimamente ligado al ámbito jurídico legal de un país, ya que este regula la relación entre personas, la cual debe estar regulada por diversas leyes para que todo sea llevado por el ámbito jurídico.

En cuanto al ámbito legal guatemalteco, el contrato se encuentra regulado en el Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia, el cual en su artículo 517 establece lo siguiente: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

En lo que respecta a la legislación civil vigente en Guatemala, es observable que se aporta un breve concepto de lo que es contrato, así de cómo se da el contrato en el ámbito jurídico, manifestando que este surge por la voluntad de dos o más personas y al igual que los tratadistas anteriormente citados indica que es una forma de crear, modificar o extinguir una obligación que uno de los sujetos tiene con el otro.

1.3. Características

El contrato civil, como parte del engranaje que conforma el Derecho y la relación entre las personas, mantiene diversos aspectos que a pesar de la diversidad de modalidades o clases que existen, deben contar con algunas características esenciales.

Asimismo, el autor José Antonio Doral (1993), en cuanto al contrato y sus características expone:



El contenido positivo de la autonomía privada en materia de contrato se resuelve en:

1. Libertad de elección del tipo de contrato, según las finalidades que los particulares hayan prefijado conseguir, dentro de los tipos de contratos previstos en la ley.
2. Libertad de celebrar contratos llamados atípicos, provistos por las leyes, pero practicados en el mundo de los negocios, y aceptados socialmente como lícitos y dignos de tutela.
3. Libertad de determinar el contenido del contrato salvo en aquellos casos en que existe una legítima predisposición de aquél. (p. 41)

Aunado a lo anterior, cabe resaltar las características concretas de los contratos de la manera siguiente: es bilateral, es entre vivos, por no depender del fallecimiento de aquéllos de cuya voluntad emanan, es patrimonial y es causado.

1.4. Elementos

Es importante hablar sobre los elementos que conforman los contratos objeto de análisis, tomando en consideración que todo contrato debe de llenar ciertos elementos que debe de contener para su aplicación y principalmente su validez desde el punto de vista jurídico legal, por lo cual el autor Agustín Bravo (2017) establece:

Todo contrato para que tenga validez requiere de los siguientes elementos, esenciales: sujetos, consentimiento, objeto causa y forma. Pero además de estos elementos de validez, el contrato puede tener elementos accidentales a cuya virtud sus efectos pueden, por su naturaleza misma o por voluntad de las partes, subordinarse a un



acontecimiento futuro. Estos elementos son el término “dies”, la condición “condicio”, y el modus o carga. (p. 134)

Con lo anterior, se determina que los contratos en materia civil constan prácticamente de dos elementos principales que son, los esenciales y los accidentales, en los que respecta a los esenciales, son los elementos que siempre debe de llevar los contratos civiles, puesto que sin estos su validez será nula al igual que su aplicación en materia civil.

Por lo cual, es importante verificar cada uno de los elementos al momento de la aplicación de un contrato, así mismo hace referencia a los elementos accidentales, que principalmente se basan en un acontecimiento futuro. Para tal efecto, los principales elementos del contrato en materia civil son los siguientes.

1.4.1. Capacidad legal del sujeto

En cuanto a la capacidad de los sujetos al momento de establecer un contrato en materia civil, es importante, puesto que los sujetos deben de saber perfectamente que dicha figura jurídica contrae tanto derechos como obligaciones para las partes, de esta manera se están obligando mutuamente en estos ámbitos.

Además, la capacidad, se establece que deben de estar en el pleno goce de sus derechos para poder realizar dicho contrato, por lo cual, el autor Pineda (2002) establece lo siguiente: “a) Capacidad Jurídica o de Derecho, llamada también de goce, b) Capacidad de obrar o de ejercicio, que corresponde a las personas que reúnen ciertas condiciones o circunstancias modificativas” (p. 195).

Con esto se determina que, para que se lleve a cabo la figura jurídica del contrato en la legislación guatemalteca debe de tener cierta capacidad los sujetos desde el punto de vista jurídico, así como cognitivo al establecer lo relativo a las



capacidades físicas y psicológicas de los sujetos que se encuentran inmersos en el contrato.

1.4.2. Consentimiento

Es importante que dentro de los elementos del contrato en materia civil exista el consentimiento de las partes, puesto que el contrato por ninguna razón debe de tener carácter coercitivo, y las partes deben de tener plena capacidad y consentimiento para la relación contractual que desean fijar entre ellas.

Con base en el consentimiento se determina que toda persona que pacte un contrato debe de saber perfectamente tanto los derechos y obligaciones que derivaran del mismo, así como el cometido de dicho contrato.

Toda persona tiene el derecho de entablar una relación contractual con una o más personas, todo esto en base al consentimiento de los negocios jurídicos que piensan realizar, por lo cual, el autor Manuel Bejarano (1999) manifiesta lo siguiente:

La teoría de la autonomía de la voluntad consiste en afirmar el culto a la voluntad individual del ser humano, permitiendo en consecuencia al sujeto de derecho participar en las relaciones contractuales que libremente decida. (p. 16)

El consentimiento y la voluntad de los sujetos inmersos en el contrato es de suma importancia, así como van de manera conjunta puesto que al tener el consentimiento de que es lo que va a regular el contrato es importante que cuenta con la voluntad individual de participar en las relaciones contractuales, con esto se cumplirá dicho elemento del contrato.



Para el efecto, el Código Civil, Decreto Ley 106, al respecto del consentimiento en los contratos civiles regula lo siguiente: “Artículo 1518. Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”

Como se observa, son diversos los elementos que debe de contener un contrato civil para que se lleve a cabo su celebración, de lo contrario dicho contrato carecería de validez jurídica, ante las leyes pertinentes, puesto que se violarían aspectos importantes que debe de contener todo contrato en materia civil propiamente.

1.5. Clasificación

Es importante abordar una clasificación de los contratos en materia civil, puesto que como ya se estableció con anterioridad, el termino contrato es utilizado por diversas ramas del derecho, por lo cual su interpretación y aplicación varía, basándose en la rama del derecho que se encuentra enfocado.

Inicialmente el autor Melvin Pineda Sandoval (2002) expone:

Los contratos son consensuales cuando se perfeccionan en el consentimiento. Los contratos reales son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa, el objeto mismo del contrato. Los contratos formales cuando para perfeccionarse necesitan de una determinada formalidad o solemnidad específica. (p. 195)

Lo antes expuesto, presenta una sinopsis de las clases de contratos que se encuentran establecidos en el ámbito civil, establece una clasificación a grandes rasgos de los tipos de contratos que existen y como se perfecciona cada uno por lo cual se hace la siguiente clasificación de los contratos civiles.



Los contratos han sido clasificados doctrinariamente por la mayoría de tratadistas de la siguiente manera: principales y accesorios, unilaterales y bilaterales, gratuitos y onerosos, conmutativos y aleatorios, consensuales y reales, típicos y atípicos.

Aunado a ello, el Código Civil guatemalteco, adopta esta clasificación normativa, razón por la que se hace una pequeña referencia a cada uno de los contratos de la manera siguiente:

1.5.1. Principales y accesorios

Miguel Zenteno (2010) expone lo siguiente:

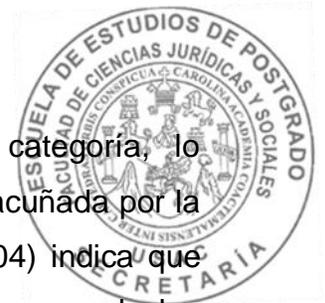
Principales: Son aquellos que existen por sí mismos.

Accesorios: Son aquellos que siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los primeros originan a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato de accesorios. (p. 24)

Por lo tanto, la relación contractual y el negocio jurídico, se observa en el desenvolvimiento de documentos que existen de forma previa y otros que surgen al materializarse otros, por lo tanto, se ha determinado que cada persona aporta su voluntad para crear una relación y acepta las responsabilidades que surgen de ella en el ámbito jurídico.

1.5.2. Unilaterales y bilaterales

Son aquellos en los cuales a partir de su otorgamiento solo nacerán obligaciones para una sola de las partes. Los contratos bilaterales son llamados también sinalagmáticos y se dan cuando las partes que intervienen en ellos se convierten recíprocamente en deudora y acreedora de la otra parte.



Es importante hacer énfasis que una modalidad de esta categoría, lo constituyen los contratos plurilaterales, que se trata de una categoría acuñada por la doctrina italiana. Para el efecto, el autor Vladimir Aguilar Guerra (2004) indica que “evidentemente, los contratos no son plurilaterales por hecho de que una de las posiciones contractuales se agrupan varios sujetos”. (p. 150)

La genuina categoría de los llamados contratos plurilaterales contempla los contratos de contenido asociativo, se caracterizan por el hecho que la pluralidad de los sujetos trata de conseguir un fin que es común en todos ellos.

En cuanto a la definición de los contratos tanto de carácter unilateral y bilateral, el autor Miguel Zenteno (2010) determina que: “Cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. son bilaterales, en cambio aquellos contratos que se establecen obligaciones y derechos recíprocos” (p. 81).

Esta división o clasificación de los contratos civiles es clara, al respecto de indicar que todos los contratos traen derechos y obligaciones a las partes como ya se ha mencionado, pero indica que el contrato unilateral donde solo una persona o una de las partes se compromete con ciertas obligaciones derivado de los contratos.

1.5.3. Gratuitos y onerosos

Esta clasificación en los negocios jurídicos de atribución patrimonial, es decir, en aquellos cuya finalidad es obtener, de forma recíproca, beneficios o utilidades para las partes que intervienen éstos, los cuales van a resultar de la aplicación del contrato que fue otorgado. Los contratos onerosos son aquellos que persiguen que la ganancia que se obtenga sea únicamente para una de las personas que intervienen en este.



Por su parte, el autor Aguilar Guerra (2004) indica que:

Los contratos gratuitos significan que, hay un empoderamiento de un sujeto, correlativo al enriquecimiento de otro. Por lo tanto, aquí una de las partes contratantes se enriquece u obtiene un beneficio a consecuencia de un contrato, sin asumir carga o contraprestación alguna. (p. 159)

Como todo contrato en el ámbito civil contrae derechos y obligaciones para alguna de las partes este no es la excepción, en cuanto a los contratos gratuitos indica que únicamente una de las partes tiene algún tipo de obligación más bien la otra parte queda sin ningún tipo de obligación ante la celebración del contrato.

1.5.4. Conmutativos y aleatorios

Los contratos en mención, son parte de los contratos onerosos, tomando en consideración que contienen un beneficio intrínseco por su existencia, lo cual surge desde su otorgamiento hasta su consolidación

Por otra parte, se conforman los contratos aleatorios, mismos que de igual manera son onerosos, pero con una característica singular, la dependencia de una circunstancia, sea conocido o incierto, siendo afecto a un incremento o en su caso disminución en su contenido o beneficio.

En los conmutativos, la retribución está fijada de antemano, y es siempre jurídicamente exigible por las dos partes, en cambio en los contratos aleatorios dependen del azar, de un acontecimiento incierto, la efectiva ejecución de la prestación de una de ellas.



1.5.5. Consensuales y reales

Se trata de aquellos en los cuales para que su existencia sea válida, es necesario únicamente el mero consentimiento de las partes que intervienen en este. Por el contrario, los contratos reales requerirán de la entrega previa de la cosa objeto de éstos para su subsistencia.

Conformando la idea de oposición a los contratos con contenido formal, se caracterizan por un elemento importante, es decir, para su validez no requieren consentimiento escrito, derivado que es viable su existencia ante el acto verbal de su aceptación.

Determinando, además, que un aspecto real en un contrato, es la materialización de una entrega de forma íntegra y desde dicho momento se constituye el contrato.

Atendiendo a la primacía del mero consentimiento como elemento genético de los contratos, la mayor parte de los contratos tienen carácter consensual. Hablar por lo tanto de contratos consensuales significa sencillamente que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento contractual tal y como lo regula el Artículo 1518 del Código Civil, Decreto Ley 106.

1.5.6. Típicos y atípicos

Los contratos típicos se encuentran regulados expresamente en la ley. En consecuencia, los contratos atípicos, son aquellos que no se encuentran reglamentados de manera específica en un ordenamiento legal, por lo cual es necesario para la creación de alguno de éstos, aplicar analógicamente las reglas de los contratos típicos. (Aguilar, 2004)



1.5.7. Contratos conmutativos y aleatorios

En cuanto a dichos contratos el Miguel Zenteno (2010) expone:

Conmutativo: Cuando los provechos y los gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato.

Aleatorios: Cuando los provechos y los gravámenes dependen de una condición o termino, termino, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o termino. (p. 85)

En este tipo de contratos se puede observar que en muchas ocasiones los mismos ya por naturaleza cuentan con una cuantía, al contrario de los otros que queda el precio o valor a disposiciones de una de las partes que se involucrara propiamente en el contrato.

1.5.8. Contratos absolutos y condicionales

De conformidad con lo expresado por el autor Vladimir Aguilar (2004) se establece que:

Los contratos indicados, especialmente con característica absoluta, no se concretizan en un plazo al cual pudieran estar sujetos, en caso contrario, los contratos condicionales, surgen posterior a una acción específica, con la cual, nacen a la vida jurídica. En lo que respecta a este tipo de contrato, en muchas ocasiones las partes suelen a ofrecer ciertos tipos de condiciones para la realización del contrato y en otras únicamente quedan a libre albedrío la utilización, goce o uso de la cosa, esto da a referir esta clasificación de los contratos. (p. 161)



Con base en lo anterior, se observa que los contratos civiles se encuentran basados en el surgimiento directo del mismo, en contraposición a los condicionales que deben esperar la existencia de una acción para poder nacer a la vida jurídica y con ello estipular las bases para su surgimiento.

1.6. Interpretación

El contrato es un instrumento jurídico continente de la voluntad creadora de las partes contratantes. Son estas, las que fijan su contenido dentro de los límites establecidos por las leyes, el orden público y la moral. Este es el concepto de la autonomía de la voluntad o libertad contractual. La interpretación busca establecer los efectos derivados del contrato.

Por tanto, surge la técnica de interpretación denominada hermenéutica, la cual, busca la interpretación y exposición de forma general de los aspectos que convergen en una norma jurídica aplicable.

Siendo aplicable también a los aspectos de normas específicas, tal es el caso de los contratos, los testamentos, resoluciones administraciones u otro que pueda aplicar. Permitiendo interpretar de forma plena el significado y el sentido tanto de lo otorgado como de las obligaciones que surgen del mismo.

El Artículo 1519 del Código Civil guatemalteco consagra la teoría clásica de la interpretación, aunque ligeramente atenuada ya que establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe. Por otra parte, dicho cuerpo legal en sus Artículos 1593 al 1604, inclusive, contiene reglas a seguir para fijar el sentido que debe otorgárseles a los términos del contrato cuando éstos no sean claros.



1.7. La autonomía de la voluntad y libertad contractual

La autonomía de la voluntad se da cuando el ser humano encuentra en sí mismo el fundamento de su conducta, es decir que el hombre es libre y las reglas que lo rigen emanan de su voluntad. Su base radica en la voluntad de soy libre, quiero, debo, por lo que, en derecho privado, el derecho civil reposa sobre cuatro pilares que abrazan las libertades fundamentales: libertad personal, propiedad libre, libertad de testar y libertad contractual.

Constituye la base para aclarar y testimoniar la fuerza obligatoria de los contratos. Por consiguiente, si el hombre es por esencia libre no se le puede obligar sino por su voluntad, y es esa voluntad la que crea los efectos del contrato, de manera que el contrato se da porque ha sido querido y de la manera como lo ha querido. (García, 2001, p. 41)

El contrato es la manifestación de la voluntad humana siendo esta libertad natural, y siendo la base de toda autoridad entre los hombres. En relación con la anterior, se figura la economía política en una nueva perspectiva, en la que el cambio es fundamental y el contrato es la herramienta para ese cambio.

Comprendiéndose el contrato de un proceso en el que una persona pone a disposición de otro, un acto, y con ello una parte de su libertad, obligándose voluntariamente a una prestación. El contrato es una pieza principal de la libertad civil en el derecho, es decir, es la confirmación de la libertad civil.

La autonomía contractual es un principio jurídico que supera las fronteras del Derecho Civil para incardinarse en las constituciones, especialmente las promulgadas después de la segunda guerra mundial, y figurar últimamente en textos internacionales y en los tratados fundacionales de la Unión Europea. (Aguilar, 2004, p. 214)



La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los principios, fines e intereses o un poder de auto reglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas, al que la doctrina denomina autonomía de la voluntad.

La autonomía significa etimológicamente, darse a sí mismo la norma, la ley: en una palabra, auto normarse (Aguilar, 2004, p. 45). Por consiguiente, el principio de la autonomía de la voluntad es sencillamente una sintética expresión con la que los juristas tratan de resaltar que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares un amplio poder de autorregulación de sus relaciones patrimoniales. La manifestación suprema de esta autonomía es el contrato.

Como todo principio general y en buena medida, la autonomía privada es una verdadera realidad y también un tópico muchas veces enredado. Con todo, un análisis general del contrato no puede efectuarse sin la existencia de dicho principio, ni dejar de resaltar el papel conformado del propio principio en el mundo contractual; en el que, evidentemente la voluntad de los particulares desempeña una función protagonista conforme el instrumental jurídico a las necesidades e intereses de las partes.

El principio de la autonomía de la voluntad preside todo el desarrollo de la vida contractual, concediendo a los individuos un amplio margen de actuación. Este margen afecta tanto a las personas, posibilitándolas para obligarse a dejar de hacerlo, como a las cosas, permitiendo la contracción de vínculos sobre las prestaciones más variadas, excepto aquellas que el orden público prohíba.

También se relaciona con la forma en los términos ya expuestos, concibiendo un sistema de libertad en la manifestación del consentimiento con arreglo al cual, en principio, ninguna forma ritual se impone para la exteriorización del mismo; las solemnidades son rigurosas excepciones.



En relación con los efectos, aquel principio determina que estos son los queridos por las partes y solo ellos; el ordenamiento jurídico no puede completar la libertad privada ni presumida para colmar las lagunas; jamás puede sustituirla.

Este margen afecta tanto a las personas, posibilitándolas para obligarse o dejar de hacerlo, permitiendo la contratación de vínculos sobre las prestaciones más variadas, excepto aquellas que el orden público prohíba, concibiendo un sistema de libertad en la manifestación del consentimiento con arreglo al cual, en principio, ninguna forma ritual se impone para la exteriorización del mismo; las solemnidades son rigurosas excepciones. (González, 2000, p. 81)

En relación con los efectos el principio de la autonomía de la voluntad determina que estos son los queridos por las partes; el ordenamiento jurídico no puede completar la libertad privada ni presumirla para colmar las lagunas; jamás puede sustituirla.

La noción jurídica de autonomía de la voluntad es una creación de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX. El sentido de la expresión autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho contractual está enraizado en los presupuestos del individualismo jurídico. (Aguilar, 2004, p. 175)

La correlación entre la idea de libertad contractual y la de autonomía de la voluntad, aparece en el punto de partida de los estudios que, dentro de la dogmática del negocio jurídico, se han dedicado al tema de la autonomía de la voluntad y en lo que, dentro del marco de la doctrina general del derecho de obligaciones, se refieren a la libertad contractual.

Es claro que las nociones de autonomía de la voluntad y libertad contractual están estrechamente relacionadas entre sí. La noción de autonomía de la voluntad incluye, como una de sus manifestaciones más genuinas, la de libertad contractual.



La noción más específica de libertad contractual presupone la de autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad es el poder de dictarse a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a sí mismo. Desde esta perspectiva, la autonomía de la voluntad es interpretada como libertad de crear, modificar o extinguir relaciones contractuales, estipular o pactar sin más límites que los fijados por la ley, ha sido la regla básica de los particulares en sus intercambios de bienes y servicios. Pero su significación y exaltación como voluntad libre absoluta fue creación del racionalismo ilustrado.

El contrato reposa casi exclusivamente en el sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad, elevado al rango de fuente creadora de reglas jurídicas, de ahí que se afirme que la manifestación suprema de esta autonomía es el contrato.

Al respecto Jaques Ghestin, citado por Vladimir Aguilar (2004), sostiene lo siguiente:

En el año ochocientos este principio se impuso por utilidad social. Era así el juego liberal de la oferta y la demanda. Para favorecer los cambios necesarios al desarrollo económico, es menester suprimir todas las trabas impuestas a la libertad contractual. (p. 47)

Por tal virtud este principio, consiste en la libertad que tiene cualquier individuo de contratar o pactar de acuerdo a su necesidad y voluntad. Legalmente, este cuerpo legal establece como límite a la contratación que no se viole este principio, además que el objeto del negocio jurídico sea lícito y que el consentimiento otorgado por las partes sea libre de vicios.



La autonomía de la voluntad es la libertad que tienen las partes de crear y regular sus propios intereses, a través de la figura de un contrato, lo anterior es a lo que se le llama libertad contractual o dogma de la autonomía de la voluntad.

En el momento de llevarse a cabo la codificación civil, bajo los impulsos del liberalismo económico se vivió un momento de encendida defensa de este principio es por ello que Alonso Martínez (1991) hace referencia a que: “son válidas y dignas de respeto cuantas combinaciones invente el interés privado con tal que no sean contrarias a la moral y buenas costumbres, quepan o no en las clasificaciones siempre estrechas e insuficientes del legislador.” (p. 48)

La autonomía de la voluntad quedó reducida a la posibilidad que los propios individuos tienen de obligarse libremente mediante la celebración de actos jurídicos cuyo contenido no sea contradictorio a las normas de interés público, las buenas costumbres y los derechos de tercero.

1.8. Obligaciones nacidas del contrato civil

Las definiciones modernas de la obligación no se alejan de la influencia del derecho romano, ello debido a que la esencia de dicha figura jurídica en estudio se considera sostenida mediante la historia, y en tal virtud el considerar los esfuerzos de los civilistas son intentos de superación de la conceptualización de las obligaciones.

Diego Espín Cánovas (1975) define a la obligación como: “La relación jurídica establecida entre dos o más personas por virtud de la cual una de ellas, el deudor se constituye en el deber de entregar a la otra o acreedor una prestación.” (p. 10)

La cita anotada señala la definición de obligación, siendo la misma aquella relación jurídica que se establece entre dos o más sujetos y mediante la cual una de



las mismas denominada deudor tiene la obligación de entregarle al otro denominado acreedor una prestación.

Por lo tanto, en un momento más reciente, el autor Vladimir Aguilar (2004), define la obligación como: “La relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada deudor le debe a una determinada prestación a otra denominada acreedor, el cual tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera a satisfacerla.” (p. 10)

La cita anterior señala otra definición de obligación, indicando que consiste en la relación jurídica en la cual un sujeto denominado deudor le debe una prestación a otra llamada acreedor.

Asimismo, Giorgianni (1995) indica que la obligación es:

Aquella relación jurídica en virtud de la que una persona determinada, llamada deudor, está vinculada a un comportamiento valorable para satisfacer un interés, aunque no sea patrimonial de otra persona determinada, llamada acreedor, que tiene derecho al cumplimiento por parte de la primera. (p. 180)

Al respecto de la definición del tratadista en mención aborda la obligación civil propiamente desde el punto de vista de un pago, que una persona se compromete con otra, en la mayoría de veces dicho compromiso devenga de la realización de algún tipo de contrato en el ámbito civil.

Es importante establecer que existen diversos tipos de obligaciones en el ámbito civil propiamente, por lo cual se considera necesario para efectos de la presente investigación jurídica establecer una división o clasificación de lo que son las obligaciones civiles, por lo cual se establece lo siguiente:



1.8.1. Obligaciones unilaterales y sinalagmáticas

El autor Vladimir Aguilar Guerra (2004) expone:

En las primeras al deber está a cargo de una sola de las partes y fueron las que primero existieron. En las sinalagmáticas ambas partes tienen deberes recíprocamente y se subdividen en sinalagmáticas imperfectas cuando producen deberes para una de las partes y eventualmente pueden producir para la otra, y sinalagmáticas perfectas cuando hay deberes y derechos para ambas. (p. 38)

En lo que respecta a las obligaciones antes descritas, principalmente la función de las mismas es establecer cuando las partes cuentan con algún tipo de obligación civil, derivado de la creación, modificación y extinción de un contrato, si únicamente una de las partes tiene dichas obligaciones o ambas partes se encuentran sujetas.

1.8.2. Obligaciones *stricti iuris* –de derecho estricto- y obligaciones *bonaefidei*-de buena fe-

Con respecto a las obligaciones *stricti iuris* –de derecho estricto- y obligaciones *bonaefidei*- de buena fe- los autores Bravo González (2017), señala lo siguiente:

En las primeras el deudor está obligado a lo contratado sin que razones de justicia o de equidad puedan agravar o atenuar el contenido de su deber, no así en las segundas, en las que si entran estas razones o consideraciones. Estas obligaciones dan lugar a figuras como el dolo, la culpa. (p. 147)



1.8.3. Obligaciones civiles y obligaciones naturales

Para el efecto, el autor Agustín Bravo (2017) expone:

En la civil el acreedor puede valerse de una acción en el caso de incumplimiento del deudor, no así en la natural, que está desprovista de acción, aunque no de consecuencias jurídicas: su cumplimiento es válido y no da lugar a la *condictio in debiti*; puede garantizarse su cumplimiento con garantía real o personal; puede ser objeto de novación y puede compensarse. (p. 149)

Es claro al establecer que al acreedor puede fundamentarse en la legislación si en dado caso el deudor cuenta con algún tipo de incumplimiento en el desarrollo de la obligación pactada dentro del contrato propiamente, en este caso puede ser en el contrato de renta vitalicia.

1.8.4. Obligaciones divisibles y obligaciones indivisibles

De conformidad con lo externado por el autor Vladimir Aguilar (2004):

Son divisibles cuando la prestación es de tal naturaleza que se pueden ejecutar en parte sin alterar su esencia, en caso contrario son indivisibles. Generalmente son divisibles las obligaciones cuyo objeto consiste en *dare*—dar- e indivisible aquellas cuyo objeto consiste en *facere* —hacer. (p. 39)

Se determina con lo anterior que, efectivamente la obligación puede dividirse para ser cumplida, y existen otros momentos en los cuales, no es posible, considerando su naturaleza y forma de creación.



1.8.5. Obligaciones genéricas y obligaciones específicas

El autor Vladimir Aguilar Guerra (2004) expone:

Genéricas son aquellas cuyo objeto se halla determinado por el género a que el mismo pertenece; específicas cuando el deudor debe un objeto individualmente determinado. Esta división es importante en caso de pérdida por fuerza mayor antes del pago, pues genera *non pereunt*—los géneros no pertenecen—, el deudor continúa obligado, no así cuando el objeto de la obligación es específico, en cuyo caso libera. (p. 40)

De esta manera es como se dividen las obligaciones, las cuales la mayoría de veces recaen en el deudor, ya que el acreedor, casi siempre da un bien en uso como lo es el caso de la renta vitalicia, el cual no queda comprometido a ningún tipo de obligación con el deudor, todo lo contrario, sucede cuando el deudor no cumple con la obligación convenida en el contrato.

En lo que respecta a las obligaciones de carácter civil, son muy importantes para el desarrollo de toda sociedad, puesto que las mismas son pilar fundamental para el desarrollo del derecho civil.

Como se indicó anteriormente, la obligación es un vínculo existente entre el deudor y acreedor sea que da nacimiento o extingue una obligación contraída, generalmente en las contenidas en el ordenamiento civil vigente en Guatemala y las derivadas de uno o varios negocios jurídicos.

Además, la importancia de la inclusión de las obligaciones en la celebración del contrato civil general el conocimiento para el profesional de derecho no solo en la asesoría de sus clientes, sino también en la elaboración del instrumento público y sobre todo en la autorización del mismo debido, a que este en algunas ocasiones por disposición legal surtirá efectos registrales y de allí la importancia de conocer los

alcances y limitaciones de una o varias obligaciones que se incluyan en un instrumento público.



1.9. El negocio jurídico

El concepto de negocio jurídico, construido sobre una voluntad necesaria y suficiente para producir efectos jurídicos, satisface simultáneamente y realiza, con esa simultaneidad, la igualdad formal del derecho, el interés del comerciante-comprador la voluntad es suficiente para producir efectos jurídicos y el interés del propietario-vendedor la voluntad es necesaria para producirlos.

Sin embargo, es evidente que esta filosofía que exalta la voluntad individual, la fuerza creadora de la voluntad, según la conocida expresión de Windscheid citado por Vladimir Aguilar (2004), “es en alguna medida una filosofía simulada, no sincera. La voluntad creadora, que la filosofía del negocio jurídico exalta, es la voluntad de la clase social que dirige el proceso histórico.” (p. 20)

El Código Civil guatemalteco, recoge la categoría del negocio jurídico, como una categoría ordenante de todo el ámbito de la autonomía privada. En este sentido, del Artículo 1251 al 1318 desarrolla la teoría general del negocio jurídico, comprendiendo en consecuencia todo lo relativo a sus elementos esenciales, formación del contrato, eficacia e ineficacia contractual.

Por lo tanto, la actuación de las partes contratantes con respecto a los efectos de los actos jurídicos celebrados. Es evidente que la teoría de la declaración de voluntad inspira la estructura de este concepto en nuestra sistemática jurídica. Además, justifica ya que el negocio jurídico, como instrumento de la libertad humana, tiene su raíz en la voluntad. Por lo que no se puede negar el papel de la declaración de voluntad, como elemento central del negocio jurídico y, también por ser su doctrina común a las declaraciones que afectan la relación negociar.



Al respecto el autor Capitant citado por Nery Roberto Muñoz (2000) lo define como:

Un acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones, y también documento escrito destinado a probar su convención. Los contratos han de ser celebrados entre las personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas, contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley. (p. 11)

En un sentido general y amplio se puede delimitar a los elementos de un contrato que lo constituyen sus partes y sus componentes; y en un sentido estricto sus principales y fundamentales principios que lo integran y efectivamente contribuyen a su formación y validez, para que produzcan los efectos jurídicos para los cuales han nacido a la vida jurídica, tanto los elementos del contrato; y los del negocio jurídico en general se han clasificado doctrinariamente de la siguiente forma:

1.9.1. Esenciales

Son aquellos sin los cuales el negocio jurídico no puede ocurrir. Al respecto el autor Carlos Vásquez Ortiz (2003) los define como “aquéllos necesarios para que exista cualquier negocio jurídico o un tipo determinado de negocio sin los cuales no puede existir, la falta de alguno de ellos conlleva ineficacia y nulidad absoluta del contrato.” (p. 14)

Por lo tanto, los elementos esenciales son aquéllos sin los cuales el negocio jurídico no puede nacer a la vida jurídica, es decir estos elementos son la esencia del negocio, la falta de alguno de ellos genera la nulidad de pleno derecho de determinada modalidad del negocio, por esta razón sólo los elementos esenciales



pueden llamarse requisitos del negocio jurídico, ya que sin ellos este no podría nacer al mundo del derecho.

1.9.2. Naturales

El autor Vladimir Aguilar (2004), expone:

Son los que normalmente llevan consigo cada negocio jurídico, a no ser que sus autores los eliminen. Son aquéllos que integran en cada tipo contractual y que se imponen por el legislador a falta de una disposición en contrario de las partes, pues por naturaleza corresponden a ese contrato. (p. 152)

De lo anterior se indica que los elementos naturales son aquéllos que el negocio jurídico lleva implícitos consigo normalmente pudiendo estos ser estos excluidos o desechados por la voluntad de las partes. Como ejemplo se menciona el saneamiento y la gratuidad del mandato.

1.9.3. Accidentales

Son aquéllos que solamente existen cuando las partes los determinan y agregan de forma expresa al negocio jurídico. Entre los elementos accidentales del negocio jurídico es de importancia anotar y explicar los siguientes:

a) Condición:

Consiste en el acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho y la obligación que le es correlativa, y la misma puede ser:

- Resolutoria: es aquella condición que pone fin a un derecho o bien a una obligación.
- Suspensiva: es la condición que suspende el nacimiento de la obligación.



b) Plazo:

Es el tiempo que se fija para el cumplimiento de una obligación o el hecho futuro y cierto del cual depende la exigibilidad o extinción de una obligación y el derecho que le es correlativo.

c) Modo:

Carlos Vásquez Ortiz (2003) expone que:

Es la forma de ejercicio de un derecho ya adquirido: El modo es una figura jurídica por medio de la cual, el disponente en un negocio jurídico a título gratuito, establece un comportamiento o una conducta que debe ser ejecutada por el beneficiario de una atribución, por lo tanto, el modo, viene siendo para el beneficiario de determinado contrato, una carga, impuesta por el disponente. (p. 18)

La evolución de circunstancias que convergen para la existencia de un negocio jurídico que se materializa en un contrato, tomando en cuenta que la voluntad de dos personas para realizar un intercambio, se produce legal y doctrinariamente un negocio que se documenta llenando los requisitos y formalidades del contrato civil.

Para la presente investigación resulta importante conocer la fertilización humana, abordando algunos matices que llegan a las sociedades actuales.

La relación contractual que en su momento puede llegar a existir utilizando los métodos de reproducción humana asistida, especialmente la reproducción in vitro, realizado en forma extracorpórea.

La investigadora considera menester exponer un escenario importante que enlaza el desarrollo del estudio y genera una complementariedad, en la cual, el contrato civil se ha abordado de forma concreta para exponer sus bases desde la perspectiva doctrinaria y jurídica, lo que conlleva a sintetizar la existencia de la voluntad de las partes externada y materializada en un negocio jurídico que se



traslada a un contrato, en consecuencia, se deja el escenario abierto a que cualquier situación que los particulares soliciten y hacer que nazca a la vida jurídica encuadrándola en figuras legales, siendo esta la base importante de los procesos de reproducción humana.

Además, el ser humano es parte de una sociedad que crea al Estado y por ende las normas de convivencia social y las que orientaran su actuación y con base en la evolución social se han configurado escenarios que deben ser parte importante de la vida del ser humano y para respaldar, tanto, decisiones, voluntades y en su momento sanciones, debe incorporarse a las bases normativas, tal es el caso de la reproducción humana.

El ser humano desde su inicio ha buscado la manera de subsistir y desarrollarse, razón por la cual, la evolución humana se ha impulsado mediante la medicina procedimientos para contrarrestar los efectos y limitaciones para la reproducción humana, generados por la infertilidad.

Siendo la temática que se abordada en las líneas siguientes, con el objeto central de conocer que es parte de la voluntad de las personas y que al generar una responsabilidad es viable su incorporación como parte de los contratos en el ámbito jurídico, en consecuencia, al abordar lo relativo la infertilidad y la reproducción humana asistida se observa dicho escenario considerado importante para el ser humano y por ende para el desarrollo de la investigación propuesta.

Se abordarán tres temáticas importantes, como lo son la infertilidad como principal problema, así como las alternativas existentes como la reproducción humana asistida y los procesos de fertilización, observados desde la base médica y su importancia para el ser humano.

Para la presente investigación tomando en consideración que el tema corresponde a un análisis jurídico de la relación contractual de la fertilización in vitro,



resulta importante estudiar en su contexto como puede darse esa relación contractual, que asegure el ejercicio de los derechos de las partes que intervienen y de los niños y niñas que nacen a través de la utilización de dicho método científico, en atención a los constantes problemas de infertilidad que se dan tanto en hombres como mujeres.

1.10. Infertilidad

En términos generales, la infertilidad se define como la incapacidad de completar un embarazo después de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas. Además, los términos esterilidad e infertilidad en ocasiones son usados de manera intercambiable y algunas veces definen poblaciones diferentes.

En la literatura hispana, la definición de la palabra esterilidad, según Bruno Olmedo (2003) “es la dificultad de lograr un embarazo, al tiempo que el término infertilidad es utilizado cuando se desarrolla el embarazo, pero es interrumpido en algún momento; por lo tanto, es utilizado como sinónimo de pérdidas recurrentes de embarazo.” (p. 227)

Por el contrario, en la literatura inglesa el término infértil se refiere a la pareja que no logra alcanzar un embarazo, ya sea por la imposibilidad de que la mujer quede embarazada mediante los medios naturales (esterilidad), o cuando existen las posibilidades, pero el embarazo no ocurre (subfertilidad), o si el embarazo efectivamente se desarrolla, pero no culmina con el nacimiento de un recién nacido vivo. Además, la población fértil es definida como la de aquellas mujeres que quedan embarazadas después de un tiempo razonable de relaciones sexuales regulares. (Olmedo, 2003)



Por otra parte, la Sociedad Española de la Fertilidad (2011), señala que: La probabilidad de gestación espontánea es claramente dependiente del tiempo. El 85% de las parejas logran espontáneamente una gestación en el transcurso del primer año, y un tercio de estos embarazos ocurre en los tres primeros meses de ese periodo. En los doce meses siguientes, conseguirá la gestación espontáneamente un 5% adicional de parejas. Por tanto, y según establece la simple observación, la mayoría de las parejas que no han logrado una gestación tras un año de intentos estarán afectadas por alguna limitación de la capacidad reproductiva. (p. 19)

Se establece con lo anterior que, con regularidad un porcentaje significativo de parejas consiguen la gestación y, por el contrario, cuando a pesar de existir unión legal y relaciones sexuales normales y de ello no se logra la gestación, se considera a dichas parejas como limitadas de la capacidad reproductiva.

En la mayoría de los países, con el objeto de minimizar la posibilidad de transmisión del virus de inmunodeficiencia humana (HIV) para las receptoras, es obligatorio usar sólo muestras de semen congelado en los laboratorios de los programas de inseminación con donante. Por otra parte, la infertilidad según el Protocolo de Esterilidad e Infertilidad (2010) es:

La disminución o ausencia de fertilidad, entendiéndola ésta como la incapacidad para tener hijos. No implica una condición irreversible como la esterilidad. La infertilidad supone estructuras anatómicas adecuadas y función alterada con posibilidad de embarazo, que puede no llegar a término. El término de infertilidad es sinónimo de esterilidad relativa. (p. 8)

La definición de infertilidad es sinónimo de incapacidad para la procreación de hijos.



1.11. Reproducción humana asistida

El conjunto de acciones de carácter médico que tienen por objeto la realización de métodos de carácter biológicos que se desarrollan durante la procreación humana, es decir, con ayuda científica y médica es posible que una mujer que tenga una limitación para la procreación, pueda ser madre.

Las técnicas de reproducción asistida, según Ignacio Benítez (2005) es: “Una de las ramas de la tecnología reproductiva cuyo objetivo es el de regular la aplicación de los conocimientos científicos, para auxiliar a la procreación de un ser humano.” (p. 9)

El criterio antes expuesto, da a conocer el avance de ciencias médicas y sobre todo su aplicación respecto a la tecnología reproductiva y lograr desarrollar dichos métodos de procreación del ser humano.

Para el efecto, el uso y aplicación práctica de la tecnología, que tienen como finalidad producir la gestación, es considerado como uno de los grandes avances de la ciencia médica.

Se establece, por tanto, que existen diversas técnicas que se orientan a crear las facilidades y escenarios para la reproducción, considerando que un alto índice de personas, no pueden concebir sin asistencia médica, es decir, de forma natural. El término tecnología de reproducción asistida incluye técnicas de fertilización in vitro, entre otras más. (Asociación Médica Mundial, 2006)

Por su parte, la asamblea de la Asociación Médica Mundial (2006) en la aplicación de estos tratamientos requiere la colaboración estrecha de profesionales con formación clínica (ginecólogos, urólogos, andrólogos), especialistas en técnicas de laboratorio destinadas a evaluación y tratamiento de espermatozoides, ovocitos y



embriones (embriólogos clínicos) y además de todo el personal de apoyo como psicólogos y personal de enfermería.

Los tratamientos clínicos y los procesos de laboratorio se desarrollan escogiendo entre varias modalidades la más adecuada a cada caso. La aparición de la fecundación in vitro hace ya más de treinta años revolucionó el enfoque del tratamiento de la esterilidad, y propició el desarrollo de varias técnicas derivadas y complementarias, que han mejorado la eficacia de la fecundación in vitro convencional, y que a la vez han permitido ampliar extraordinariamente el conocimiento sobre las causas de la esterilidad humana. (Asociación Médica Mundial, 2006)

1.12. Reproducción in vitro

También se conoce como fecundación extracorpórea que hace referencia a todas aquellas técnicas de reproducción asistida por la que se produce la fecundación 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.

Por consiguiente, Varsi (2012) aporta lo siguiente:

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. (p. 27)

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. (Varsi, 2012)

Sin embargo, en el ámbito jurídico guatemalteco, hasta la presente fecha es objeto de falta de regulación principalmente en el derecho civil, probablemente por un problema socio cultural, debido a que aún persisten muchas opiniones negativas e incluso algunas religiones están en contra de la fecundación asistida.

Ante la ausencia de regulación legal, el problema real es que por tradición el Estado ha intervenido en las decisiones de los habitantes y en consecuencia lo relativo a la maternidad, fecundidad y aplicación de procedimientos médicos para lograr la gestación el cual, es un tema eminentemente privado en el que remotamente el Estado debe intervenir, de conformidad de la libertad constitucional de los padres respecto a los hijos.

Por consiguiente, el desarrollo de la fertilización desde la perspectiva médica, se percibe dentro de un procedimiento científico.

1.12.1. Estimulación de la ovulación

Su objetivo es aumentar el número de ovocitos para que una vez aspirados puedan ser fecundados, aumentando la probabilidad de tener más de un preembrión viable con potencial de implantarse. Para ello se utilizan fármacos que imitan la acción de las hormonas femeninas. La Universidad de Valparaíso de Chile (2012) ha mencionado que:

Muchos de los medicamentos utilizados son inyectables y su presentación permite la autoadministración. El proceso de estimulación ovárica se controla con ecografías vaginales que informan del número y tamaño de



los folículos en desarrollo. Si se obtiene el desarrollo adecuado, se administran otros medicamentos para lograr la maduración de los ovocitos. (p. 10)

Con ello, el proceso no es realizado en su totalidad con asistencia médica, por tanto, se generan algunas instrucciones que permiten que los pacientes retornen a su hogar y realizar controles paulatinos, por la autoadministración de los medicamentos, siempre estando de la mano con la asesoría médica correspondiente, la cual, permite la efectividad del procedimiento completo.

1.12.2. Aspiración folicular

Es un procedimiento que tiene por objeto extraer los ovocitos del interior de los folículos. Una vez que los folículos alcanzan el número y tamaño apropiado, se administra la hormona gonadotropina coriónica (HCG), y 36 horas después se programa la aspiración. Se realiza mediante la punción del ovario con una aguja que se introduce a través de la vagina guiada mediante visualización ecográfica. (Universidad de Valparaíso, 2012, p. 10)

Este es un procedimiento ambulatorio que requiere anestesia y demora aproximadamente 30 minutos, después de lo cual la paciente reposa en sala de recuperación aproximadamente 3 horas, para luego ser dada de alta. (Varsi, 2012)

1.12.3. Obtención de los espermatozoides

la muestra será sometida en el laboratorio a procesos para seleccionar los mejores espermatozoides.



1.12.4. Fecundación óvulos

En el laboratorio, los ovocitos obtenidos son preparados y clasificados según número y madurez.

Si se realiza fertilización in vitro, los ovocitos y espermatozoides serán cultivados en el laboratorio conjuntamente en condiciones favorables para su unión espontánea (fecundación). Si se realiza ICSI, se inyectará un espermatozoide dentro de cada uno de los ovocitos maduros que se hayan recuperado. (Universidad de Valparaíso, 2012, p. 112)

Al día siguiente de la Fertilización In Vitro se determina el número de ovocitos fecundados y en los días sucesivos de cultivo se valorará el número y la calidad de los preembriones que continúen su desarrollo.

1.12.5. Cultivo de embriones

los preembriones serán mantenidos en el laboratorio por un periodo de 2 a 6 días, tras los que se procederá a la transferencia. Transferencia embrionaria: es el proceso por el cual son depositados los preembriones en la cavidad uterina usando un catéter transvaginal. Es un procedimiento ambulatorio que habitualmente no precisa anestesia y dura alrededor de 15 minutos.

La Universidad de Valparaíso, (2012):

Con la finalidad de favorecer la implantación embrionaria se prescribe también un tratamiento hormonal generalmente en base a progesterona por vía vaginal. De ser exitoso el tratamiento, 11 a 14 días después de la transferencia puede medirse en la sangre de la mujer la hormona gonadotrina coriónica, que permite documentar la presencia de embarazo. La ecografía transvaginal permite visualizar un saco



gestacional dentro del útero 21 días después de la transferencia embrionaria. El embarazo podría detenerse en esta u otras etapas posteriores. (p. 13)

El número de preembriones transferidos al útero debe ser limitado para evitar los riesgos del embarazo múltiple. Los pacientes recibirán del equipo médico la información necesaria para decidir el número de preembriones que se deba transferir con el n de obtener el embarazo evitando en lo posible, la gestación múltiple. (Varsi, 2012)

1.12.6. Criopreservación de preembriones

Estos pueden ser transferidos en ciclos posteriores, reduciendo la necesidad de someterse a un nuevo ciclo de fertilización in vitro.

Inicialmente la fertilización in vitro se desarrolló para superar situaciones de infertilidad debidos a problemas en las trompas de Falopio, pero posteriormente se observó que la técnica tenía éxito también en otros casos de infertilidad. La introducción de la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) soluciona en gran medida los problemas de infertilidad masculina.

Para que un tratamiento de fertilización in vitro tenga éxito, es necesario disponer de ovocitos sanos, espermatozoides que puedan fecundarlos y un útero que pueda mantener un embarazo. Aunque en algunos países los tratamientos de FIV están cubiertos por los servicios sanitarios sociales, normalmente se recurre a esta técnica cuando otras opciones han fallado, debido a que la Fertilización In Vitro conlleva costos elevados. (Universidad de Valparaíso, 2012, p. 112)



Según el informe del Departamento de Sanidad del país Vasco (2010) determina que:

La Fertilización In Vitro es una Técnica de Reproducción Asistida que se utiliza desde 1978 ampliamente en el mundo, y que según los resultados de la revisión de la literatura sólo está demostrada su efectividad en el tratamiento de la infertilidad por lesión tubárica bilateral. En el resto de indicaciones (endometriosis, factor masculino...) según la literatura de calidad consultada, que es escasa, no se puede afirmar ni negar que resulte más efectiva que el tratamiento convencional o la no realización de tratamiento. En estas patologías no se puede descartar que el embarazo sea independiente del tratamiento aplicado. (p. 42)

El objetivo de las técnicas de fertilización in vitro debe ser la consecución de un único niño y el mejor modo de conseguirlo es transfiriendo un único embrión o al menos pocos embriones de calidad.

Además, existen dos clases de la fertilización in vitro, siendo estas:

1.13. Fertilización in vitro homóloga

Los doctrinarios reconocen la fecundación in vitro interconyugal u homóloga como aquella que se realiza con componentes genéticos (espermatozoides y óvulos) provenientes del varón y de la mujer de la pareja ligada por vínculo matrimonial o mediante la denominada unión de hecho. (Varsi, 2012, p. 27)

Esta técnica de reproducción humana es aceptable no ofreciendo mayores problemas jurídicos habida cuenta que tanto el gameto masculino como el femenino provienen de los cónyuges hecho que otorga seguridad jurídica o alternativamente al provenir de la unión de hecho voluntariamente concertada entre varón y mujer



(convivencia); respecto del fruto de la concepción regirá la presunción legal (*iuris tantum*) de paternidad. (Jausoro, 2000)

1.14. Fertilización in vitro heteróloga

La fecundación “in vitro” será heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de espermia de un tercero o de óvulos y espermia de terceros. Esta fecundación extracorpórea a decir de Varsi (2012):

Crea situaciones en parte nada seguras ya que con el cedente se carece de una relación jurídica familiar reconocida para exigirle el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento). Ofrece dificultades y crea conflictos (p. 29).

La fecundación in vitro exige un compromiso físico, emocional, financiero y de tiempo considerable. El estrés y la depresión son comunes entre las parejas que le hacen frente a la esterilidad. Una mujer que toma medicamentos para la fecundidad puede presentar distensión, dolor abdominal, altibajos en el estado anímico, dolores de cabeza y otros efectos secundarios.

1.15. La fecundación in vitro en el contexto jurídico

Las técnicas de reproducción asistidas se dan a través de clínicas de fertilidad privadas quienes, al no contar con un debido control, trabajan bajo sus propios lineamientos y parámetros. También es cierto que, en nuestro ordenamiento legal, como resulta ser nuestro Código Civil, no existe alguna referencia a un contrato de esta naturaleza; sin embargo, eso no ha sido impedimento para la realización de las



técnicas antes mencionadas ya que se dan las relaciones según Juan Espinoza (2005) de la siguiente manera:

1. Contractual, a través de los contratos atípicos, cuando entre uno y otro existe una relación de este tipo de la cual derivaran para ambos una serie de obligaciones cuyo incumplimiento generara responsabilidad civil
2. Extracontractual, cuando no existe vinculo obligacional previo, de tal modo que si por culpa o negligencia el especialista causa daño a la madre o niño (a) por nacer, deberá responder por la acción u omisión ocasionada. (p. 54)

Se establece, por consiguiente, que, la reproducción humana es un tema que se aborda desde diversas perspectivas, esencialmente con matices jurídicos, considerando que el ser humano es sujeto de derechos y obligaciones, siendo desde allí su interrelación.

Así como, la determinación de su incorporación en el área contractual y con ello, surgen nuevas interpretaciones de dicha unión, tanto positivas como negativas de su existencia.

Finalmente, el presente capítulo ha abordado diversos temas importantes para el desarrollo del estudio, tomando en consideración que se constituye como una base doctrinaria para la adecuada interpretación del fenómeno propuestos, especialmente observando los contratos civiles, la fertilización y sus modalidades y su conceptualización respectivamente.

CAPÍTULO II



2. Regulación nacional e internacional de la fertilización in vitro

2.1. Generalidades

El procedimiento de la fertilización in vitro está catalogado como un tratamiento para la cura de la infertilidad, sin embargo, esta trae consigo una serie de problemáticas que la ciencia médica ha catalogado como riesgos, para lo cual deben de ser consideradas a la hora de que se decida optar por este tratamiento; en este sentido, más adelante se desarrollará dichos aspectos.

Un aspecto que se debe de tomar en consideración es lo que respecta al tratamiento del síndrome de ovario poliquístico, como se indicó en líneas anteriores, este es uno de los mayores factores de la infertilidad y, por el ende, el uso de la Fertilización In Vitro como técnica para corregir dicha situación.

Sin embargo, se debe de tomar en cuenta el avance que la técnica de la fertilización in vitro ha alcanzado desde el momento de su implementación en la medicina para el tratamiento de este mal hasta estos días.

La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (LARA) se crea para que los servicios de reproducción asistida en Hispanoamérica contengan estándares, efectividad y certeza de su procedimiento. Para el efecto, Álvarez (1999) indica:

En el año 1991, se inició el primer Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA). Ello obedeció a una iniciativa del Dr. 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. (p. 136)

Es importante, a criterio de la investigadora indicar que dicho Registro se encuentra activo generando inicialmente estructuras y lineamientos de control para la efectividad de los procedimientos de reproducción humana asistida, en los cuales, incorpora Guatemala en las estadísticas de casos y efectividad de los procesos en mención.

Dando a conocer, además, las edades estimadas en que se han presentado los procesos y partos, la tasa de natalidad generados por estos, los beneficios cada uno de ellos en países como Argentina, Bolivia, México, Guatemala, ente otros. Mencionando como una observación que para el caso de Guatemala, en el año existieron 197 casos registrados por dicha entidad y que el aumento por año y que para el año 2018 como última actualización se generaron 1,500 casos de procesos de fertilización.

Cabe destacar que no existe ningún tratado y ninguna convención internacional que reconozca la existencia de un derecho humano a la reproducción artificial, entiéndase en este sentido a la fertilización in vitro, pero pueden mencionarse algunas conferencias que han mencionado y desarrollado la temática, por lo cual, si se reconoce su existencia, pero no se protege a gran escala.

Uno de los aspectos que se debe de tomar en consideración a la hora de dar seguimiento al desarrollo de estas conferencias la del Cairo y de Pekín, es que muchas personas que están a favor de la fertilización in vitro, hacen alusión a las mismas sin dejar de lado su verdadero resultado y que, a su vez, estas carecen de “coercitividad” al no ser un tratado internacional.



- **Conferencia del Cairo**

En esta línea se ha de indicar que la Conferencia del Cairo, se llevó a cabo del 5 al 13 de septiembre de 1994, fue denominada como: “Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo”. Cabe destacar que en esta Conferencia participaron las delegaciones de 179 Estados, además de 7 observadores, con el propósito de llevar a término el programa de acción.

El documento resultante, es decir, el informe final aprobado en la sesión que dio por termina dicha conferencia, promueve decididamente en sus 16 capítulos una nueva estrategia para abordar las cuestiones de población, en la que se destacan los numerosos vínculos entre la población y el desarrollo y se hace hincapié en satisfacer las necesidades de las mujeres y los hombres en forma individual, en lugar de proponer metas demográficas.

En la conferencia, la Dra. Brundtland (1994) declaró:

Esta Conferencia se refiere en realidad al futuro de la democracia, la manera en que hemos de ampliar y profundizar sus fuerzas y sus alcances. A menos que fomentemos la autonomía de nuestros conciudadanos, los eduquemos, atendamos a su salud y posibilitemos que ingresen en la vida económica en condiciones de igualdad y con abundancia de oportunidades, persistirá la pobreza, la ignorancia será pandémica y las necesidades humanas quedaran sofocadas por las cantidades de personas. (p. 41)

No obstante, uno de los aspectos concernientes a los medios de reproducción asistida más destacables de dicha conferencia es lo relacionado con el tema de la mujer, orientando a expresar que es de importancia fundamental para este nuevo criterio derivado que se fomenta la autonomía de la mujer y ofrecerle mayor cantidad de opciones mediante un mayor acceso a servicios de educación y salud, la promoción de los conocimientos prácticos y el aumento del empleo.



- **La Conferencia de Pekín**

Uno de los aspectos más importantes desarrollado en dicha conferencia, es lo mencionado por Cristina Alberdi (2012), manifiesta en uno de sus informes que:

Por primera vez se consolida la idea de la potenciación de las mujeres en la sociedad, la idea del empoderamiento, de la necesidad de que las mujeres contribuyan en plenitud de condiciones y de capacitar la construcción de la sociedad, empoderamiento, esa potenciación del papel de la mujer, pasa desde luego por tres elementos clave que fueron desarrollados en Pekín y totalmente aceptados como ejes fundamentales del avance de las mujeres en la sociedad: los derechos humanos, la salud sexual y reproductiva y la educación. (p. 46)

A criterio de la investigadora y en observancia a lo establecido en dicha Conferencia, se observa que la misma se basa en la mujer y aborda temas relacionados a la sexualidad, pero es de mencionar que dicha Conferencia no establece o desarrolla el tema de la fertilización in vitro como un derecho a la reproducción asistida, por ende, se determina que no puede reconocerse o basarse la actuación o actividad de reproducción por referencia de esta Conferencia internacional.

Además, la finalidad de las conferencias antes mencionadas, era insertar en lo que se estaba dando en ese entonces a la mujer en el mundo globalizado. Es decir, que estas tuvieran un papel de acción en toda sociedad

Concretizando el ámbito general de los esfuerzos por reconocer la fertilización in vitro, dentro del conglomerado de procedimientos que se orientan a la reproducción humana, de forma asistida en el contexto médico, se percibe, elementos importantes que son adoptados por algunos países del mundo, dando cumplimiento a las interpretaciones y protección del ser humano en la era moderna,

derivado que se debe promover su protección, especialmente en materia de reproducción con vistas a futuro de la humanidad como tal.



2.2. Regulación de la fertilización in vitro en Guatemala

La técnica médica no ha avanzado lo suficiente como para garantizar, sin lugar a dudas que todos los seres humanos concebidos en un recipiente de laboratorio van a llegar a nacer. Al contrario, lo más avanzado que se puede pedir es que, de los bebés que se trasladan a un útero se implanten menos de la mitad, estadística que no toma en cuenta todas las demás personas que murieron en el resto del procedimiento.

Es por ello lo complejo al determinar que el Estado de Guatemala garantice y proteja la vida en estas condiciones, pues está fuera de las posibilidades humanas. No hay nada que ninguna persona pueda hacer para salvarle la vida a los seres que estadísticamente están condenados a morir y que son considerados pérdidas admisibles para lograr un embarazo exitoso.

Es imposible que el Estado de Guatemala garantice y proteja la vida en estas condiciones, pues está fuera de las posibilidades humanas. No hay nada que ninguna persona pueda hacer para salvarle la vida a los seres que estadísticamente están condenados a morir y que son considerados pérdidas admisibles para lograr un embarazo exitoso.

Es de mencionar que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece lo relativo a la protección de la persona humana, siendo la base de la organización del Estado tanto desde la perspectiva individual y la familia como eje central de la sociedad, así como los deberes elementales del Estado que garantiza la vida, libertad, justicia, seguridad, paz y desarrollo a cada uno de sus habitantes.



Asimismo, el derecho a la vida y los derechos inherentes a la persona humana, son considerados como esenciales derivado que orientan al desarrollo del ser humano en sociedad, surgiendo con ello un principio importante como lo es que el interés social prevalece sobre el interés particular. En consecuencia, se establece en el mismo cuerpo normativo constitucional que serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernamentales o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Tomando como referencia el precepto de igualdad ante la ley, dentro de esta idea se incorpora lo relativo a la igualdad de los hijos, basándose en que todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos, por tanto, no debe existir ningún tipo de acto de discriminación derivado que es punible. Aunado a ello, es de resaltar que el Estado de Guatemala protege la vida la vida humana desde su concepción.

Por otra parte, dentro de la estructura normativa del Estado, se encuentran las leyes ordinarias como lo es el Código Civil, mismo que hace mención que la personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.

Es importante considerar además que, desde la perspectiva normativa, el matrimonio es una institución social, por tanto, el ánimo central es la permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a los hijos fruto de dicha unión y auxiliarse entre sí. Aunado a ello, existe la unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco.



En consecuencia, el reconocimiento como padre de un hijo dentro del matrimonio, se determina una temporalidad específica, como lo es el hijo nacido después de ciento ochenta días de haber formalizado el matrimonio el nacido dentro de trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, tal como se establece en el artículo 173 del Código Civil vigente.

Continuando con la perspectiva jurídica-normativa, surgen dos elementos importantes dentro de la base penal, siendo la inseminación forzosa, que se sustenta con una sanción de dos a cinco años de prisión, todo ello basado en la ausencia de consentimiento de la mujer para resultar embarazada. Así como la inseminación fraudulenta que también cuenta con pena de prisión derivado que existe una alteración de forma fraudulenta de las condiciones pactadas para realizar una inseminación artificial desarrollándose mediante engaño o promesas falsas de conformidad con el artículo 225 incisos A y B del Código Penal vigente en Guatemala.

Por otra parte, surge otro contexto normativo importante de analizar, como lo es la Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos, que se orienta especialmente a la utilización de cada uno de los órganos que conforman el ser humano que son susceptibles de donación, como el corazón, los pulmones, las corneas, el hígado, el páncreas, la piel, riñones, tímpanos huesos, cartílagos, entre otros que establezcan las autoridades nacionales en materia de salud.

En consecuencia, es de resaltar que se reconocen que los tejidos del cuerpo básicamente son cuatro: el tejido conectivo, el tejido epitelial, el tejido muscular, y el tejido nervioso. Por tanto, se orienta a la deficiencia de completar una función esencial del cuerpo, lo que permite observar que pueden existir donaciones de personas vivas o de cadáveres, debiendo existir de forma previa una autorización por dicha persona cuando estuviere en el pleno uso de sus capacidades.



Para el estudio, es determinante establecer que la entidad encargada del control, fiscalización, autorización y sanción en temas de salud es el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, por tanto, para la temática de la fertilización in vitro debe ser dicho órgano de control, quien debe autorizar o limitar el funcionamiento de dichos centros cuando contravengan o vulneren los derechos de las personas que asisten a ellos, todo ello de conformidad con los artículos 34 y 36 del Decreto 91-96 del Congreso de la República que contiene la Ley de Para la Disposición de Tejidos Humanos.

Además, de establecer en uno de los considerandos del Decreto 91-96, se observa la importancia y trascendencia de los avances científicos en beneficio de la salud y bienestar de la humanidad, por lo que sus fines terapéuticos, deben normarse tratando de cumplir con las normas establecidas tanto a nivel nacional como internacional.

Por lo cual, se observa que no se encuentra reconocida dicha técnica de reproducción, únicamente, el reconocimiento de la persona, la protección y por ende las acciones ante la existencia de una acción ilícita, pero no de forma expresa la autorización o rechazo de la fertilización in vitro.

Como una referencia normativa a considerar, se encuentra la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, contenida en el Decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, que se basa elementalmente en la protección de la salud física, mental y moral de la niñez y adolescencia.

Por otra parte, el Estado debe respetar los derechos y deberes de los padres o en su caso de las personas encargadas del niño, niña o adolescente, de impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño, niña y adolescente ejerza los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y demás leyes internas, los tratados, convenios, pactos y demás



instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, sin más restricciones que las que establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, cuya interpretación no será extensiva, todo ello de conformidad con el artículo tres de dicha normativa.

Por otra parte, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece lo relativo al interés superior del niño como garantía elemental dentro del ámbito social y jurídico, por tanto, que debe asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de la edad y madurez. Como punto importante, se encuentra que en ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala.

Además, en dicha normativa, se interpreta por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal. Por tanto, el Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños, niñas y adolescentes y de la familia.

A criterio de la investigadora, es necesario resaltar que los derechos inherentes de los niños no excluyen otros, que, aunque no figuren expresamente en la ley, son inherentes a los niños, niñas y adolescentes.

Además, es de mencionar que dicha normativa es aplicable a todo niño, niña o adolescente sin discriminación alguna, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico o social, posición económica, discapacidad física, mental o sensorial, nacimiento o cualquier otra índole o condición de éstos, de sus padres, familiares, tutores o personas responsables.



El Estado, por tanto, debe garantizar a las niñas, niños y adolescentes cualquiera que sea su ascendencia, a tener su propia vida cultural, educativa, a profesar y practicar su propia espiritualidad, costumbres, a emplear su propio idioma y gozar de todos los derechos y garantías que le son inherentes, de acuerdo a su cosmovisión, por tanto, al hablar de su ascendencia, puede reconocerse sus bases biológicas y de allí la importancia de dicha norma para el presente estudio.

Como escenario importante, es a criterio de la investigadora indicar que existe el derecho a la identidad considerando que los niños, niñas y adolescentes 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. Es obligación del Estado garantizar la identidad del niño, niña y adolescente, sancionando a los responsables de la sustitución, alteración o privación de ella. Los niños, niñas y adolescentes 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.

En consecuencia, el derecho a la identidad es un contexto importante a considerar al existir un contrato que regule la relación en el escenario de la reproducción humana asistida, que, si bien es cierto, no es inmediato, pero existe la garantía que le asiste al menor a conocer de su identidad, la forma en que se procreó y los donantes biológicos dependiendo el caso en concreto.

2.3. Regulación de la fertilización in vitro en el contexto Internacional

La temática de la reproducción humana, ha surgido en el ámbito internacional desde hace algún tiempo, tomando en cuenta que los avances de la ciencia médica,



especialmente en el desarrollo de nuevas técnicas y procedimientos que le permitan al ser humano solucionar diversos problemas, especialmente ante la infertilidad.

Además, se ha observado como un tema complejo, derivado que, aunque exista un reconocimiento y regulación internacional, de forma interna cada uno de los Estados se encuentra en la independencia para su aplicación y creación de las normas específicas.

Por tanto, se dan a conocer algunos de los países que han incorporado la fertilización in vitro de forma expresa en sus normas jurídicas internas, mencionándolos de la manera siguiente.

2.3.1. Derecho civil español

La Ley 33 de España de 1988 establece algunos principios. La técnica de reproducción sólo puede ser utilizada cuando existe posibilidad de éxito y no represente algún riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia; solo se pueden practicar en mujeres mayores de edad, en buen estado de salud y que consientan libremente; los establecimientos encargados de hacer esta técnica deben de dar las explicaciones del caso, los riesgos que conlleva, y los problemas biológicos, jurídicos, éticos o económicos; se prohíbe la fecundación de óvulos para cualquier fin distinto para la procreación humana; se transferirán al útero los embriones más adecuados.

A los hijos nacidos con estas técnicas se les prohíbe conocer su identidad, lo que pone en duda su constitucionalidad. Según el Autor Iván Escobar Fornos (2007):

La ley 35 de España del 22 de noviembre de 1988 regula la técnica de reproducción asistida. Es una ley amplia que ha despertado mucha polémica. Con la mayor amplitud establece que toda mujer puede ser



usuaria de las técnicas de reproducción asistida. Se pueden presentar varios casos:

- a. Se trata de inseminación artificial homóloga, o sea, en la esposa o compañera de vida con espermatozoides y consentimiento del marido o compañero de vida. La ley no se pronuncia sobre este caso con relación a la filiación, pero esta será determinada como si no hubiera intervenido la reproducción artificial y, por lo tanto, el hijo será matrimonial y en caso de impugnación se admite toda clase de prueba. Este supuesto no produce muchos problemas.
- b. En el supuesto de inseminación heteróloga, es decir, cuando la esposa sea inseminada con espermatozoides de donante anónimo, se necesita el consentimiento del marido. Al marido que prestó su consentimiento le está prohibido legalmente impugnar la filiación matrimonial del hijo producto de esta asistencia reproductiva. Se establece pues, una filiación matrimonial inimpugnante, garantizada también por el anonimato del donante, que debe mantenerse. Se formula así una ficción o presunción iuris et de iure impuesta por la ley. Si falta el consentimiento del padre, el hijo será extramatrimonial de la madre. Si lo inscribe como del marido, éste podrá impugnar la paternidad según el derecho común.
- c. Se permite la inseminación de la mujer sola, y el hijo que nazca tendrá el carácter extramatrimonial de la madre, pero no tendrá padre; se piensa que no se excluye de modo absoluto el conocimiento de la identidad de su progenitor, aunque es difícil por el anonimato del donante.
- d. Se contempla la fecundación pos mortem, la que consiste en fecundar a la viuda del matrimonio con gametos conservados del marido fallecido, como caso excepcional cuando el marido dispuso en vida por escritura pública o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su esposa. La filiación de este hijo es matrimonial. Según el Artículo 9. El varón unido por vínculo no matrimonial también podrá hacer uso de este procedimiento.



- e. La maternidad subrogada o sustitutiva, la que se puede dar con la donación de óvulos con el uso del útero de otra mujer, está regulado por el artículo 10 que establece que es nulo de pleno derecho el contrato en que se convenga la gestación con o sin precio a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del tercero contratante. La filiación de los hijos será determinada por el parto, y queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto al padre biológico. (p. 145)

Con base en lo indicado, se reconoce un avance importante en el reconocimiento amplio de las formas de reproducción humana, los resultados y los derechos que llegan a surgir de los intervinientes.

Reconociendo, además, que toda mujer puede acceder a dichas formas de reproducción sin limitaciones, con el objeto de promover el reconocimiento de sus derechos, así como aspectos médicos que le permitan alcanzar sus fines, que, desde un punto de vista particular, se incluye el dar vida y crear una familia de forma plena.

- Cataluña (España)

La ley 9/1998 del 15 de julio, que contiene el Código de Familia de Cataluña, regula en el artículo 92 la fecundación asistida de la mujer. Los hijos nacidos por fecundación asistida de la mujer con el consentimiento expreso del marido, formalizado en escritura pública, son considerados hijos matrimoniales del marido. Así como una característica particular como lo es que se regula la fecundación post mortem, para el efecto se menciona lo siguiente:

Se dispone que esta fecundación después de la muerte del marido con esperma de éste, tiene por efecto tener al nacido como hijo del difunto siempre que concurren tres condiciones:



- a) El consentimiento del marido en forma fehaciente para la fecundación asistida después de su muerte;
- b) Que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple;
- c) Que el proceso de fecundación principie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido.

Este plazo puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de noventa días. (Escobar, 2007)

2.3.2. Derecho civil argentino

Entre 2009 y 2010 se dictaron en este país tres leyes provinciales sobre cobertura de fertilización asistida. Ellas son: La Ley de 14.208 en Buenos Aires. En 2011, entro en vigencia en la provincia de Buenos Aires, que establece la gratitud de los tratamientos de fertilización para las parejas que residan en el territorio bonaerense y que no puedan tener hijos.

Con la sanción de la Ley, se incorpora esos métodos al Programa Médico Obligatorio, por tanto, se garantiza el acceso a toda persona mayor de edad a las técnicas de reproducción asistida, lo que implica que tanto, obra social, como prepagas y el sistema público de salud deberán cubrir los tratamientos de las personas que tiene problemas para concebir.

La ley que tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, reconoce la cobertura medico asistencial integral de las practicas medicas a través de las técnicas de fertilización homologa, incorporándose dentro de las prestaciones del Instituto Obra Medico Asistencial (I.O.M.A.), la cobertura médico asistencial integral conforme el objeto de la ley.



Artículo 1; la presente ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Artículo 2; la infertilidad es la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa.

Artículo 3; Son objetivos de la presente, entre otros:

- a. Garantizar el mayor nivel de tratamiento médico asistencial integral dentro del ámbito de las parejas que padezcan esta patología, para la procreación de un hijo biológico.
- b. regular, controlar y supervisar los centros médicos que realicen tanto los diagnósticos y tratamientos de infertilidad y los procedimientos de la fertilidad asistida.
- c. elaborar estadísticas para el conocimiento, estudio y seguimiento de esta problemática, a través de la Autoridad de aplicación.
- d. efectuar campañas de información y prevención en todo el ámbito del territorio provincial a fin de informar a la población de las posibles causas de esta enfermedad y los tratamientos existentes para lograr el embarazo y llevarlo a término.
- e. Propiciar el desarrollo de centros de referencia de procreación humana asistida integral en efectores públicos, cuyo número y ubicación definirá la Autoridad de aplicación con miras a facilitar el acceso a la población de todo el territorio provincial.

Considerando lo indicado, la norma establece que todas las personas mayores de edad que así lo acrediten puedan acceder a los tratamientos de fertilización, así como también a los de diagnóstico, los medicamentos y terapias de apoyo.



Al no considerar la infertilidad como una enfermedad, ni establecer restricciones por edad, estado civil u orientación sexual, quedó abierta la puerta para que las parejas homosexuales y las mujeres solteras también puedan acceder a las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos o embriones.

2.3.4. Derecho civil italiano

En el año 2004 el Parlamento Italiano publicó la Ley 19 Febrero 2004, titulada *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* o como se entiende “Normas en materia de reproducción asistida médicamente”, en la actualidad la reproducción asistida no contaba con ningún texto legal o directriz que regulase la actividad de los centros de reproducción asistida existentes en Italia en aquel momento.

Sin embargo, la publicidad de ciertas clínicas promocionando las llamadas “mamás-abuela” y voces que proclamaban que la clonación humana era inminente y que describían a Italia como el “salvaje oeste” de la reproducción asistida hicieron necesaria la elaboración de una ley. (Corn, 2012)

El autor Carlo Casonato (2014) determina que:

Los políticos italianos adoptaron una posición bastante conservadora, y la entrada en vigor de esta ley supuso un cambio drástico a la hora de realizar los procedimientos propios de las técnicas de reproducción asistida (TRA) y tuvo asimismo influencia sobre los resultados de la aplicación de estas técnicas, como se discutirá más adelante. La ley se acompaña de un conjunto de “Linee guida”, líneas de actuación emitidas por el ministerio de sanidad, que son revisadas cada tres años y que tratan de clarificar y ampliar las directrices emitidas por la ley. (p. 41)

En dicho cuerpo legal, se considera la fecundación artificial como un recurso permitido cuando no existan otros métodos para eliminar la infertilidad. En este



sentido, la ley permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes. Limita el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida a parejas de distinto sexo, estables, casados o uniones de hecho, mayores de edad y en edad potencialmente fértil.

Ambos miembros de la pareja deben estar vivos. Ambos conyugues deben presentar consentimiento mediante un escrito conjuntó ante el médico responsable del centro donde se vaya a llevar a cabo la reproducción asistida. (Corn, 2012)

Así mismo, excluye como usuaria de las técnicas de reproducción asistida a las mujeres solteras, a las viudas, a las parejas homosexuales y también se prohíbe la fecundación post-mortem. En efecto, la Ley italiana solo permite la fecundación homologa, por lo que la paternidad legal se corresponde con la biológica.

Concretamente, el autor Emilio Dolcini (2004) expone:

Existen directrices o bases relativas a la Ley, siendo estas:

- Solamente tienen acceso a las Técnicas de reproducción asistida aquellas parejas mayores de edad formadas por miembros de diferente sexo, casadas o unidas mediante una relación de convivencia, en edad potencialmente fértil y ambos vivos. (Quedan por tanto excluidas las parejas del mismo sexo y las mujeres solteras o viudas).
- Las Técnicas de reproducción asistida sólo podrán producir un máximo de 3 embriones, los cuales deben ser transferidos simultáneamente al útero materno, en un único acto de transferencia embrionaria.
- La crio preservación de embriones está prohibida, salvo que por causa de fuerza mayor no pudiese realizarse en las fechas previstas la transferencia embrionaria, que deberá realizarse apenas sea posible. También se prohíbe la supresión de embriones.
- La donación de gametos (ovocitos o semen) está prohibida.



- El diagnóstico genético preimplantacional (DGP) está prohibido por considere una forma de selección eugenésica. (Esta prohibición no se expresa explícitamente en la ley pero sí en las “Linee guida” emitidas por el ministerio de sanidad).

Tras la aprobación de la ley las protestas fueron múltiples, tanto por los centros de RA como por los usuarios de estas técnicas. Se convocó un referéndum en el 2005 en el cual se hicieron 4 propuestas al pueblo italiano:

- Permitir la investigación en células madre embrionarias,
- Permitir la generación de más de tres embriones por ciclo de RA y su posterior crío preservación,
- Permitir el DGP en casos médicamente indicados y finalmente permitir la donación de gametos.
- El voto a favor para estas propuestas eliminaría efectivamente la Ley o en su caso de los estatutos.

El voto a favor para estas propuestas eliminaría efectivamente la Ley 40 de los estatutos. Sin embargo, solamente se pronunció el 26% del electorado, no se alcanzó el quórum y el referéndum fue declarado inválido. (Corn, 2012)

En el fracaso del referéndum se evidenció no solamente el papel de los dirigentes políticos quienes estaban manifiesta y públicamente en contra, además del papel de la Iglesia Católica Romana, que semanas antes de la convocatoria promulgó el eslogan “no se vota sobre la vida”, incitando al electorado a no acudir al referéndum.



2.3.4. Derecho civil Costa Rica

La discusión de la cuestión de la fecundación in vitro en Costa Rica, se enmarca en el debate relacionado con el cambio de valores posmateriales, se ha estructurado en un escenario complejo que involucra a los actores interesados en la sociedad civil, a los medios de comunicación masiva y, finalmente, a los partidos políticos. Naturalmente, este debate se inscribe en un contexto nacional e internacional, así como de perspectivas sociales, jurídicas, internacionalistas, humanistas, religiosas entre otras.

Como es lo natural, frente a la forma internacional y nacional que vincula el tema con las interacciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Estado de Costa Rica, en cuanto a la regulación de la fecundación in vitro, se desató en el país un debate público, tanto en el Gobierno de la República. Por su parte, Fabricio Alvarado (2013) indica:

Como en el Parlamento, y aún en los partidos políticos, de cara a las elecciones nacionales del año 2014, que ha mostrado los diferentes puntos de vista que en la materia se analizan en el país. Con la sentencia de la Corte los actores empezaron a proponer acciones encaminadas a resolver el entuerto de la siguiente forma: Como parte de las primeras reacciones, autoridades del Gobierno indicaron que respetarán el fallo, a través de Francisco Chacón, ministro de Comunicación, quien manifestó en un comunicado de Casa Presidencial que “El fallo de la Corte será acatado en todos sus extremos, respetuoso como se es del derecho internacional, una de las fuentes fundamentales de nuestro Estado de Derecho”. (p. 385)

En Costa Rica se dictó el Decreto Presidencial No. 24029-S sobre la Regulación de la Reproducción Asistida en 1995. En este Decreto se hace una regulación parcial de la reproducción asistida: determinando dos aspectos



importantes, primero que se autoriza la reproducción asistida homólogo entre cónyuges por un equipo profesional interdisciplinario, previos requisitos indispensables, entre ellos: que sea el último medio técnico terapéutico para concebir y que informado el matrimonio sobre la adopción renuncie a ella.

Segundo que también se permite la reproducción asistida heteróloga en el matrimonio cuando aún con las técnicas homólogas no se puede concebir, se identifique el tercero donante y se renuncie a las posibilidades a una adopción, entre otros requisitos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, por sentencia del 15 de marzo d 2002, con el voto disidente de dos magistrados, declaró la inconstitucionalidad de dicho Decreto por razones de forma y de fondo. Entre otras razones expresa las siguientes:

El Decreto No. 249029-S es declarado inconstitucional y, como consecuencia, nulo por defecto de forma, al violar la reserva de ley que existe este tipo de norma que regula la materia que contiene y no un reglamento ejecutivo. Desde la concepción existe la persona y un ser vivo con derecho a ser protegido. El artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respeto a la vida desde el momento de la concepción. El embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto y debe ser protegido con igualdad a otro ser humano y solamente las tesis contrarias permitirían que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e incluso desestimado. La aplicación de la técnica de la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria atenta contra la vida humana. En esta técnica se produce una elevada pérdida de embriones que son seres humanos. Admite que se pueden mejorar las técnicas y desaparecer las objeciones. Ni por norma legal es posible autorizar la aplicación de esta técnica, aunque en el voto disidente se dice que no necesita de regulación legal para aplicarse. (Zuñiga, 2013)



Se observa un constante enfrentamiento y discrepancia al momento de abordar el tema de la fertilización in vitro, tomando en consideración que, desde el aspecto político, no ha sido aceptada en su totalidad, considerando algunos estudios y estadísticas que indicaron la ausencia de efectividad en dicho procedimiento.

Según Colomer (2011) expone:

Durante los procesos de salud-enfermedad, el profesional en Enfermería es uno de los profesionales que se encarga de guiar y explicar todo a los usuarios al brindarles información correcta, actualizada y basada en la mejor evidencia, así como al organizar las pruebas necesarias y pertinentes relacionadas con la infertilidad y la administración del tratamiento. De igual manera, junto con otros profesionales, comparten la responsabilidad de organizar el trabajo, así como de atender el aspecto psicológico de los pacientes, ya que la esterilidad/infertilidad conlleva problemas biológicos, psicológicos y sociales tales como el sentimiento de culpa por diversos factores; no obstante, al determinarse la causa, es posible que uno de los miembros se auto inculpe, máxime que la infertilidad se considera un tabú, razón por la cual suele ser ocultada por quién la padece, al punto de que la pareja se excluye de la vida social y ese aislamiento produce una carga emocional que amenaza la armonía y la estabilidad de ambos (p. 150)

El objetivo de esta revisión es brindar un panorama del contexto actual de Costa Rica relacionada con la fecundación in vitro desde perspectiva ética, legal, religiosa, socioeconómica y la perspectiva desde enfermería gineco-obstétrica.

Es evidente que el tema de la fecundación in vitro en Costa Rica, a partir del debate parlamentario que se gesta en la actualidad en el país, presenta una multiplicidad de aristas y contradicciones que ponen en el tapete un asunto que es de la mayor importancia para cualquier ciudadano.



Mientras Costa Rica avala los tratados internacionales que le dan jurisdicción a los entes supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estos deben considerarse fuentes legítimas del derecho, en su clara y ubicada posición política. Pero admitir esto no significa entregar la soberanía a ciegas, en favor de este o cualquier otro ente internacional o del pequeño grupo de agentes que lo encarnan.

2.3.6. Derecho civil chileno

En Chile el Proyecto Ley No. 4735 sobre Reproducción Humana Asistida, que se tramita actualmente en el Congreso Nacional, prohíbe el congelamiento de embriones, lo cual es una solución alternativa al dilema moral que plantea su congelamiento.

El proyecto de ley aborda una temática ausente en nuestro ordenamiento jurídico y por tanto no resulta desde esta perspectiva, cual es, el establecer reglas básicas sobre los derechos humanos en relación a la procreación y particularmente sobre el uso y acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA).

En efecto, Chile aún no reglamenta la relación y derechos que pueden generarse entre padre, madre, hijo y terceros en cuanto al uso de las técnicas de reproducción asistida. Tampoco se ha hecho cargo como país del drama existencial que implica para 1 de cada 8 parejas chilenas el ver limitadas o frustradas sus posibilidades de procrear por problemas de infertilidad que en la práctica se traducen en un problema de acceso a las técnicas biomédicas de fertilización y por tanto de injusticia social. (Miranda, 1992)

Por el contrario, las discusiones que han versado sobre la materia se han limitado a enarbolar banderas seudo filosóficas o valóricas, muchas veces de corte fundamentalista que junto con dar poca o limitada respuesta y conocimiento en los



estadios y desafíos científicos sobre la materia tienden a confundir y enturbiar la discusión cuando esta se produce.

Es por ello que lo que interesa y preocupa, mediante dicha propuesta regulatoria, es fijar los derechos y libertades reproductivas de la mujer, junto a la protección que merece el hijo desde el momento de la fecundación y el padre o progenitor con motivo de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En tal sentido, no pretende este proyecto resolver cuestiones de orden filosófico – religiosas tales como definir el inicio de la vida o el estatuto jurídico aplicable al embrión o los términos de su protección jurídica, ni tampoco regular por ley la *praxis* médica en esta materia, en el entendido que uno y otro orden de cuestiones presentan sus propias lógicas y reglas que no siempre conviene invadir mediante la regla de derecho. (Miranda, 1992)

En vista de lo anterior el proyecto de ley no tiene otra finalidad que la de resolver un problema de orden práctico, cual es, facilitar el uso y acceso a las técnicas de reproducción asistida por y para todas aquellas parejas que se ven enfrentadas al drama y a las dificultades de no poder concebir.

El diseño normativo por el que ha optado el proyecto de ley es consagrar en primer lugar de manera y amplia y general el derecho que tienen las personas a recurrir a las TRA, sin que lo económico sea una barrera más de discriminación entre ricos y pobres. Así el Estado deberá garantizar para aquellos que no tengan los recursos suficientes, el debido acceso a estas terapias cuando la ciencia médica lo aconseje para el caso particular. (Miranda, 2012)

Por su parte, el autor Hernan Corral (2011) al respecto menciona:

El proyecto deliberadamente deja afuera todas aquellas denominaciones y conceptualizaciones de orden científico que consideramos no apropiadas introducir en un cuerpo normativo. La ley debe regular situaciones



jurídicas pero no invadir campos que no le son propios como éste, de tal suerte que se ha optado por una regulación marco o mínima que garantice el buen desenvolvimiento y desarrollo de las TRA. Es así como más que prohibir o permitir de un modo general técnicas usadas en esta materia como la fecundación *in Vitro* o la crio preservación, lo que el proyecto hace es declarar en conformidad a los principios generales del derecho que ellas serán jurídicamente lícitas si a su vez son terapéuticamente adecuadas para conseguir la procreación y ello no sea contrario a la Constitución, a las leyes o al derecho de terceros. (p. 75)

Sobre el patrimonio genético se ha incluido una norma expresa en razón de las dudas que se pueden generar en torno a la posibilidad de celebrar actos o contratos respecto a él, incluso de carácter comercial.

Al respecto, el proyecto adopta una opción clara y también de carácter general, prescribiendo su carácter intransferible lo que da a lugar a todas las consecuencias de orden jurídico civil atribuidas a las cosas intransferibles, entre las que contamos desde luego la inexistencia y nulidad de los actos celebrados sobre él por adolecer de objeto ilícito.

El proyecto, finalmente, propone una norma de resguardo tanto respecto a los profesionales que practiquen las técnicas de reproducción asistida, como en relación a los centros médicos en que ellas pueden ejecutarse, dejando el detalle a la reglamentación que defina y estime pertinente la autoridad sanitaria.

2.3.6. Derecho civil francés

Como principio, se afirma que la regulación prohibitiva de la fecundación *post mortem* que rige en el derecho francés no viola el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este último se refiere al respeto por la vida privada y familiar, de



conformidad con el reiterado principio de margen de apreciación de los Estados. La legislación dispone que los gametos depositados en Francia pueden ser objeto de exportación siempre que sean destinados en el extranjero para fines no prohibidos en el territorio francés.

Según el autor Iván Escobar Fornos (2007) se observa que:

El Código Civil francés, en el título VII, Sección IV, en virtud de reformas de 1994, regula la reproducción asistida. El artículo 311-19, para garantía del fruto de reproducción y del donante dispone que no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación, y no permite ninguna acción de responsabilidad en contra del donante. El artículo 311-20 establece que los cónyuges o concubinos que quieran procrear y recurrieren a asistencia médica para la intervención de un tercero donante, deben prestar su consentimiento que debe darse en condiciones que garanticen el secreto. El consentimiento dado a la reproducción asistida prohíbe cualquier acción de impugnación de la filiación o de reclamación de estado, salvo que se sostenga que el hijo no ha nacido de la reproducción asistida o que el consentimiento quedare sin efecto. Queda privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda o divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Queda también sin efecto cuando el hombre o la mujer revoquen por escrito el consentimiento antes de la realización de la reproducción asistida, ante la médica encargada de comenzar esta asistencia. El que después de haber consentido la asistencia médica o la reproducción no reconozca al hijo nacido compromete su responsabilidad con la madre y el hijo. Además, se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien después de haber consentido la asistencia médica no reconociere al hijo que ha nacido. (pp. 146-147)



Como se observa, es otro de los países en los cuales ha sido compleja la existencia de las técnicas de reproducción humana, especialmente la fecundación in vitro, tomando en cuenta, que a pesar de los avances científicos, aspectos políticos y conservadores no han permitido su desarrollo pleno.

Además, las partes en las cuales se ha permitido, cuentan con restricciones específicas, las cuales, permiten establecer el control que existe para su desarrollo, así como la protección y observancia de los instrumentos y compromisos internacionales que llegan a surgir.

Según el autor Iván Escobar Fornos (2010) expone como un elemento adicional lo siguiente:

No son muchos los países que han regulado legal mente la reproducción asistida. Además de los antes estudiados se han dictado leyes:

- En Suecia la Ley sobre la Inseminación Artificial (1984) y Ley sobre la Fecundación in vitro (1988);
 - En Dinamarca la Ley sobre el Establecimiento de un Consejo Ético y la Regulación de algunos Experimento biomédicos (1987);
 - En Noruega la Ley sobre Fertilización Artificial (1987) y Ley sobre las Aplicaciones biotecnológicas en Medicina (1994);
 - En Alemania la Ley sobreprotección del Embrión Humano (1990);
 - En Inglaterra la Ley sobre Fertilización Humana y Embriología (1991).
- (p. 19)

Los avances científicos cursan, generalmente, por delante del Derecho, que se retrasa en la acomodación a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la ciencia y el Derecho origina un vacío jurídico respecto de temas concretos. Esto se observa en técnicas que se han desarrollado y que no están específicamente contempladas en la normativa.



Finalmente, el capítulo orienta a conocer la forma de percibir la temática de la fertilización in vitro en un contexto más amplio que, para el estudio, presenta contraste y contradicciones acopiándose a las formas de organización social y las características esenciales de cada Estado.

Recordando, además, que existen perspectivas diversas en cada Estado basándose en aspectos sociales, culturales y médicos para el desenvolvimiento de dicha técnica, que genera diversos beneficios para la problemática de la reproducción humana por medios asistidos.





CAPÍTULO III

3. Resultados de la investigación

El derecho de familia incorpora instituciones importantes para su consolidación, dentro de ellas la filiación, la cual ha sido estudiada e interpretada por la doctrina desde diversos puntos de vista, siendo los principales la matrimonial, es decir, con ambos cónyuges luego de formalizar el vínculo mediante la inscripción del acto y extramatrimonial, cuando estos no se formaliza el acto, pero se reconoce la unión de hecho, como principales manifestaciones de la consolidación de la familia en sociedad.

Las técnicas de reproducción asistidas se dan a través de clínicas de fertilidad privadas quienes, al no contar con un debido control, trabajan bajo sus propios lineamientos y parámetros. También es cierto que, en nuestro ordenamiento legal, como resulta ser nuestro código civil, no existe alguna referencia a un contrato de esta naturaleza. (Wood y Westmore, 1984)

Desde la perspectiva de la salud y el derecho, es importante mencionar que la salud reproductiva es un derecho fundamental, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, ha realizado diversas acciones con el objeto de contribuir a la solución alternativa a la infertilidad, especialmente a las personas de escasos recursos, mismos que no han tenido acceso de forma plena a la salud ni a la reproducción asistida.

Siendo un porcentaje considerable de matrimonios que son afectados por dicha problemática, por tanto, es de resaltar que la fertilización asistida se enfrenta a dilemas no solamente emocionales sino económicos, jurídico, sociales y en ocasiones religiosos, los cuales, son distantes unos con otros, considerando los puntos de vista desde los cuales se aborda.



En este sentido, la ciencia y la tecnología han proporcionado distintos métodos que han ido solucionando los problemas reproductivos, a través de los tratamientos específicos y fertilización asistida de baja y alta complejidad, pero con un alto costo económico que no todos pueden pagar.

Por esta razón, el Ministerio de Salud creó la primera clínica de fertilidad y reproducción humana en Guatemala para el servicio público, bajo el nombre de Unidad Nacional de Fertilidad y Reproducción Humana (UNIFER), en el anexo al Área de Maternidad Periférica, en la zona 13 de la ciudad capital. La misma cuenta, entre otras cosas, con laboratorio, quirófano y farmacia, así como sala de espera.

Según el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, la creación de esta clínica obedece 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.

Tomando en consideración que, la asistencia y ayuda en temas de infertilidad, era un aspecto que estaba pendiente en el Ministerio y con dicha creación, se cubre con el mismo, como un avance importante, además, en dicha clínica se va a poder hacer la verificación de las razones fisiológicas por las que una pareja no puede tener hijos, se realizan evaluaciones y en concreto se tiene el equipamiento para efectuar el tratamiento adecuado para cada uno de los casos.

Al conocer algunos aspectos de dicha clínica, se observa que la misma cuenta con el servicio de prueba de ultrasonido, que será utilizada para iniciar los estudios de diagnósticos de los pacientes, ya que tanto los hombres como las mujeres deberán ser examinados. Asimismo, dentro del equipo médico se cuenta con especialistas en ginecología, obstetricia y anestesiología, además de enfermeras.



Las funciones de dicha unidad, iniciaron con tratamientos de inducción de ovulación, el cual se efectúa con medicamentos ya sea orales, inyectados o las inseminaciones intrauterinas, pero teniendo el apoyo de un centro de reproducción de otra área, ya que 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 este tipo de tratamientos. (Monterroso, 2013)

Para la socióloga Margarita Castillo (2011) es importante mencionar que:

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 a 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. (p. 14)

Con lo anterior, se hace mención 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.

Desde una perspectiva religiosa, es importante iniciar comprendiendo lo externado por el máximo líder de la Iglesia Católica, para el efecto, se menciona lo siguiente:

CIUDAD DEL VATICANO. El Papa Benedicto XVI afirmó que las prácticas de fecundación in vitro (FIV), cuando un óvulo humano es fertilizado por esperma en un laboratorio, han "violado la barrera que salvaguarda la dignidad humana". El Sumo Pontífice hizo esta declaración en un discurso ante miembros de la Congregación para la Doctrina de la Fe, el órgano del



Vaticano que tutela las enseñanzas morales y religiosas. Benedicto XVI dijo, refiriéndose a un documento elaborado en 1987 por la Congregación -que era presidida en ese momento por el cardenal Joseph Ratzinger-, que la Iglesia en su crítica a la fecundación in vitro anticipó varios problemas bioéticos que aparecieron posteriormente. El documento, titulado "Donum Vitae" (Regalo de Vida), establece que la FIV es moralmente inaceptable porque reemplaza la unión sexual "natural" entre los esposos. Asimismo, condena la práctica porque con frecuencia también incluye la destrucción de algunos embriones, una violación de la vida humana, ya que para la Iglesia la vida comienza con la concepción. La FIV anunció nuevos problemas "relacionados", dijo Benedicto XVI, como el congelamiento de embriones humanos, la selección de embriones, la investigación de células madre y la clonación. "Cuando el ser humano, en su estado más vulnerable de su existencia es seleccionado, abandonado, asesinado o tratado como 'material biológico', ¿cómo se puede negar que está siendo tratado como 'algo' en lugar de 'alguien' y esto cuestiona el verdadero concepto de la dignidad humana?", indicó el Papa. Benedicto XVI señaló que la "Iglesia valora y alienta el progreso en las ciencias biomédicas, que abren posibilidades terapéuticas previamente inimaginables". Sin embargo, añadió que también es tarea de la Iglesia "iluminar las conciencias de cada uno para que el progreso científico sea realmente respetuoso de todos los seres humanos". (p. 2)

Se observa, por tanto, un punto de partida, para conocer la corriente de pensamiento que se multiplicaría y orientaría la actividad cotidiana del ser humano con base en el pensamiento religioso, emitido por su máximo dirigente.

Por lo cual, es importante determinar que cada una de las formas de pensamiento, especialmente religioso, determina que la alteración a los procesos naturales tanto de la reproducción como del nacimiento del ser humano, no deben verse intervenidos por la ciencia, especialmente la biomédica.



Se ha cuestionado sobre cómo teorizar desde el punto de vista del derecho el tema de la reproducción humana asistida. Una primera vertiente ha sido considerarlo como un derecho autónomo, derivado de la dignidad de la persona, con un contenido específico y sujeto a sus propios límites.

Una segunda vertiente correspondería a un derecho reconocido implícitamente en otras normas jurídicas y sujeto a los mismos límites, como podría ser el reconocimiento a través del derecho a fundar una familia o el derecho a la salud.

Desde el punto de vista jurídico el medio para lograr la concepción es irrelevante, lo que se debe de tener en cuenta es si esa concepción intervino exclusivamente los componentes genéticos del padre y la madre y si el nacimiento acaece dentro o fuera del matrimonio de estos, para así determinar la filiación.

Los hijos nacidos por métodos de reproducción asistida, tienen igualdad de derechos y deberes frente a los hijos nacidos por medios naturales de acuerdo al principio de Igualdad, que establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

Como era previsible, la problemática ética planteada por la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida fue estudiada primero en países europeos, por médicos, biólogos y científicos, luego generar debates y discusiones de forma generalizada para los diversos Estados consideraran su incorporación al contexto de la medicina de cada uno de ellos.

Al poco tiempo la comunidad científica y la sociedad en general, se volvieron hacia los juristas en demanda de soluciones jurídicas a la problemática legal planteada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Es importante señalar que, los avances científicos casi siempre se adelantan al derecho, el cual, se demora por lo general en otorgar una solución jurídica a los



problemas planteados en la praxis. Esta falta de sincronía entre la ciencia y el derecho, origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos con repercusiones de naturaleza civil y penal.

Por otra parte, el Estado de Guatemala no regula ni sanciona dicha actividad de reproducción asistida, pero en caso que la persona gestante no esté de acuerdo o sea obligada, determina figuras delictivas en el ordenamiento jurídico penal, considerando que existen coacción, realizada por quien, sin estar legítimamente autorizado mediante procedimiento violento, intimidatorio o que en cualquier forma compela a otro, obligue a éste para que haga o deje de hacer lo que la ley no le prohíbe, efectúe o consienta lo que no quiere o que tolere que otra persona lo haga, sea justo o no, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Indicando que si la coacción se cometiere contra funcionario judicial para que resuelva en determinado sentido o deje de resolver sobre un asunto de su conocimiento, la pena a aplicar es de dos a seis años de prisión.

Lo expuesto, refleja una forma de obligar a una persona para un fin determinado, una figura que ha sido respaldada en casos concretos que su finalidad es el proteger a un individuo de cometer un ilícito o en su caso de la obligación para hacer, siendo importante destacar que puede ser cometido tanto por un particular como por un funcionario.

Además, se trae a colación la inseminación forzada, sancionando dicha acción antijurídica con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial hasta diez años el que, sin consentimiento de la mujer procure su embarazo utilizando técnicas médicas o químicas de inseminación artificial. Si resultare el embarazo, se aplicará prisión de dos a seis años e inhabilitación especial hasta quince años. Si la mujer sufre lesiones gravísimas o la muerte, se aplicará prisión de tres a diez años e inhabilitación especial de diez a veinte años.



Lo anterior determina que han existido casos en los cuales se han realizado inseminaciones artificiales y, por ende, producido embarazos como parte de una técnica médica, por ende, se ha tipificado como delito siendo una agravante la existencia de lesiones o muerte de la mujer que es objeto de la misma.

Otro de los casos que es necesario resaltar, se refiere a la sanción por inseminación fraudulenta, sancionándose con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial hasta diez años al que alterare fraudulentamente las condiciones pactadas para realizar una inseminación artificial o lograre el consentimiento mediante engaño o promesas falsas.

Lo antes mencionado, es una realidad constante en Guatemala, tomando en cuenta que existen personas que con base en engaños han manipulado y pactado la inseminación artificial, la cual es alterada, mal practicada y sin cumplir con lo acordado.

Incluyendo además lo referente a la experimentación, la cual, cuenta con prisión, derivado que no se respaldan los resultados que llegan a surgir, siendo positivos o negativos, los cuales están destinados a provocar su embarazo. No se consideran experimentos los diversos intentos para procurar el embarazo, que se realicen conforme a una técnica ya experimentada y aprobada.

De considerarse inválidos los convenios relacionados a la reproducción humana asistida, mediante la fertilización in vitro, ha existido en su momento la figura de la coacción para alegar inconsistencias o en su caso mala práctica. Con base en lo anterior, se refleja que no existe figura delictiva para que sea aplicada o que reconozca dicho tipo de fertilización en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco.

Asimismo, es un tema de gran controversia a nivel nacional, derivado que la sociedad guatemalteca es muy conservadora y renuente a los cambios en su ideología, siendo importante una transformación en las interpretaciones tanto



sociales, jurídicas, doctrinarias, morales y éticas con relación a la fertilización in vitro, la cual, es una realidad en la actualidad.

Para el efecto, con base en análisis, interpretaciones y concepciones de la fertilización in vitro, genera de forma importante su incorporación a las normas jurídicas guatemaltecas, derivado que es una opción en muchas personas toman como viable para la procreación, gestación y creación de una familia, a pesar de no estar tipificada no se encuentra como delito ante el principio de no hay pena sin ley y cada figura debe incorporarse a la norma correspondiente.

Conociendo, además, la nueva tendencia en otros países del mundo y de América que han adoptado dicho procedimiento, además, de ser viable la filiación, derivado que se crea un vínculo en los casos de adopción, por analogía es aplicable a los casos de fertilización in vitro en cualquiera de los casos en que se desarrolle.

Desde otro punto de vista, es necesario conocer la opinión de Mirna Montenegro del Observatorio en Salud Sexual y Reproductiva, (2011) quien aporta lo siguiente:

El procrear se encuentra dentro de los derechos de los hombres y 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. (p. 5)

Cabe indicar que, dicho tema de la reproducción no tiene ningún tipo de relación directa con la perspectiva de la pobreza, considerando que esta se debe atacar con estrategias integrales, surgiendo en ocasiones comentarios como el que determina que una persona con escasos recursos no debe tener acceso a engendrar en beneficio de los menores que crecen en un ambiente de desprotección y falta de garantía de reproducción adecuada.



Además, violando los derechos de dicha persona, al compartir dicha idea, siendo todos los seres humanos iguales en dignidad y derechos, se debe proporcionar un proceso de educación integral, acceso a la información, así como el acceso a los métodos de planificación familiar.

Por tanto, la creación de dicho centro, se considera como 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.

Las técnicas de reproducción asistida consisten en auxiliar, transformar o sustituir procesos destinados a ocurrir espontáneamente en el aparato genital femenino por medio de una manipulación ginecológica. No genera modificación alguna en el patrimonio genético del embrión humano.

Gracias a los grandes avances de la ciencia en la actualidad son diversas las soluciones con respecto a la infertilidad, bien sea femenina o masculina. Entre ellas se encuentran: inseminación artificial, la cual, se basa en la introducción de espermatozoides en los ovarios, fecundación in vitro, la cual, consiste en la obtención de un óvulo y un espermatozoide y realizar procesos de laboratorio para lograr su amalgamamiento y generar un embrión, microinyección, se basa en los procesos secuenciales para incorporar los resultados de procesos de laboratorio para que se genere un embarazo.

Se han generado de forma constante controversias, especialmente por la falta de regulación específica y por ende protección a las partes, así como a las personas que son producto de dicha técnica de reproducción.

El estudio se respalda en la Constitución Política de la República de Guatemala, considerando que dicha norma fundamental del Estado, establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, garantizándole la



vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral, protegiendo la vida humana desde su concepción, por tanto, adopta la teoría que una persona cuenta con derechos desde el momento de su concepción, situación que se encuentra reconocida además en el ordenamiento civil vigente.

Se considera además que, parte del logro del desarrollo integral de la persona, se manifiesta a través de la conformación de una familia, integrada por padres e hijos y ante la imposibilidad de la procreación de hijos deben buscarse una diversidad de métodos alternos para lograr dicho objetivo, reconociéndose como reproducción humana asistida.

En un determinado porcentaje de las parejas que utilizan las técnicas de reproducción asistida implica la creación de un ser humano mediante la participación de terceras personas y el empleo de diversas técnicas, procedimientos que, no han sido suficientemente analizados.

La reglamentación sobre la procreación humana asistida no escapa a los valores y consideraciones de carácter moral, ético, político y religioso sin embargo el peligro mayor radica en el hecho de los evidentes vacíos legales.

En Guatemala aún no se encuentra legislados aspectos, que se refieren a los diferentes métodos de reproducción asistida y aun a criterio propio y de forma alarmante a el rol que interpreta cada uno de los involucrados en el desarrollo del niño producto del método ya que en la actualidad el donador del material genético puede impugnar paternidad sobre él bebe solicitando una prueba de ADN, en este caso en donde queda el derecho de los padres los cuales utilizaron este avance científico.

Importante además indicar que, el derecho y las normas jurídicas, en muchas ocasiones se distancian de la realidad tecnológica, científica y futurista que subsisten en el desarrollo del ser humano. Considerando que, la creación de ciertas



disposiciones conlleva un amplio proceso para su consolidación, lo cual no permite llevar de la mano ambos escenarios.

Tomando como referencia que el producto científico que da como resultado la vida a través de las técnicas de fertilización artificial, da origen a controversias por posibles desacuerdos presentes o futuros que los intervinientes puedan llegar a tener, así como la problemática del establecimiento de la filiación como demás derechos de familia del niño o niña que nace a través de dichas técnicas. Es una realidad en el contexto guatemalteco, derivado que muchas personas nacionales o extranjeras residentes, han concebido a sus hijos de dicha forma.

Es evidente que parte del logro del desarrollo integral de la persona se manifiesta a través de la constitución de una familia, integrada por padres e hijos y ante la imposibilidad de la procreación de hijos por medio natural, debido a la esterilidad ya sea de la mujer o de hombre se ha visto la necesidad de buscar alternativas para poder procrear y siendo la ciencia tan avanzada que se ha optado por la fertilización asistida.

Ante tales circunstancias el presente trabajo de investigación encuentra su justificación inicialmente en lo novedoso que tiende a ser por no haber sido desarrollado desde el punto de investigación lo concerniente a la relación contractual que debe de asegurar los derechos de las partes intervinientes y los niños y niñas nacidas bajo la técnica de fertilidad in vitro, mediante la regulación legal de la misma se pretenden evitar controversias futuras entre los intervinientes, la contraposición y ponderación de derechos de familia de quienes intervienen.

Así como, la evidente ausencia, por necesidad de que la regulación civil guatemalteca para la defensa de los derechos de familia por ello que se pueda normar temas como el presente para que los mecanismos de solución de conflictos suscitados sean los más idóneos y efectivos en los casos en que se ha utilizado la técnica de fertilización in vitro.



Como parte de una interpretación más extensa, resulta importante mencionar las posturas que han sobresalido en la aceptación o rechazo en diversos escenarios de las técnicas de reproducción humana.

Inicialmente una postura descriptiva, orienta a conocer que lo natural ocurre cuando el ser humano no interviene en la naturaleza. Naturaleza es, entonces, todo lo que está aparte del ser humano. Debido a que la fertilización in vitro no ocurre sino con intervención del ser humano, para esta postura se convierte en algo no natural.

Por su parte, Singer (1984), indica que:

Cualquier intervención médica tiene esta característica, por lo que los que respaldan este argumento debieran estar en contra de cualquier forma de tratamientos médicos. Otra forma descriptiva de analizar lo que es natural y lo que no, ha afirmado que natural significa que las cosas “ocurren en el curso normal de los acontecimientos. (p. 31)

Esta postura, es concebible, pero no es una crítica efectiva a la fertilización in vitro, derivado que dicho tratamiento no ocurre en el curso normal de los acontecimientos, considerando que es una innovación, y toda innovación no ocurre en el curso normal de los acontecimientos. Pero por esta razón no puede oponerse a las innovaciones.

Incluyendo además afirmaciones que la fertilización in vitro, no deja que las cosas tomen su curso normal, sino que en sí el hecho de la concepción natural tiene un valor excepcional. Sin embargo, este punto de vista puede ser rebatido con el hecho que una pareja quiere someterse al tratamiento debido a que no pueden obtener un embarazo con el modo natural y excepcional de concepción y un método alternativo de concepción es mucho mejor y necesario.

Como parte del abordaje e intervención de los aspectos espirituales y religiosos, mismos que surgen también en la sociedad guatemalteca, se afirma que la



fertilización in vitro, no es natural en virtud que esta no es la forma como Dios quiso que la concepción se llevara a cabo. Ahora bien, el dilema se encuentra en establecer el deseo de Dios.

Esta postura sostiene que la fertilización in vitro, contraviene la ley natural, la cual es superior a cualquier otra norma que los mortales dicten, no fundamentada en las necesidades transitorias del ser humano o de los sistemas sociales sino en la naturaleza misma.

Lo difícil es identificar las leyes naturales, y para esto diversas teorías se han planteado distintas respuestas: Algunos indican que son leyes de razón, que pueden descubrirse por intuición, por observación mental o por razonamiento sin contradecirse a uno mismo.

Por otra parte, existen diversos puntos de vista que pueden descubrirse a partir del estado de la naturaleza, quizás un estado racional del ser humano existente antes de la creación de sociedades humanas, o quizás por referencia a las reglas observadas por cualquier persona que se tomase el tiempo de buscarlas en su mente.

Otra más aceptada opinión de pensadores de la escuela natural establece que, las leyes de la naturaleza pueden descubrirse dependiendo de los fines naturales de las cosas, las circunstancias en que las especies naturales florecen.

Además, diversos pensadores respaldan esta postura, afirmando que el fin del ser humano no es sólo el reproducirse sino desarrollarse como tal, y las decisiones y actos que realiza en el camino también tienen una esencia que determina la forma como los mismos deben realizarse.

Sobre estas bases se fundamentó el Papa Pablo VI cuando se refirió en su encíclica a la anticoncepción artificial prohibiéndola, indicando que el acto sexual



tiene como fin la procreación, y la anticoncepción artificial va en contra de la esencia del acto.

Dentro del abordaje interpretativo, surge la denominada bioética, la cual aborda los elementos del respeto a la vida humana, la aplicación de las tecnologías médico-científicas, no en la teoría, sino en la aplicación práctica de las mismas, en la búsqueda de respeto a la vida humana sobre todo valor.

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.

Según la enciclopedia de Bioética (1978), las características específicas de la bioética son cuatro:

- a. Aborda todas las cuestiones relativas a los valores que entran en juego en el campo de la sanidad.
- b. Abarca todo tipo de investigación biomédica y comportamental con carácter mínimamente terapéutico.
- c. Se ocupa de los problemas sociales concernientes a la población y a la salud internacional, así como de los problemas morales suscitados por el control científicamente programado de la natalidad.
- d. Se preocupa por igual de la vida humana, de los animales, de las plantas y del medio ambiente. (p. 173)

De manera general, cabe destacar que la ley que aspire normar las técnicas de reproducción asistida debe contar con una fuerte fundamentación axiológica; es necesario que las personas que utilizan estas técnicas cuenten con un ordenamiento



que les brinde seguridad jurídica, siendo necesario que clínicas y hospitales que llevan a cabo estas prácticas cumplan con las especificaciones y requerimientos necesarios para garantizar el respeto a la vida y a la salud de las personas involucradas, incluyendo la vida de los embriones.

Se debiera exigir la formalización mediante un documento de consentimiento informado por parte de los donadores de gametos, donde se les explique a cabalidad el procedimiento al que se verán sometidos. Además, debe procurar también, establecer a las técnicas de reproducción asistida como último recurso; promoviendo la adopción como una alternativa para la paternidad.

Idealmente debiese accederse a realizar técnicas de reproducción asistida únicamente para pajas en matrimonio o unidas de hecho, ello como medida para evitar posibles vientres de alquiler o donaciones forzadas de gametos.

Por tanto, es necesario procurar la regulación de técnicas de reproducción asistida intracorpóreas únicamente, pero en todo caso esto no fuera posible, exigir que en las extracorpóreas se fecunde el exacto número de embriones que se implantarán para evitar el descarte o criogenización de seres humanos.

Las técnicas de reproducción asistida intracorpóreas presentan menor manipulación de los procesos naturales de reproducción en los seres humanos y con ello, los dilemas éticos son menores; aunque no por ello inexistentes.

Cabe resaltar de estas técnicas, que la fecundación se efectúa de manera natural, eliminando con ello los cuestionamientos referentes al irrespeto del embrión como ser humano, sin embargo, la introducción de los espermatozoides y la posible necesidad de producir superovulación en la mujer, son intervenciones en el cuerpo humano que mantienen la necesidad de analizar su aspecto ético.



Surgiendo de forma paralela en los temas de reproducción humana asistida, lo referente a la maternidad subrogada, la cual, se interrelaciona de forma constante con la fertilización in vitro determinando que es una actividad frecuente en la actualidad, basadas en los avances de la tecnología y en los problemas que se presentan para hacer efectiva la procreación tradicional de un menor de edad, siendo una constante en el ser humano y por ende en las formas de consolidar la familia en la actualidad.

Además, existen criterios a favor, en contra y en discusión sobre la aceptación, reconocimiento, aplicación y efectividad de dicho procedimiento, tomando en consideración que pueden ser reconocidos derechos y obligaciones, así como problemas jurídicos, doctrinarios, sociales y morales ante su existencia.

La evolución de la sociedad ha generado la evolución del derecho y lo que anteriormente era un asunto estrictamente entre la madre y el hijo respecto al alumbramiento, ello ha variado, a través de diversos estudios clínicos, donde se ha determinado que en algunos casos el hombre y en otros la mujer por diversas causas no puede procrear.

Ante la existencia de modalidades y avances en la tecnología, la maternidad subrogada ha desarrollado opciones y manifestaciones diversas. Para el efecto se desarrollan de la manera siguiente, iniciando con la autora Esther Amorós (2010) quien expone:

- a) Tradicional, plena o total, en dicho caso la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus obliigos son fecundados con los espermatozoides del padre contratante o de un donante, utilizando la inseminación artificial.
- b) Gestación parcial, en dicha situación, los óvulos fecundados pertenecen a la madre contratante o a una donante diferente a la madre subrogada. Es más habitual la participación de una donante anónima, aunque en



ocasiones es una mujer relacionada con la contratante por razones de amistad o parentesco. En este caso esta forzada a la utilización de una técnica de reproducción más avanzada como lo es la fecundación in vitro. (p.10)

La gestación plena, total o tradicional es la que se realiza mediante inseminación sin intervención de la madre que lo solicita, además la gestación parcial, existe la pareja de donadores y se deposita únicamente el material genético para que una tercera, que será la madre gestadora pueda procrear a un menor.

Derivado de ello, se establece de igual forma la renuncia a sus derechos como madre por existir un convenio entre las partes. Además, el autor Isidro Mendoza (2001), determina que:

Es total cuando la madre sustituta solo presta su útero para la gestación, es decir cuando el óvulo y el espermatozoide pertenece a la pareja contratante, y maternidad subrogada parcial, cuando la madre subrogada aparte de aportar su óvulo, también presta el útero para la gestación del niño. En estos casos si somos más estrictos, en el primer caso es madre de gestación y en el segundo madre gestante y biológica. (p. 80)

Dicho autor, hace referencia que la madre gestante únicamente presta su útero para dicha actividad, existiendo las dos modalidades, es decir, la madre subrogada únicamente presta el útero o interviene con material genético, siendo pertinente determinarlo mediante la información o la decisión que han tomado para el procedimiento médico, existiendo constancias del mismo, es decir, un documento en el que externa su voluntad de realizar dicho proceso.



De acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen otras clases, para el efecto, el autor Xavier Hurtado (1999) expone:

- Total, cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos,
- Parcial cuando solamente es gestadora del embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado.
- Comercial, cuando la mujer contratada reciba una compensación económica
- Altruista, cuando la mujer contratada no reciba una compensación económica por la gestación. (p. 52)

La clasificación anterior, incorpora el ámbito comercial o económico y el de una donación sin retribución, por lo que se orienta a otras posibilidades para la existencia de la maternidad subrogada, tomando en consideración que con participación de la gestadora o sin ella, ha existido un convenio económico como compensación y el termino altruista, por lo que algunas mujeres lo han realizado.

Además, la autora Ingrid Brena (2004) expone:

Bajo el nombre genérico de maternidad subrogada se contemplan distintas variantes como por ejemplo las siguiente: a) si una mujer recibe un embrión para llevar a cabo solo el embarazo y posteriormente dar a luz, se trata de una gestación subrogada. b) si una mujer, además de llevar a cabo la gestación entregó su ovulo para la fertilización, se trata de una verdadera maternidad subrogada, la madre biológica y gestante asume el compromiso de entregar el hijo a quienes se le pidieron por encargo. c) si una mujer aporta el ovulo, otra geste el embrión y que una tercera es la que encargo el proceso, se quede con el niño, así la maternidad queda fragmentada; existe una madre biológica, otra gestante y una conocida como social, pues es quien lo ha solicitado. (p. 5)



Con base en lo anterior, la autora plantea tres elementos importantes tanto el ámbito simple o general por lo que se genera la transportación de un donante de esperma a una mujer que ha aceptado el procedimiento de procrear y dar a luz es una total gestación subrogada.

Además, si la madre biológica y la madre gestante y esta última lo entrega al nacer siendo parcial la maternidad subrogada y en la última se incorpora a la madre biológica, la madre gestante y la madre social.

Para el caso concreto de Guatemala, se abordaron diversas clínicas relativas a la reproducción humana asistida, especialmente la fertilización in vitro, las cuales proporcionaron el procedimiento específico al cual se adhieren las personas que inician dichos procesos, siendo el proceso estándar para el país y el acceso a la tecnología, la que determina los procedimientos siguientes:

- **Procedimiento**

Tiene como objetivo lograr la unión de espermatozoides con el ovulo en una pareja. Las nuevas técnicas de procreación intervienen en el proceso biológico de la reproducción humana y se desarrollaron para resolver problemas de infertilidad en caso de obstrucción de las trompas de Falopio y cuando no es posible reparar quirúrgicamente, o cuando se carece de trompas y el resto del aparato genital es normal.

1. Evaluación médica completa

- Un ultrasonido para evaluar el estado de ovario y del útero.
- Un espermograma reciente.
- En algunos casos su médico le podrá indicar algunas pruebas adicionales para planificar el resto de tratamiento.



2. Estimulación ovárica controlada

- En el ciclo del periodo, aunque varios folículos empiezan a desarrollarse solo uno alcanza la madurez. Con la estimulación ovárica controlada se usa medicamentos hormonales para madurez varios folículos. La estimulación ovárica dura aproximadamente 12 días y dura un tiempo de 3 a 4 evaluaciones

3. Fecundación in vitro

- Dura de 4 a 6 días y tiene etapas: función folicular, fecundación in vitro y cultivo embrionario, transferencia embrionaria y vitrificación embriones restantes.

4. Función folicular

- Cuando los folículos alcanzan un tamaño adecuado, el médico programa la recuperación de los folículos, también llamada punción folicular. La función es un procedimiento que se hace en quirófano bajo condiciones de sedación. El procedimiento dura aproximadamente 30 minutos y dos horas después la paciente está lista para regresar. Ya que el procedimiento implica anestesia la paciente debe presentarse en ayunas.

5. FIV y cultivo embrionario

- El propósito de la FIV es facilitar la unión de los espermatozoides y los óvulos bajo condiciones controladas y luego evaluar diariamente a los embriones resultantes para clasificarlos según su potencial de implantación. Existen dos formas en las que podemos lograr la fecundación de los gametos: fecundación In vitro convencional e inyecciones intracitoplasmática de espermatozoides más conocidas por sus siglas en inglés ICSI (Intracytoplasmic sperm injection). Este proceso se hace 2 a 4 horas después de la punción y necesitamos que



la pareja de la paciente haya dado su muestra durante este periodo de espera.

Adicional a ello, para el caso de Guatemala, existen un aproximado de diez centros de atención a las personas con problemas de infertilidad, los cuales, por ser un procedimiento específico, surge una limitación a los procedimientos hasta que se inicia su realización.

En el ámbito jurídico guatemalteco, así como en otras legislaciones el tema de la reproducción humana asistida ha sido objeto de análisis, evaluaciones, discusiones desde el punto de vista médico y por ende jurídico, sobre todo el avance de la tecnología y los procedimientos médicos han permitido a muchos seres humanos diversas transformaciones y para el efecto la reproducción humana asistida ha generado ventajas para la procreación humana, principalmente de las parejas que por diversas causas no pueden tener hijos y es allí donde el avance tecnológico ha brindado un valioso aporte a la humanidad.

Sin embargo, hasta la presente fecha existen discusiones de índole jurídica, social y cultural respecto a la fecundación asistida e incluso algunas religiones están en contra de ello.

Sin embargo, ante la ausencia de regulación legal, el problema real es que por tradición el Estado ha intervenido en las decisiones de los habitantes y en consecuencia lo relativo a la maternidad, fecundidad y aplicación de procedimientos médicos para lograrla gestación es un tema eminentemente privado donde pocas veces el Estado debe intervenir, tal el caso de la libertad constitucional respecto a los hijos.

Respecto de la paternidad y filiación como consecuencia de la inseminación asistida también es necesario aclarar que el reconocimiento legal de hijos se encuentra dentro de la legislación civil guatemalteca y conforme resolución el tema



de paternidad de filiación ha sido objeto de juicio principalmente de índole ordinario, así como para impugnar dichas instituciones del derecho de familia.

Lo cual, representa un derecho de defensa contra todo aquel que negare la existencia de vínculos consanguíneos ya sea entre padres e hijos o hijos y padres y en ese orden el problema central que se da es cuando se utiliza la fecundidad asistida, pero por otro varón que no es el padre del menor que ha nacido a través de ese procedimiento.

Los conflictos que genera con relación a la filiación y sobre todo a los efectos registrales son evidentes, pues en el Registro Nacional de las Personas deben de comparecer los presuntos padres del menor y en este caso cuando es de un tercero el que ha facilitado la fecundación el problema trasciende de lo jurídico a lo social y a lo registral.

Asimismo, la doctrina distingue las siguientes clases de filiación:

- Filiación legítima

El autor Eduardo Zannoni (1991) la expone de la manera siguiente:

Es la que se explicaba como la que nacía entre padres e hijos, cuando estos últimos eran concebidos durante el matrimonio, podían nacer y ser reconocidos como hijos legítimos después de disuelto el vínculo matrimonial, siempre que hubieran sido concebidos mientras existió la unión matrimonial. (p. 291)

Lo antes expuesto, es conocido de forma general en la doctrina y en la práctica, tomando en consideración que existen fundamentos sociales y por ende ideologías de la familia tradicional y por ende posterior al matrimonio procrean hijos y estos son reconocidos como legítimos.



Existiendo además una variación, en la cual, a pesar de disolverse el vínculo matrimonial, estos podían ser reconocidos mientras se demuestre que hayan sido procreados mientras existió el mismo, lo cual, genera una garantía de derechos reconocibles para los menores, tomando en consideración que los padres fueron quienes rompieron dicho vínculo no la filiación que le asisten a los menores hijos.

- **Filiación natural**

Asimismo, el autor Marcel Planiol (1993) indica lo siguiente:

Era aquella que se establecía entre los padres y los hijos cuando los últimos nacían fuera del matrimonio. En este caso, la filiación se establecía respecto de la madre automáticamente, mas no así por lo que hacía al padre, puesto que en su caso la filiación solo existía cuando se diera un reconocimiento voluntario o se declarara judicialmente. Esta clase de filiación tendía a establecer un grado menor de derechos y obligaciones entre padres e hijos, lo que ocasionaba el que se reconociera una práctica que creaba y establecía un estado de inferioridad respecto a los hijos legítimos. (p. 130)

Asimismo, como parte de la vida en sociedad y del matrimonio, existen otras formas en las cuales se reconoce la filiación, siendo esta la natural, es decir, de los hijos que nacen fuera del matrimonio, siendo de forma directa con la madre pero no con el padre, siendo este último el que debía manifestar de forma expresa, voluntaria y judicialmente el interés por la filiación, mientras tanto existían menos derechos y obligaciones.

- **Filiación legitimada**

Por su parte, el autor Alfonso Brañas (2015) expone:

Es la que se explica en los casos de los hijos que, habiendo sido concebidos antes del matrimonio, nacen durante el mismo o los padres los



reconocen antes de contraer nupcias, durante las mismas o después de ella. Esta tenía por efecto lograr que los hijos nacidos fuera del matrimonio logaran obtener el estado de hijo legítimo. (p. 94)

Con base en lo antes expuesto, se considera que para el fenómeno de estudio se adopta la teoría de la filiación natural, tomando en consideración que inicialmente la madre es quien posee la potestad de la filiación y el padre de forma voluntaria, lo cual en el caso de estudio propuesto, se manifiesta derivado que la reproducción asistida es con acuerdo de los padres y en el caso que se presente la forma de reproducción pueden solicitar el reconocimiento del padre biológico y es de forma voluntaria.

La filiación, como una institución del derecho civil, forma parte de todo ordenamiento jurídico, pues la importancia y regulación de la misma, garantiza que toda persona ante el registro público correspondiente pueda estar debidamente inscrita e identificada, particularmente de su ascendiente, es decir, el padre o la madre en su caso.

Además, la filiación constituye una fuente directa para la regulación del parentesco, ya que ambas instituciones constituyen vínculos jurídicos que determinan los lazos de sangre y familiaridad de personas que tienen como características la descendencia del tronco común y como consecuencia de ello, siempre ha estado la regulación y protección por parte del Estado y en caso de conflicto, se han creado los órganos jurisdiccionales competentes para conocer, tramitar y resolver dichas diferencias.

La filiación es una mera relación jurídica entre el hijo y sus progenitores, sin embargo, existen ciertos tipos de filiación, los cuales se derivan de circunstancias particulares y específicas, las cuales determinarán el reconocimiento de tal vínculo. Comúnmente, la doctrina clasifica la filiación atendiendo al vínculo matrimonial existente entre el padre y la madre del hijo.



De tal manera, que si es un hijo nacido de una relación en la cual padre y madre están unidos por matrimonio será filiación legítima o matrimonial; y si es un hijo nacido de una relación en la cual padre y madre no están unidos por matrimonio, será filiación ilegítima o extramatrimonial.

El sistema legal guatemalteco establece el derecho a la impugnación por parte del marido, tal como lo estipula el Código Civil, al indicar que el nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, se presume hijo del marido si éste no impugna su paternidad.

Esta norma establece que no obstante que el nacimiento de un hijo no se haya verificado dentro del término legal en el cual la ley presume que es hijo del marido (180 días después de celebrado el matrimonio), el mismo debe considerarse hijo del marido, si éste no impugna la paternidad.

La legislación nacional civil concede determinados derechos derivados de la filiación matrimonial, en favor del hijo, derechos que a su vez constituyen deberes jurídicos a cargo del padre.

Por tanto, la filiación extramatrimonial, es aquella filiación que surge con los hijos procreados fuera de matrimonio o de la unión de hecho no declarada y registrada, por lo que debe entenderse por filiación extramatrimonial como aquel vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no están unidos en matrimonio.

El Código Civil guatemalteco en el artículo 209 determina que los hijos a pesar de ser procreados fuera de matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio; sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge.



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.

Se entiende por reconocimiento la declaración hecha por ambos padres o por uno de ellos, por la cual acreditan que una persona es su hijo, siempre que esta declaración la efectúen de conformidad con lo que para el efecto establece la ley. En ese sentido, por voluntad y decisión de ambos padres o uno de ellos.

Abordando el caso de Guatemala es importante hacer referencia que la Constitución Política de la república de Guatemala, en su artículo 50 interpreta que todos los hijos son iguales y tienen los mismos Derechos, por tanto, no determina la forma de procreación sino el reconocimiento de los derechos.

De igual forma, el Código Civil lo interpreta y adopta que el ser humano tiene derechos desde su concepción hasta su muerte, es decir, inicia su reconocimiento desde el vientre cuando se conoce de su existencia.

Siendo parte de la nueva tendencia de reproducción humana asistida la maternidad subrogada, debe entenderse e incorporarse además lo relativo a que se le reconocen los derechos al ser humano desde la concepción a pesar de no ser en la madre o más bien en distinto seno materno.

Derivado de ello, el Estado sin importar la forma en que es concebido el ser humano, se encuentra obligado a garantizarle y proteger sus derechos tanto desde el punto de vista nacional e internacional, buscando en su totalidad el interés superior del menor.

Asimismo, existen circunstancias en las cuales los convenios de reproducción humana asistida son objeto de impugnación, por tanto, alguna de las partes, es decir,



los esposos, podría utilizar la figura de la coacción, para alegar que la otra parte no está legítimamente autorizada para obligarle, y que se le obliga a hacer lo que no quiere. Con base en lo anterior, se refleja que no existe figura delictiva para que sea aplicada en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco.

Asimismo, es un tema de gran controversia a nivel nacional, derivado que la sociedad guatemalteca es muy conservadora y renuente a los cambios en su ideología, siendo importante una transformación en las interpretaciones tanto sociales, jurídicas, doctrinarias, morales y éticas con relación a la maternidad subrogada, la cual, es una realidad en la actualidad.

Tomando como base los análisis, aportes, conceptualización y percepciones expuestas, es de mencionar, que la temática de la reproducción humana asistida, surge la importancia de incorporar dicha técnica a las normas jurídicas guatemaltecas, considerando que es una realidad social para la consolidación de la familia como núcleo central de la sociedad.

Aunado a lo anterior, es de resaltar que la fertilización in vitro, a pesar de no estar regulada no se reconoce tampoco como delito, tomando en consideración el principio de no hay pena sin ley cada figura debe incorporarse a la norma correspondiente.

Es de mencionar, además, que ha surgido la nueva tendencia en diversos países del mundo y de América que han adoptado dicho procedimiento, además, de ser viable la filiación, derivado que se crea un vínculo en los casos de adopción, se toman como referencia dichos casos para ser aplicados a los procesos de reproducción humana asistida.

Por tanto, la existencia de los métodos de reproducción humana asistida, siempre y cuando no atenten contra los derechos fundamentales tanto constitucionales como internacionales, no es ilícito, basándose esencialmente en el



argumento que todo ser humano puede realizar lo que la ley no prohíba y dicho acto o negocio jurídico no se encuentra restringido por la misma.

Hasta la presente fecha, se sigue analizando y cuestionando la conformación de la filiación derivada de la fertilización in vitro, sin embargo, los criterios son diversos, desde el punto de vista médico, jurídico o social, llegando a la conclusión que la constitución Política de la República de Guatemala, reconoce el derecho a la maternidad, a la procreación, así como la aplicación del principio de igualdad para todos los hijos sin ninguna restricción, particularmente en materia de herencia.

Por lo tanto, si la institución de la adopción genera o crea el parentesco civil, también es susceptible de analizar las ventajas que representa para las personas interesadas en la maternidad subrogada, la creación del vínculo a través de la filiación, de allí la importancia de conocer la maternidad subrogada en Guatemala, que como se ha indicado no tiene regulación legal específica, sin embargo, a futuro, el congreso de la república deberá analizar su implementación en la normativa civil o creando una Ley específica al respecto.

Por otra parte, abordando un tema complementario, se establece que hace varias décadas, Díaz de Guijarro (1953) distinguía a la voluntad de procrear entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como “el deseo o intención de crear una nueva vida”. (p. 43) Así entendida, en el marco de la procreación por Técnica de Reproducción Asistida, así como la fertilización in vitro, la voluntad procreacional se aparta de la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, inclusivo de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico.

Guijarro (1953) determina que:

Es que, si la identidad del ser humano presupone, además de su genética y biología, un complejo de elementos de carácter espiritual, psicológico,



social, cultural, político, etc. que no son innatos, sino que se van formando a lo largo de la vida a raíz de distintas circunstancias, no hay duda de que uno de estos elementos es la familia que se ha formado y la que se integra; y ello pese a que no exista entre todos o algunos de sus miembros vínculo genético o biológico alguno. (p. 50)

Con base en lo indicado, es importante resaltar que el derecho inmediato que el padre obtiene por el reconocimiento del niño, es el ejercicio de la patria potestad, durante su minoría de edad.

La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor, en todos los actos de su vida civil y administrar sus bienes, o como señala Julián Bonnecase (1995), en su tratado Elemental de Derecho Civil, expone:

Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios. (p. 185)

Esta representación y administración que el padre hace del menor tiene limitaciones, pues los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de una ordinaria administración, sino por absoluta necesidad y evidente utilidad, hechos que tendrá que acreditar a través de diligencias de utilidad y necesidad, con intervención obligada a la Procuraduría General de la Nación, por existir intereses de menores. Al terminar la patria potestad, los padres están obligados a entregar a sus hijos los bienes que les pertenezcan y rendir cuentas de su administración.

El Código Civil guatemalteco determina las clases de filiación, tomando como base el matrimonio, siendo este el medio más idóneo de producirse la filiación, reconociendo cuatro clases:



- Filiación matrimonial: al reconocer que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio: 1º. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2º El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.
- Filiación extramatrimonial: La filiación extramatrimonial, -para algunos autores ilegítima- es la que no resulta del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, la que 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 Civil establece en el Artículo 211 que el reconocimiento voluntario puede hacerse: 1º En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil; 2º Por acta especial ante el mismo registrador; 3º Por escritura pública; 4º Por testamento; y 5º Por confesión judicial. El reconocimiento no es revocable.
- Filiación cuasimatrimonial: Se entiende como tal, la del hijo nacido dentro de la unión de hecho debidamente inscrita en el Registro Civil. Lo anterior se deduce de lo preceptuado por el numeral 1º del Artículo 182 del Código Civil que se refiere a los efectos de la inscripción de la unión de hecho, afirmando que Los hijos nacidos después de ciento ochenta días de la fecha fijada como principio de la unión de hecho, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que la unión cesó, se reputan hijos del varón con quien la madre estuvo unida, presunción contra la cual se admite prueba en contrario.
- Filiación Adoptiva: El Código Civil preceptúa que el adoptante toma como hijo propio a un menor. Para Federico Puig Peña la adopción es “aquella institución por virtud de la cual se establece entre dos

personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tiene lugar en la filiación legítima”. (1976, p. 240)



Con base en lo expuesto, es de mencionar que los tipos de filiación, responden a la realidad guatemalteca, es decir, que efectivamente, se toma como referencia las formas en que los casos se han hecho manifiestos y se regula como figura jurídica, existiendo por tanto, de tipo matrimonial y extramatrimonial, que responden a un vínculo consolidado por las normas que unen en vida marital a dos personas o en su caso cuando existe la procreación sin contar con dicho vínculo oficial, además de los casos en que surge la filiación por adopción, casos en los cuales, Guatemala ha generado la protección de los derechos de dichas personas.

Existen las complicaciones para la madre, posterior a la procreación mediante la fertilización in vitro u otras técnicas de reproducción humana, así como afecta de manera directa el desarrollo del menor, surgiendo la impugnación a la paternidad por parte del padre ante dicho procedimiento.

Es posible que exista un consentimiento expreso o no del padre para dicha situación, existiendo suposiciones en las cuales, inicialmente el marido o esposo, no haya estado en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, no podrá destruir la presunción de paternidad (Rozas, 1989).

Ha existido una corriente de pensamiento al interpretar la reproducción humana asistida, al considerar que es posible observarse como parte de una infidelidad o adulterio, derivado que existe una relación carnal fuera del matrimonio, si bien es cierto, no existe acceso carnal entre los sujetos que aportan para la reproducción, no existe un consentimiento del marido o es en contra de su voluntad. (Rozas, 1989)

Por tanto, sería una percepción el hecho que, se genera la procreación de un ser humano mediante la circunstancia que una mujer casada conciba un hijo con espermatozoides de un hombre que no es su esposo o conviviente.



Por otra parte, se ha observado que con respecto la conexión genética como núcleo central de la paternidad, generando, por tanto, la importancia que conceden los varones al vínculo genético con los/as hijos/as es una atribución casi unánime entre las mujeres entrevistadas. Es afirmada por mujeres de todos los perfiles sociales y sea cual sea el valor que ellas mismas le conceden. Incluso en los casos en los que lo consideran importante, señalan que es algo mucho más valorado por parte de su pareja. (Rozas, 1989)

La proyección personal en el hijo es mucho más intensa en el caso de los varones y favorece el sentimiento de orgullo, si el hijo cumple las expectativas que habían depositado en él, o la aceptación, en el caso de que no sea así plenamente.

Por lo general, la mayor implicación de las mujeres en las tareas de crianza contribuye a que resten valor a la herencia genética en la conformación del carácter. Cada persona es distinta y la educación, el ambiente y el trato acaban siendo más determinantes en el comportamiento de la criatura que los rasgos genéticos.

Como parte de los elementos complejos y circunstancias que surgen de la fertilización in vitro y las demás técnicas de reproducción humana, se observa la retractación al consentimiento a la práctica, debe tener como límite general el interés del menor, asegurando al hijo que nazca y que lo haga en el seno de una familia.

En el caso de inseminación artificial, la retracción podría llevarse a cabo hasta el mismo momento de efectuarse; una vez inseminada la mujer, ante la posibilidad de embarazo ya no sería posible, debiendo asumir la voluntad procreacional expresada en el consentimiento. El problema se presenta en los casos de fecundación extracorporal con transferencia de embriones al seno materno. (Alberdi, 2007)



Concretamente, existe una perspectiva que es importante mencionar lo externado por Consuelo Álvarez (2008) de la manera siguiente:

Partiendo de la premisa la vida comienza desde el momento de la fecundación, ocurra ésta dentro o fuera del seno materno, la retractación tendría validez hasta la unión de los gametos, ya que en ese momento surge una nueva vida humana que debe ser protegida. Además, el aceptarlo posteriormente, dejaría al embrión huérfano y en riesgo de muerte. Cuando se analiza la fecundación con gametos de la pareja, se expresa que no existe problema en cuanto a la atribución del vínculo paterno-filial y surge por la negativa de la inseminación post mortem, fundamentando tal postura en la necesidad de traer un hijo al mundo en un medio familiar adecuado. (p. 174)

Con base en lo indicado, es importante mencionar que la vida, derechos y obligaciones ha sido observada desde la fecundación, considerando el seno materno, el contexto en el que se desarrolla la vida como tal, generando una diversidad de compromisos para su protección desde lo individual de la madre hasta el mismo Estado.

Pero es de distinguir el caso de transferencia de embriones después de la muerte del esposo, ya que es análogo a la viudez de una mujer gestante, debiendo protegerse la vida del hijo aun cuando todavía no se halla transferido al seno materno.

En conclusión, en los casos de prácticas en que la fecundación se produce en el seno materno, el consentimiento a la práctica puede retractarse hasta el mismo momento de su iniciación. El límite para la retractación en las técnicas de la reproducción asistida in vitro es la unión de los gametos (fecundación).



Por tanto, la existencia de técnicas especializadas de reproducción humana asistida, requiere la consideración que existe un elemento complejo que es poco tratado, pero es la atribución de la paternidad, lo cual, cuenta con incidencia directa en la filiación del menor, producto de la asistencia en la reproducción.

Dicho consentimiento no atribuye la paternidad: ésta se determina por los cauces habituales, esto es, por los establecidos en el Código civil, en atención a la condición de casada o soltera de la madre. Si es casada, la presunción de paternidad del marido le determina como padre; si no lo es, el medio habitual de atribución de la paternidad es el reconocimiento del padre, que obviamente podrá realizar libremente. (Álvarez, 2008)

Con ello, surge lo relativo a la verdad biológica, la cual, deben observarse ante la retractación o en su caso negativa del esposo o marido posterior al nacimiento del menor, mismo que es producto de la fertilización in vitro, siendo concretamente desarrollado en dos vías, como derecho del menor a conocer dicha verdad o como recurso para el padre ante el no cumplimiento de sus responsabilidades cuando ya existe un consentimiento.

En la actividad familiar vinculada a un proceso y cuando se establezca la relación parental biológica, este es un elemento determinante y por ende de pruebas complejas en algunas oportunidades no permiten demostrar con certeza a simple vista los caracteres genéticos, en relación entre dos personas.

Sin embargo, la posibilidad derivada de los avances científicos, enfrenta la problemática y limitación de un proceso tradicional e incluso dispositivo, es decir, la prueba biológica sino se introdujo en el proceso por las vías regulares y propuesta por una de las partes no tendría valor probatorio, sin embargo, esas son limitaciones del ámbito civil lo que resulta una injusticia procesal.



El proceso civil tiene tendencia dispositiva, es decir, la aportación de los hechos, el impulso del trámite y la iniciativa probatoria predomina como carga de las partes procesales, limitando la actuación del funcionario judicial que no puede resolver ni menos ni más de lo solicitado, sino aplicando el principio de congruencia procesal.

Por otra parte, en el ámbito del conflicto de familia prevalece un aspecto inquisitivo por el que los jueces tienen vastos poderes respecto a la dirección del proceso y a la iniciativa probatoria y en ese orden es necesario redefinir el concepto de verdad y todo ello a través de la emisión de resoluciones jurisprudenciales respecto a la verdad jurídica objetiva.

Todo niño tiene derecho a una identidad y de preservarla durante toda su vida, esta nace desde el momento en que se realiza el reconocimiento de paternidad y filiación, pues esta le da al niño una individualidad, el derecho a usar los apellidos de sus padres, ser reconocido pública y socialmente como hijo de sus padres e incluso obtener u optar por la nacionalidad de ellos. La identidad constituye la determinación de la personalidad individual, que tendrá y usará en todas sus relaciones públicas o privadas en el transcurso de su vida, pues lo diferenciará de las demás personas.

Al respecto, la doctora Angelina Ferreyra de De La Rúa (2010) señala lo siguiente:

Es así que la verdad jurídica objetiva es aceptada uniformemente como concepto válido en todos los ámbitos del derecho procesal; se vincula con la idea de exceso de rigor formal y se verbaliza expresando que los jueces no deben renunciar a obtenerla fundándose en motivos estrictamente formales; pero no significa prescindir de las formas procesales sino solamente eludir su patología. (p. 14)



En la actividad procesal el principio de la verdad jurídica objetiva es aceptada por los jueces y por ende ellos no pueden renunciar a obtenerla por motivos estrictamente formales tomando en consideración la actividad patológica que representa y todo ello es derivado de los cambios de la evolución del derecho y de la sociedad y por ende las futuras reformas legislativas deben orientar, es decir, el reconocimiento del carácter biológico de la persona con ayuda de los avances científicos.

Expone respeto a la verdad biológica por una parte se autoriza al juez para ordenar de oficio pruebas biológicas; por la otra se le asigna valor a la negativa del afectado a someterse a ellas. Esta actitud es considerada inicialmente como indicio contrario al renuente se valoriza por la vigencia de la regla en la tarea de los tribunales. Pero, en el momento actual, se da valor probatorio pleno a la negativa y por otra parte se genera en los tribunales la tendencia de admitir la extracción compulsiva de sangre. (De la Rúa, 2010)

Lo antes señalado, responde a la discrecionalidad del juez para ordenar de oficio pruebas biológicas tomando en cuenta la actitud negativa del afectado a someterse a ella ya que dicha negativa es considerada un indicio contrario al renuente y por ende la función del derecho familia y el juez de familia es establecer y garantizar los derechos tanto de la normativa nacional como internacional.

Por otro lado, cabe señalar que, en el marco del principio de la verdad biológica, cabe distinguir curiosamente dos conceptos de biología, ambos relacionados con la determinación de la maternidad.

El origen del material biológico (gametos o preembriones) es irrelevante para el Derecho, al menos para la determinación de la maternidad: es madre quien pare, como complemento a la nulidad de todo contrato de maternidad subrogada. (Barber, 2010)



El parto constituye un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad, de tal manera que el legislador en este caso optó por la biología del nacimiento, y no por la biología de la concepción.

El principio de veracidad biológica en la filiación por naturaleza establece, que será padre biológico el que aporte el semen, y madre biológica la que dé a luz al hijo, por lo que en la inseminación artificial homóloga no se rompe dicho principio, el que desea ser padre es el que ha aportado el espermatozoides, y la que desea ser madre es la que va a gestar y dar a luz al hijo.

Atendiendo al segundo caso que se plantea, la fecundación in vitro homóloga, la explicación de por qué no plantea problema respecto del principio de veracidad biológica es la misma que en la inseminación artificial homóloga. En este tipo de fecundación in vitro, aunque la que desea ser madre no es la que aporta el óvulo (a diferencia de la inseminación artificial), no se rompe el principio de veracidad biológica, pues lo que establece este es que será madre la que geste y dé a luz al niño y, en este caso, aunque la madre no aporte el material reproductor, sí será la que geste y para el hijo, cumpliéndose el requisito para que sea considerada como madre biológica y se determine una filiación por naturaleza a favor de ella

Llegando en muchas ocasiones a sustentar un retracto o impugnación de la paternidad por parte del marido o cónyuge, siendo mediante un proceso, interviniendo el Artículo 221 Código Civil regula en qué casos puede ser declarada la paternidad:

La paternidad puede ser judicialmente declarada:

- 1) Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca;
- 2) Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre;
- 3) En los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; y



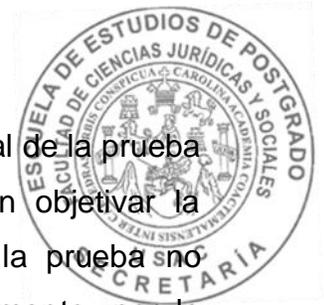
- 4) Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción.
- 5) Cuando el resultado de la prueba biológica, del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo. Si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba, ordenada por juez competente, su negativa se tendrá como prueba de la paternidad, salvo prueba en contrario.

La prueba del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarse en cualquier institución de carácter público o privado, nacional o extranjera especializada en dicha materia. Este medio de prueba, deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley para su admisibilidad. En juicios de impugnación de paternidad o maternidad, será admisible en iguales condiciones y circunstancias, la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-.

Existiendo, además, una impugnación a la misma prueba, surgiendo pese a que la racionalización de la prueba ha sido un ámbito tradicionalmente apartado del interés de los teóricos del derecho y de la argumentación, en los últimos años ha recibido una atención especial.

Fruto de esta atención en la actualidad se asume sin problemas, al menos en los planteamientos más reflexivos y comprometidos con el ejercicio racional del poder que, la valoración debe ser racional y que el juicio de hecho debe fundamentarse.

En este campo se ha avanzado ya bastante. Pero todavía es mucho el déficit de fundamentación de la prueba en la praxis procesal, y aún son más los aspectos de la racionalización de la prueba pendientes de reconstrucción y teorización.



En efecto, cuando se plantea el problema de la valoración racional de la prueba (y el paralelo de la necesidad de buscar estándares que permitan objetivar la decisión) parece que la atención se centra fundamentalmente en la prueba no científica, por estar basada en leyes probabilísticas de débil fundamento, por lo común máximas de experiencia y leyes del actuar humano habitual.

Por el contrario, la prueba científica, por estar basada en leyes universales o en todo caso en leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, aparece muchas veces rodeada de un áurea de infalibilidad que proporciona a la decisión probatoria un carácter concluyente o casi concluyente, por lo que no parece necesario buscar estándares adicionales que garanticen su objetividad.

Pero esta convicción entraña un peligro, derivado que propicia la indefinida creencia de que las decisiones probatorias apoyadas en pruebas científicas se asuman como incuestionables o irrefutables y, de paso, descarga al juez de hacer un especial esfuerzo por fundar racionalmente la decisión.

La importancia de la prueba en el ámbito forense reside también en su elevadísimo grado de fiabilidad. Muy resumidamente, aunque en rigor, la prueba es básicamente de naturaleza estadística, si se realiza en condiciones empíricas óptimas y utilizando métodos científicamente adecuados sus resultados pueden asumirse en la mayoría de los casos como incuestionablemente verdaderos.

Si, por el contrario, el método y técnicas usadas y/o las condiciones de realización no son las apropiadas, el grado de fiabilidad de la prueba disminuye hasta incluso anularse.

En definitiva, la validez de una prueba científica (y por consiguiente la fiabilidad de sus resultados) no es algo que haya que dar por establecido, sino que depende de la validez científica del método usado, de que se haya utilizado la tecnología apropiada y de que se efectúen rigurosos controles de calidad.



Sin embargo, desde la aprobación del Decreto 39-2008 del Congreso de la República, la obligatoriedad de la prueba de ADN, ha suscitado todo tipo de interpretaciones, y aunque en ningún momento se ha negado que constituye un avance muy importante, por lo menos si se discute la importancia o el papel que juegan dentro de este proceso ordinario los otros elementos materiales probatorios allegados al proceso cuando el resultado de esta prueba pericial se obtenga un nivel de certeza superior al 99.9 % un índice de probabilidad superior al 99.9 %.

Lo cual se refiere lógicamente al decreto de esta prueba pericial en todos los procesos donde se discuta la filiación de una persona, pues al no existir actualmente otra prueba técnica que brinde un grado de certeza igual, se hace necesaria su utilización, para de alguna manera estar acorde con los avances que la ciencia le puede aportar al derecho en este tipo de procesos.

Antes de las reformas contenidas dentro del Decreto 39-2008, todos los medios de prueba utilizados eran sobre todo para descartar la filiación, más que para indicarla, debido a que la certeza del resultado no era determinante, por lo que muchas mujeres optaron por acudir a los juzgados y hacer valer los derechos de sus hijos.

La reforma anteriormente relacionada ha permitido que con la incorporación de la prueba de ADN, como parte importante permita que se dejen de ofrecer y queden sin la eficacia o necesidad de las otras pruebas dentro del proceso, lo cual lleva a la conclusión de que la paternidad notoria dejará de ser aplicable a pesar de seguir vigente como una de las formas para reclamar la filiación, pues se podría dar el caso de que se practicara la prueba y ésta diera negativa o excluyente de la paternidad en un 100 %, siendo esta la razón por la que no coincide declarar la paternidad, por la falta de un lazo consanguíneo que los una jurídicamente.

El avance significativo de la prueba científica en los procesos donde se investiga la paternidad de una persona, por constituirse en una ayuda importante de



la ciencia frente a los problemas que se puedan presentar en materia del derecho, más aún cuando se trata de establecer la filiación.

Sin embargo, el hecho de que la función judicial no puede ser desplazada por un auxiliar de la justicia, pues el dictamen es un medio de prueba que jamás puede confundirse con la sentencia.

Una es la labor del auxiliar de la administración de la justicia y otra muy distinta la que le corresponde al juez en ejercicio de la competencia asignada por ley, pues es este quien tiene la facultad y el deber de dirimir si se configuran todos los requisitos para declarar la paternidad en disputa, razón por la cual se explica, que lo pretendido por el legislador al establecer la prueba de ADN como obligatoria en todos los procesos de filiación, era garantizar la búsqueda de la verdad real por encima de la verdad social y procesal.

El tercer considerando de la reforma al código civil, respecto a la admisión de la prueba biológica del ácido desoxirribonucleico –ADN- contenida en el Decreto 39-2008 del Congreso de la república es claro al indicar que para los procesos de filiación y paternidad esta prueba genética debe de tener un 99.99 % de certeza. Si los dictámenes científicos reflejan un número porcentual menor al indicado en la ley, no debe dársele valor probatorio alguno, ni ser vinculante en este tipo de juicios ya que no cumplen con el valor establecido en la propia ley.

Es importante hacer referencia a un caso en dichas circunstancias de la manera siguiente:

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia manifestó, en sentencia del 19 de octubre de 2017, que si una persona le reconoce los derechos de paternidad sobre una menor –a pesar de que no sea su hijo biológico– y luego se arrepiente, debe indemnizar al niño o niña afectada por los perjuicios ocasionados. Con ponencia del magistrado



Aroldo Wilson Quiroz, el alto tribunal estudió una acción de tutela interpuesta por un hombre que pedía dejar sin efecto las decisiones emitidas por el juzgado quinto de familia y el Tribunal Superior de Neiva. Dichas decisiones habían determinado no acoger la petición del demandante al considerar que el recurso interpuesto ya había caducado, es decir, ya había transcurrido el tiempo previsto en la ley para impugnar la paternidad de su hija. Según el demandante, se vulneró el derecho al debido proceso porque descocieron una prueba de ADN que dio como resultado “la exclusión como progenitor” de la menor. Al estudiar la demanda, la Corte Suprema de Justicia consideró que el reconocimiento del hombre a sabiendas que no era su hija biológica, “bajo la promesa dirigida a la madre de estar enamorado”, no puede generar el desconocimiento de los derechos fundamentales de la niña, relativos a su nombre, a su personalidad jurídica, al estado civil y a conocer su verdadera familia. “La situación puesta de presente da lugar a la indemnización de perjuicios a favor de la menor, ahora adolescente, en contra de quien procedió a su reconocimiento voluntario y ahora la repele”, determinó el alto tribunal. Además, la Corte explicó que pudo generarse una “afectación psicológica” de la menor, originada por los lazos afectivos creados durante años de convivencia familiar. Estos lazos afectivos, según el fallo, se vieron truncados “por el cambio de parecer del ascendiente (demandante) que, a modo de retracto, decide no sólo romper el vínculo afectivo que voluntariamente auspició, sino rechazar la filiación de quien una vez acogió en su seno, cual mercancía que, dependiendo del estado de ánimo, puede ser desechada. Por supuesto que dicho proceder debe dar lugar a la reparación del daño, a lo sumo psicológico”. (Sentencia STC16969-2017/ Bogotá, 19 de octubre de 2017)

Como se observa en dicha sociedad, se ha hecho evidente que, ante los órganos de justicia, debe solicitarse y resolverse cualquier circunstancia legal que



llegue a surgir, considerando que los menores de edad, basados en el interés superior del niño, son la base del fundamento y resolución que se llegue a emitir.

Existiendo una diversidad de circunstancias que llegan a considerarse, pero deben ser observados los instrumentos y compromisos internacionales y la protección integral de los niños nacidos, bajo cualquier circunstancia o método de reproducción, derivado que es la vida del mismos que se protege y se garantiza.

Por una parte, se autoriza al juez para ordenar de oficio pruebas biológicas; por la otra se le asigna valor a la negativa del afectado a someterse a ellas. Esta actitud es considerada inicialmente como indicio contrario al renuente se valoriza por la vigencia de la regla en la tarea de los tribunales.

Pero, en el momento actual, se da valor probatorio pleno a la negativa y por otra parte se genera en los tribunales la tendencia de admitir la extracción compulsiva de sangre. Cabe señalar en este aspecto lo resuelto por la Comisión de Jóvenes del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (2005) arribó a la conclusión de que:

La extracción compulsiva de material genético debe ser receptada legislativamente no sólo en los procesos penales sino también en los civiles de filiación. En estos casos debe prevalecer el interés superior del niño a conocer su identidad consagrado constitucionalmente por la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño. (p. 180)

Con base en lo indicado, se resalta que las pautas del proceso civil de corte dispositivo, la aportación de los hechos el impulso del trámite y la iniciativa probatorias se impone como cargas a las partes y la plataforma fáctica fijada limita la decisión del juez que no puede resolver ni *ultra* ni *extra petita*. (Congruencia). (De la Rúa, 2010)



Por el contrario, en ámbito del conflicto de familia prevalece un aspecto inquisitivo por el que los jueces cuentan con vastos poderes en orden a la dirección del proceso y a la iniciativa probatoria.

Esta posibilidad derivada de los avances científicos enfrenta, sin embargo, la limitación propia de un proceso clásico, adversarial y dispositivo, conforme al cual tal prueba resultaría excluida si no se introdujo en el proceso por las vías regulares de instancia y proposición de las partes. De allí que en caso de haberse omitido tal prueba las partes por las limitaciones propias del ámbito civil, se generaría una resolución esencialmente injusta. (De la Rúa, 2010)

Desde otra perspectiva, es importante mencionar que la maternidad en solitario, es decir, la madre soltera rompe el esquema normativo, basado en la costumbre o el ideal establecido de la familia y su conformación dentro de una sociedad funcional, siendo mediante una pareja que conviven en un lugar determinado y cumplen con las funciones para crear la familia.

La quiebra del eslabón en la formación de una pareja consolidada y el paso directo a la formación de una familia a través de la maternidad es vista como el resultado del aumento de la autonomía de las mujeres y no necesariamente como un rechazo de las relaciones de pareja.

La maternidad en solitario es percibida como una práctica en aumento y la existencia de las técnicas de reproducción asistida, han contribuido a hacer posible y visible una realidad que hunde sus raíces en los cambios experimentados por las mujeres.

Los motivos por los que las mujeres pueden decidir emprender la maternidad en solitario pueden ser diversos, pero se comparte la idea de que una unión de pareja debe tener sentido en sí misma y no es tolerable ni necesario, en contraposición, a lo que sucedía en las costumbres o estándares antiguos de algunas mujeres en el



pasado, observándose como paso previo, como medio para acceder a la maternidad aunque la relación fuera insatisfactoria. (Blascó, 1997)

Las mujeres pueden romper esquemas, cuestionar el trazado patriarcal de la vida femenina que circunscribía la maternidad legítima al matrimonio o, por lo menos a la vida en pareja.

La maternidad como iniciativa propia y autónoma es reivindicada y construida como algo positivo, lejos de las connotaciones de carencia o fracaso que se les atribuían en el pasado a las madres solteras. La actitud que adopta la sociedad hacia ellas y la lectura que hace de su situación se va modificando progresivamente y se va adoptando una visión que subraya su carácter de iniciativa.

El primer paso consiste en el aumento de la tolerancia y, desde ahí, continúa hacia la normalización y el reconocimiento. Las mujeres que deciden emprender la maternidad sin pareja acuden a la fertilización in vitro, no por un problema de esterilidad, sino como medio para conseguir el acceso al semen y la consecución del embarazo sin tener que recurrir a otros medios que resultarían más costosos en términos personales y que podrían comportar dificultades posteriores.

La actitud de rechazo a buscar una relación sexual esporádica puede ir acompañada de sentimientos morales que consideran incorrecto utilizar al varón estableciendo una relación confusa o engañosa con él.

La sociedad moderna se caracteriza por una división social del trabajo distinta y por una complejidad y diferenciación funcional, lo cual, significa que las personas desarrollan un mayor número de roles y en forma diferenciada. Una situación latente es el cumplimiento de roles laborales se hace independiente de los roles familiares.

La familia en la sociedad moderna es nuclear y reducida, derivado que la evolución que ha tenido la familia y el matrimonio ha sido compleja, siendo las



funciones que estos han tenido y como han sido reemplazadas, siendo importante mencionar aspectos importantes que caracterizan a las familias modernas.

Desde la perspectiva política, se cumple una función específica inicialmente, se consideraba a la familia un clan miembro de la sociedad, lo cual, es evidente, al conocer que la sucesión hereditaria más que sucesión de bienes era la continuación de la jefatura. En la actualidad, la sociedad está formada por individuos y la familia no es un clan, sino que se ha reducido a cónyuges e hijos.

Desde la perspectiva económica, es importante indicar que la familia era considerada una unidad de producción, eran las familias agrarias o artesanales, siendo una función de cauce de conservación del poder económico y de la riqueza a través de la sucesión, lo que actualmente hereditaria. Actualmente, las familias son una unidad de consumo y disfrute de rentas.

Desde el punto de vista social, la familia antigua es un instrumento de socialización del individuo, considerado además como el vehículo de transmisión de tradiciones, hábitos, usos y creencias. También es el medio para la satisfacción de las necesidades primarias del individuo del sector familiar al sector público, especialmente en las temáticas de educación, enfermedades y desempleo.

Se produce un descenso de las funciones privadas familiares al socializar el derecho, considerando además que, las situaciones o hechos de la vida social que han influido en las transformaciones del matrimonio y, por lo tanto, de las familias han sido cambios en la forma de producción, la familia deja de ser una unidad de producción y pasa a ser un espacio afectivo.

Aunado a lo anterior, es importante mencionar la incorporación de la mujer al mundo del trabajo remunerado y su consiguiente salida del ámbito privado, que significa una redefinición de los roles sociales del hombre y de la mujer. Por tanto, los movimientos emancipadores de la mujer inician a orientar la percepción de la



igualdad de sexos y paulatinamente se logran conquistas como el derecho a voto de la mujer y el aumento de su participación pública, la posibilidad de controlar la natalidad, la legitimación del aborto, el uso de anticonceptivos, entre otros.

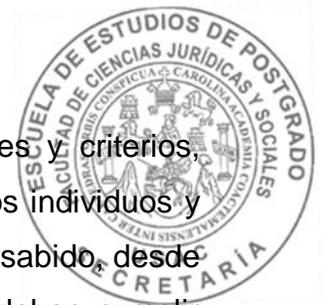
Al matrimonio antiguamente se le señalaban cuatro funciones: sexual, educativa, reproductiva y de subsistencia, actualmente el matrimonio es más bien un espacio afectivo y de convivencia para las parejas, lo que ha provocado la pérdida de la relevancia social y familiar en épocas anteriores.

Además, al ser reemplazado el modelo patriarcal por uno igualitario democrático, la familia dejó de tener una función económica y educacional tan acentuada. Asimismo, no debe perderse de vista la introducción de un nuevo actor al interior del hogar y con fuerte presencia familiar, como lo es la televisión y la internet en un mundo globalizado, considerando que ha significado una reducción de la función socializadora de la familia y una homogenización de la educación.

Recientemente, el matrimonio se basa fundamentalmente en la idea de la conveniencia conyugal y siendo esa su función esencial, responde a una necesidad emocional y cada vez menos a una exigencia social o económica.

La familia es una unidad cambiante, no estática, depende de muchas variables, como la estructura económica local, regional y nacional dentro de la cual se inserta, para que se vea más o menos influenciada por los cambios sociales, políticos y culturales.

Es necesario establecer que, una de las instituciones más antiguas del derecho civil, es el matrimonio pues prácticamente este nace con los signos de unión del ser humano, aunque con poca regulación desde el inicio, sin embargo, la evolución de la sociedad, también generó que los Estados se preocuparan por generar normas de convivencia conyugal a través del matrimonio.



Es allí donde surgen las primeras manifestaciones, regulaciones y criterios, formulados por parte del Estado para conocimiento de la sociedad, los individuos y sobre todo las personas con cierto interés en celebrarlo, pues como es sabido, desde el inicio el matrimonio ha sido una institución solemne, es decir, se deben cumplir diversos requisitos para su celebración, así como su validez.

Por otra parte, de acuerdo a cada sociedad, así es la regulación del matrimonio, siempre considerado como una institución social, por el pleno reconocimiento por parte del Estado, quien además, determina los funcionarios capacitados para celebrarlo y regula además, no solo los derechos, deberes y obligaciones para los contrayentes, para los cónyuges, sino también para los hijos, pues a partir de la celebración del matrimonio, éste surte efectos en forma inmediata y posterior durante la vigencia del mismo.

En la actualidad, ningún tratado internacional establece que el derecho a la privacidad o el derecho a fundar una familia contienen un derecho humano a la reproducción artificial. Ni siquiera la Corte Europea de Derechos Humanos, el tribunal más liberal del mundo en materia de derechos humanos, ha encontrado un supuesto derecho a la fertilización in vitro (FIV).

Por lo tanto, las conferencias internacionales de Cairo y Pekín son frecuentemente citadas como fuentes de los derechos reproductivos por promotores de estos, sin embargo, no son tratados ni convenciones internacionales, sino únicamente conferencias especializadas internacionales cuyas resoluciones carecen de carácter obligatorio.

Sin embargo, en el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 4 párrafo 1, “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”



Los derechos humanos tienen aplicación en las relaciones privadas, de tal manera que el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, el derecho a la salud, a la intimidad, a la personalidad, a la reproducción humana y a la identidad, entran en juego en la reproducción humana asistida, la que repercute en el matrimonio, la filiación, la investigación de la paternidad, en el derecho sucesorio, en la libre contratación y en general en los principios e instituciones del derecho de familia.

El principio de autonomía de la voluntad extiende sus alcances a todo el Derecho Civil, incluyendo el ámbito del Derecho de las Personas. Siendo un principio general del Derecho, no es un principio cualquiera, sino uno de carácter fundamental y hasta fundacional del sistema jurídico.

La libertad no es solo un derecho fundamental del hombre, sino también un valor, una condición inherente a su naturaleza humana. El ser humano no solo tiene libertad, sino que es libertad, que es su vocación, su destino natural, así como expresión de su dignidad.

Por tanto, la libertad no es un derecho absoluto, pues, como todo derecho, tiene límites. Es así, por ejemplo, que la libertad de una persona termina donde empieza la libertad del otro, del mismo modo en que los derechos de uno terminan donde empiezan los de los demás. El ejercicio ético de la libertad implica actuar pensando en el otro.

Puede sostenerse que, así como el principio de autonomía de la voluntad está en la base del Derecho Civil en materia de contratos, también lo está en el ámbito del Derecho de las Personas, sin perjuicio de las normas de orden público que contiene.

Considerando además que, existen aspectos vinculados con la vida humana que, no siendo parte del Derecho o no pudiendo ser controlados suficientemente por



este, ponen de relieve la importancia de la moral para que exista un debido orden social.

Por otra parte, las técnicas de reproducción humana asistida, específicamente, dentro de la relación contractual y particularmente de la inseminación in vitro en Guatemala, conlleva a una serie de cláusulas contractuales, mediante las cuales, prácticamente se dan a conocer entre otros aspectos, los procedimientos utilizados para obtener la concepción, mediante la manipulación de gemelos masculinos y femeninos, por personal altamente calificado y especializado en la materia y de los varios procedimientos sin resultado efectivo.

Asimismo, dentro de la relación contractual, es indispensable señalar las causas de esterilidad, pues estas deben ser de carácter patológica, entre las cuales se encuentran ausencia de espermatozoide, pobre calidad del semen, número escaso de espermatozoides o poca vitalidad de los mismos, así como la ausencia de la reproducción mensual de óvulos, entre otros aspectos básicos que deben unirse dentro del ámbito jurídico con el procedimiento indicado.

Con el objeto de interpretar la temática de los contratos civiles desde la concepción atípica, es la ruta más viable para la consolidación y actualización de las nuevas tendencias que surgen constantemente en el contexto en que se desarrolla el ser humano.

Los contratos atípicos desde el punto de vista legislativo se diferencian de los contratos típicos, previstos y regulados por las normas del ordenamiento jurídico, sea en el Código Civil, de Comercio o en diversas leyes, considerando que no son formas jurídicas modeladas o previamente reconocidas, sino combinaciones de ellas o estructuras convencionales totalmente novedosas.

Básicamente, al aterrizar en un escenario concreto se establece que es contrato atípico el que carece de regulación legal específica. El contrato no deja de ser atípico



por tener una denominación legal. La designación o no por la ley es en sí intrascendente; ella no agrega ni quita nada. Tanto da que un contrato atípico está designado por la ley que no lo esté. Mantiene su categoría de atípico.

El primer problema en el contrato atípico se puede decir que consiste en deducir aquellos límites dentro de los cuales el contrato es admisible, debiendo considerarse válido y eficaz, disponiendo la protección del ordenamiento jurídico.

El segundo problema es que se debe determinar cuál es la disciplina, a la cual tales contratos deben estar sometidos, esto a falta de una norma legal y puntualizar la manera de cómo deben de ser interpretados e integradas algunas circunstancias que deben observarse para que nazcan a la vida jurídica.

Los contratos atípicos están regidos, por la voluntad de las partes; por las normas generales sobre contratos y obligaciones; por las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles entre sí y se adecuen a su finalidad; se considera que tienen tipicidad social los contratos correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración; y, en subsidio de la voluntad de partes, están regidos prioritariamente por los usos del lugar de celebración.

Por tanto, la contratación atípica, se sustenta en los vacíos normativos en cada uno de los ámbitos, en los cuales, exista la necesidad de relacionar entre los particulares, por lo que configuran nuevos negocios y situaciones necesarias para el ser humano, a pesar que existan estancamientos en la actualización de las normas.

Para el contexto normativo guatemalteco, se reconoce la libertad contractual al señalar en el Artículo 1517 que existe contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, por lo cual existe la posibilidad de celebrar contratos que estén estructurados o regulados por un ordenamiento legal. O bien las partes pueden determinar libremente su contenido.



Siendo esta la base principal del contrato atípico, que si bien es cierto no se encuentra taxativamente, se reconoce la libertad de generar contratos específicos, por lo que surge una ruta para consolidar la voluntad de las partes.

En consecuencia, en la relación contractual las técnicas de reproducción humana asistida, deben de establecerse las circunstancias que puedan producir problemas futuros, tanto de carácter personal como éticos, entre los cuales, se encuentra la crio conservación de embriones, procedimiento mediante el cual se aplica un número excesivo de embriones, lo cual, representa un elevado riesgo de embarazo múltiple.

Es importante establecer que, el centro médico donde se hará el procedimiento de fertilización in vitro, debe estar acreditado y sobre todo autorizado por las autoridades correspondientes, debido que se deben establecer plazos para la fecundación, es decir, desde el momento de la realización de estudios en células madres y luego el desarrollo embrionario.

Con relación a los aspectos éticos, las disposiciones legales deben de transcribirse para su efectividad y sobre todo interpretación en caso de controversia, todo ello, dependerá de la legislación específica concerniente al tema.

La utilización de técnicas, procedimientos y los tiempos en los cuales, se lleva a cabo, también deben de establecerse claramente dentro de las especificaciones de la relación contractual, y de ser posible se debe de indicar, si procedimientos similares en ese centro asistencial se han llevado a cabo y cuál ha sido el resultado de los mismos.

Así como establecer, si existió algún perjuicio o contravención al cuerpo humano, además de los riesgos a los cuales está expuesta la mujer y, sobre todo, si el procedimiento surtió los efectos esperados.



La fertilización in vitro, se realiza fuera del cuerpo de la madre, siempre y cuando se compruebe por otros facultativos que el principal tratamiento para la esterilidad no fue exitoso y que de una u otra forma, dicho procedimiento se considera viable, por consiguiente, la fertilización no es más que una muestra de esperma que se necesita para inseminar los óvulos, se debe de establecer además que, será una placa de cultivo, en las cuales se preparan varias microgotas y se concentra el espermatozoide, lo cual, debe también indicarse.

También, es indispensable señalar cuales medios fueron utilizados para la fecundación, así como, la división celular y el embrión, todo ello, desde el punto de vista médico científico y mediante un medio simple, el embrión obtiene su crecimiento y en un medio complejo, es necesario vitaminar o mediante suero para el fortalecimiento de dichas células que se encuentran en cultivo y los medios secuenciales, deben considerarse como el procedimiento mediante el cual, el embrión, atraviesa distintos ambientes desde que es fecundado, hasta su alcance.

Debe tenerse presente además que, la fertilización in vitro, lleva un proceso en el cual, deben transferirse las células con el embrión, la cual, debe denominarse como cláusula de transferencia embrionaria, ya que debe indicarse cuantos días será de incubador de uno o más embriones.

En ese orden, será indispensable que una vez se haya aceptado dicho procedimiento, ayudará a eliminar contradicciones de la mujer, sobre todo, dichos embriones, se introducen en la cavidad uterina y de allí la valoración ética de la ciencia, la inteligencia, así como la fecundación de óvulos humanos.

Finalmente, deben estipularse los riesgos derivado de la estimulación y los que se derivan de la aspiración de óvulos. los aspectos antes indicados, merecen un tratamiento jurídico, dentro de la relación contractual, por consiguiente, como se puede observar no es un contrato común que puede contenerse en una o dos clausulas, sino un contrato donde los aspectos jurídicos se unen con los aspectos



éticos y de la ciencia médica y de esa cuenta, todo contrato, debe tener las estipulaciones contenidas en el Código Civil vigente en Guatemala, así como, las causas y los efectos de su realización y cumplimiento, además, de establecer las formas y mecanismos de deducción de responsabilidades civiles y penales, que se derivan de dicho contrato.

Como parte del estudio propuesto, así como la referencia de propuesta, del estudio, se adecua y se mencionan la forma que debe contener dicho procedimiento, para el reconocimiento de derecho, deberes y responsabilidades, así como la forma en que se desarrolla dicha acción.

La creación de un contrato en el cual se estipulen los lineamientos, compromisos, derechos, deberes y garantías de la aplicación de la reproducción humana asistida, convergen diversos aspectos que lo complementan, considerando el contexto guatemalteco y su inexistencia en la actualidad, por tanto, el ser parte de una actividad contractual y el surgimiento de las responsabilidades y obligaciones que contiene dicho acto, debe adherirse a lo referente de la temática de las técnicas de reproducción humana asistida, específicamente a la fertilización in vitro.

Siendo las bases de los modelos de contrato, especialmente civiles, el encabezado, el inicio, el cuerpo que contiene los derechos, obligaciones y las estipulaciones y el cierre mediante la aceptación correspondiente.

De forma estructural, la descripción inicial se establecen las personas intervinientes en dicha relación contractual, tomando en consideración que cada una de las partes, debe presentar su consentimiento para efectos legales, por lo tanto, deben identificarse plenamente.

Afirmando para el efecto que la información personal proporcionada es de carácter confidencial, encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles, siendo



de gran importancia como parte de los elementos que conforman el contrato y sus solemnidades.

Por tanto, la primera cláusula que conforma el contrato, deberá contener la técnica, método o procedimiento utilizado, sin resultados satisfactorios para procreación, la decisión de inseminación artificial, las causas de la esterilidad, especificando ausencia de espermatozoides o ausencia de semen o ausencia de producción mensual de óvulos, o en su caso, inflamación de la mucosa vaginal.

La segunda clausula deberá contener la indicación de la clase de técnica de reproducción humana asistida, indicando el aseguramiento de existencia de óvulos disponibles y el incremento del potencial de fertilidad, así como las indicaciones, cuando no ha sido posible la obtención del embarazo, la manifestación de la mujer, acerca de problemas a nivel del cuello del útero o indicación de presencia de anticuerpos, o en su caso, si ya existió algún tratamiento y cuál fue el resultado de este. Con respecto al hombre, deberá señalar si tiene alteraciones en el semen o la disminución en el número de espermatozoides y el volumen de eyaculación.

Estableciendo, además, la manifestación del hombre y la mujer si existe esterilidad inexplicable, es decir, cuando los estudios, demuestran normalidad, pero no existe o no se presenta la fecundación, la manifestación del hombre y la mujer si la inseminación artificial será homologa o heteróloga, la primera, proporcionando el marido el semen y en la segunda, cuando es de un tercero o de un semen congelado de banco. Así como la indicación si el varón no tiene o no es portador de espermatozoides y ello es consecuencia de una enfermedad hereditaria.

La siguiente clausula, siendo la tercera, debe contener forma específica el procedimiento clínico a utilizar dentro de los métodos de reproducción humana asistida, será de forma intrauterina, intra vaginal, intecervical, intraperitoneal o intratubaria.



La cláusula cuarta debe señalar si un método descrito ha sido utilizado y las probabilidades de embarazo y el riesgo de un parto prematuro, mal formación congénita o aborto, las responsabilidades civiles y penales por mala práctica médica en el procedimiento de inseminación in vitro, el derecho a indemnización por daños y perjuicios.

La cláusula quinta, como parte del respaldo y reconocimiento, debe contener de forma expresa los derechos de filiación, los derechos del niño, el derecho a la identidad genética, el derecho a conocer su origen biológico, así como el reconocimiento legal y derechos del ser humano, mediante un procedimiento de reproducción humana asistida.

La última cláusula, debe contener la aceptación de las partes contratantes y autorización con funcionario público, con el objeto de formalizar lo estipulado en dicho instrumento y con ello fortalecer la existencia tanto de la libertad contractual como de la relación contractual para que surtan los efectos jurídicos correspondientes ante la consolidación del mismo.

De forma general, la investigadora propone una estructura básica que puede observarse en el contrato en mención de la manera siguiente:



En la ciudad de Guatemala, el día ____ de ____ de dos mil veinte, ante mí, _____, Notario, comparecen: por una parte el señor _____, de treinta años de edad, casado, Ingeniero en ciencias y sistemas, guatemalteco, de este domicilio, se identifica con su documento personal de identificación código único de identificación –CUI- número _____ extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala; así como la señorita _____, de veinticinco años de edad, casada, Licenciada en Pedagogía, guatemalteca, de este domicilio, se identifica con su documento personal de identificación código único de identificación –CUI- número _____ extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala; quienes tienen un vínculo matrimonial, que lo respaldan con la certificación de Matrimonio emitida por el Registro Nacional de las Personas con número de registro _____; También comparece _____, quien es de treinta y cinco años de edad, soltero, Contador, guatemalteco, de este domicilio, se identifica con su documento personal de identificación código único de identificación –CUI- número _____ extendida por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, quienes asegurándome ser de las generales anteriormente indicadas y hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles, por el presente acto celebran **CONTRATO DE FECUNDACIÓN IN VITRO (CON DONANTE EXTERNO AL VÍNCULO MATRIMONIAL)** contenido en las cláusulas siguientes. **PRIMERA:** Manifiestan los señores _____, que se encuentran en la libre disposición de someterse a un procedimiento de Fecundación In Vitro en el Instituto de Reproducción Humana Asistida _____, autorizado por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, habiéndose realizado las pruebas médicas pertinentes bajo consentimiento de ambos con el objeto de obtener la certeza plena de no padecer graves trastornos genéticos o enfermedades hereditarias y que no son portadores de enfermedades infecciosas incluyendo Hepatitis, VIH, SIDA, todo ello como requisito para asegurar que el donante se encuentra apto para dicho procedimiento de reproducción humana asistida.



SEGUNDA: el señor _____ conocido en adelante como el DONANTE, que se encuentran en la libre disposición de contribuir a un procedimiento de Fecundación In Vitro como donante de esperma en el Instituto de Reproducción Humana Asistida _____, autorizado por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, habiéndose realizado las pruebas médicas pertinentes bajo su consentimiento con el objeto de obtener la certeza plena de no padecer graves trastornos genéticos o enfermedades hereditarias y que no son portadores de enfermedades infecciosas incluyendo Hepatitis, VIH, SIDA, todo ello como requisito para asegurar que el donante se encuentra apto para dicho procedimiento de reproducción humana asistida, siendo su voluntad constituirse como donante de esperma con fines reproductivos. **TERCERA:** que los señores _____ se constituyen como responsables de todos los gastos que el procedimiento de Fertilización in vitro pueda generar. **CUARTA:** el donante se compromete a transmitir de manera gratuita el esperma como producto del procedimiento de Fertilización In Vitro al Instituto de Reproducción Humana Asistida _____ a favor de los señores _____, quienes aceptan conformes sin reservas ni limitaciones, con todo en cuanto de hecho, de derecho de uso y costumbre le corresponda a dicho producto. **QUINTA:** Las partes son conscientes de que el procedimiento de la fecundación in vitro cuenta con una posibilidad del 50% al 60% de que sea exitosa, por lo tanto el hecho de que no sea exitosa no generara responsabilidad para ninguna de las partes, teniendo esto en cuenta las partes se comprometen a realizar los procedimientos que se manejan en este contrato las veces que sean necesarios, y siempre y cuando el Instituto de su visto bueno, para asegurar que el objeto de este contrato se cumpla. Las partes manifiestan estar de acuerdo y conformes con lo ya mencionado. **SEXTA:** Las partes están de acuerdo de que el procedimiento de donación de esperma se lleve a cabo en el Instituto de Reproducción Humana Asistida _____. **SEPTIMA:** El procedimiento de donación de esperma se llevaran a cabo el día _____ de _____ de 2020 en el Instituto mencionado anteriormente, y la fecundación in vitro se llevara a cabo el día _____ de _____ de 2020, siendo el contrato por un tiempo indeterminado, ya que su terminación está supeditada al éxito de la fecundación in vitro, o en todo caso de que el Instituto ya no



otorgue su visto bueno para seguir adelante con los procedimientos. **OCTAVA:** Las partes manifiestan que en la celebración del presente contrato no existe dolo, error, lesión, mala fe, coacción, o la existencia de algún vicio en el consentimiento que en este acto otorgan que pudiese invalidar el presente contrato, ratificando todas y cada una de las cláusulas contenidas en este instrumento. **NOVENA:** Por virtud de este contrato quedan transmitidos al señor _____, todos los derechos que pueden ser reconocidos que correspondieron a los donantes respecto al producto exitoso de la fecundación in vitro. **DECIMA:** Las partes reconocen la importancia del reconocimiento de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito nacional e internacional, así como los instrumentos internacionales y el interés superior del niño, el reconocimiento del derecho a la identidad y el conocimiento de sus orígenes biológicos aceptando la decisión del menor que fue producto de la fertilización in vitro reconocida en el presente contrato. **DECIMO PRIMERA:** Las partes reconocen y aceptan que las presentes cláusulas contenidas en este contrato dejan sin efecto cualquier acuerdo o negociación sostenido por ellas previamente, prevaleciendo lo dispuesto en este instrumento, respecto de cualquier otro acuerdo. **DECIMO SEGUNDA:** Manifiestan los otorgantes que aceptan de forma expresa y voluntaria las condiciones establecidas en las cláusulas del presente contrato. **DECIMO TERCERA:** Ante la existencia de incumplimiento de alguna de las cláusulas, la parte será responsable ante los órganos jurisdiccionales correspondientes en el ámbito civil o penal respectivamente, siendo aplicables las normativas nacionales vigentes y los instrumentos internacionales aplicables. Yo, el Notario doy fe: a) de todo lo expuesto; b) que tuve los documentos de identificación y resultados médicos del procedimiento realizado; c) que leí íntegramente el contenido del presente instrumento a los otorgantes quienes bien enterados de su contenido objeto validez y demás efectos legales, quienes lo aceptan, ratifican y firma con el Notario autorizante.



Es de mencionar además que, dentro de los procesos de fertilización humana asistida, surgen escenarios complejos, lo que producen riesgos y consecuencias para el producto del procedimiento, es decir, el ser humano que se ha ayudado a consolidar. Dentro de los riesgos y consecuencias puede mencionarse que en el procedimiento de fertilización in vitro pueden mencionarse el síndrome de hiperestimulación, los embarazos múltiples, defectos congénitos y otros se han descrito con bastante énfasis en la década de los noventa.

Además del síndrome de hiperestimulación ovárica que se presenta como una complicación a corto plazo que se puede iniciar durante la estimulación con gonadotrofinas o durante la etapa inicial del embarazo, se presenta con dolor abdominal, alteraciones hemodinámicas, ascitis y congestión ovárica. La mayoría de las veces se resuelve en ocho y diez semanas en la minoría de los casos se produce un tromboembolismo que determina la muerte. No se han reportado alteraciones a largo plazo ni definitivas, ni se ha descrito incapacidad alguna después de sufrir un cuadro del síndrome de hiperestimulación ovárica. El manejo es netamente médico previniendo la deshidratación y la trombosis. (Kuschner, 2010, p. 6)

Embarazos múltiples, si bien varias parejas de la consulta en Medicina Reproductiva refieren que prefieren tener gemelos o mellizos para pasar por la experiencia del embarazo en una sola vez, es cierto que una gestación múltiple conlleva morbilidad no sólo materna sino fetal, cuyo desenlace puede ser catastrófico. (Kuschner, 2010, p. 6)

La transferencia embrionaria de más de un embrión incrementa de manera significativa la tasa de embarazos múltiples y la FIV es la responsable de que esto ocurra. Un reporte de morbilidad norteamericano reveló una significativa diferencia entre todos los recién nacidos por la técnica FIV el 30% corresponde a gemelos y 3% trillizos o más comparado con el 1% de embarazos espontáneos múltiples en general. (Kuschner, 2010, p. 8)



Asimismo, los embarazos múltiples se asocian en un 25% a partos prematuros, 27% de recién nacidos con muy bajo peso al nacer, secundariamente a alteraciones pulmonares y neurológicas y sus secuelas. Las madres con embarazos múltiples pueden adquirir una propensión a complicaciones del embarazo tales como: hipertensión, diabetes gestacional, complicaciones de la cesárea, hemorragia puerperal, inercia uterina con histerectomía secundaria e incluso la muerte en contadas ocasiones. El costo de un embarazo múltiple es 4 veces mayor que un embarazo con feto único.

Defectos congénitos, como escenario complejo, se hace presente a pesar que la mayoría de los recién nacidos de FIV no tiene defectos congénitos, sin embargo, algunos reportes aislados han comunicado un incremento de defectos al nacimiento en recién nacidos por técnicas de alta. (Kuschner, 2010, p. 9)

Un escenario importante, a criterio de la investigadora, es que los delitos que pueden generarse por incumplimiento de un contrato, se basan esencialmente en la estafa, el aborto procurado, la inseminación fraudulenta, apropiación indebida, siendo los principales en los que puede llegar a incurrir las partes por incumplir dichas disposiciones contractuales, y su enlace con las bases de los derechos de las personas, ante la vulneración de la voluntad externada en dicho contrato; todo ello sin sustanciarse en un delito específico por no existir normativa jurídica que reconozca la reproducción humana asistida y la fertilización in vitro.

El objeto central del contrato es establecer un contexto jurídico que beneficie tanto la reproducción humana asistida mediante la fertilización in vitro, y que pueda consolidarse un núcleo familiar, que es una base importante del Estado, existiendo además un escenario en el que la efectividad del procedimiento será el producto, es decir, la vida de un nuevo ser humano de forma sana, cumpliendo con uno de los fines del matrimonio.



Convirtiéndose con ello en un ser humano con derechos fundamentales, tomando como referencia el criterio del Código Civil vigente en Guatemala, que se protege desde su concepción, es decir, desde el vientre de la madre, sujetándose a las normas jurídicas de protección de derechos a nivel nacional e internacional.

Aunado a ello, la base principal del contrato de fertilización in vitro, ha generado una variabilidad en cuanto al contexto del donante, derivado de que cuando la causa principal es un problema en el hombre y se solicita un tercero, se llega a un acuerdo previo, en el cual el donante puede aparecer dentro del contrato, o en su caso, abstenerse de ser parte de dicho documento, pero los centros de reproducción humana crean una base de datos, por lo que efectivamente existe un registro de quien es el donante y que cumple con los requisitos médicos para serlo.

A criterio de la investigadora, se debe tomar en consideración que el donante acceda o no a ser parte del contrato, basados en que no incide de forma directa en el procedimiento, además, la aceptación daría una seguridad en la donación, pero la responsabilidad principal recae en el centro que realiza la fertilización.

Por otra parte, existen situaciones en las que únicamente es la pareja quien realiza el procedimiento, es decir, el donante es el cónyuge, por lo cual, si debe aparecer en el contrato, derivado que como parte de la seguridad jurídica debe existir una descripción de los intervinientes.

Los aspectos antes enunciados, constituyen los elementos básicos o de referencia que debe contener la temática jurídica relacionada a la inseminación in vitro en Guatemala, sobre todo desde el punto de vista de la relación contractual, en ese orden, todo contrato del ámbito civil, debe sujetarse a las disposiciones contenidas en la normativa de la materia vigente en el país.

Asimismo, la existencia en la legislación comparada de la inseminación in vitro, desde el punto de vista clínico, jurídico y contractual, conlleva a establecer y



desarrollar estudios, análisis y propuestas de regulación en los países, tal el caso de Guatemala, donde únicamente se reconoce en materia penal sin amplitud de la temática en beneficio de las personas que buscan dicho proceso de reproducción.

También resulta indispensable resaltar que, desde hace muchos años, tanto organismos nacionales como internacionales han regulado y establecido diversas normativas respecto al derecho a la vida y mediante la reproducción humana asistida, también debe tener dicho reconocimiento como existe en algunas legislaciones que se dieron a conocer en el presente estudio.

El derecho a la identidad ha sido receptado explícitamente en diversos instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24) y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 7º y 8º).

En el marco del derecho comunitario europeo, el “Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina”, dictado por el Consejo de Europa en Oviedo, el 4/04/1997 dispuso que las partes “protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina” (artículo 1). No hay dudas, pues, que la identidad ha sido reconocida como un derecho humano en el plano internacional. Sin embargo, las dificultades se presentan a la hora de delimitar los alcances de este derecho. Para Habermas (1989), la identidad particular es:

Aquella decisión solitaria por la que el individuo moral asume la responsabilidad de su propia biografía ‘convirtiéndose en aquel que es. Todo individuo hace primero experiencia de sí como producto histórico de circunstancias de vida contingentes. Pero al elegirse a sí mismo como tal



producto, es que se construye un sí mismo que a sí mismo se imputa la rica concreción de la propia biografía a que se enfrenta como algo de lo que retrospectivamente quiere dar cuenta. (p. 99)

La identidad individual se vincula con “características concretas que tienen que ver con el nacimiento, el territorio y la biografía particular” (es decir, los “hechos”); mientras que la identidad cualitativa no es un hecho e implica la idea de “identificarse con”, es decir, estructurar en términos de elección y voluntad la identificación con ciertos valores o formas de vida. (Thugendhat, 1993, p. 70)

El derecho a conocer los orígenes como proyección del derecho a la identidad ha sido reconocido expresamente en el derecho comparado y, en especial, en el ámbito comunitario europeo, a través de sendos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre los cuales se destacan “Gaskin c/ Reino Unido”, del 7/07/1989, “Mikulic c/ Croacia”, del 7/02/2002, y “Ebru et Tayfun Engin Çolak c/ Turquía”, del 30/05/2006. Frente a contextos fácticos diferenciados, el Tribunal concluyó, en el primer caso, que:

El respeto por la vida privada requiere que toda persona pueda ser capaz de establecer detalles sobre su propia identidad como seres humanos, y que en principio aquéllos no pueden ser obstruidos por las autoridades para obtener esa información básica sin causa justificada. (p. 40)

Asimismo, en los segundos, reconoció “el interés vital, protegido por el Convenio, en obtener informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre un aspecto importante de su identidad como, por ejemplo, es el de la identidad de sus progenitores”. (p. 42)

Desde otro punto de vista, la Swedish Insemination Act N° 1.140 de 1984 reconoce el derecho del hijo nacido por Técnicas de Reproducción Asistida conocer la identidad de quien proporcionó el material genético cuando alcance madurez



suficiente (lo cual se juzgará en cada caso en concreto), sin que ello provoque efecto alguno sobre la filiación atribuida por medio del consentimiento prestado oportunamente. Por el contrario, los progenitores que se han sometido a dichas técnicas carecen del derecho a obtener información.

En el mismo sentido, la Ley austríaca de reproducción médica asistida N° 275/1992 consagra el derecho del niño, a partir de los catorce años, a tomar conocimiento de la identidad del donante de material genético (artículo 2, sección 20), tras disponer expresamente que “los donantes de semen no tienen derecho al anonimato” (artículo 1, sección 20). Ello sin la posibilidad de generar vínculo jurídico alguno entre el niño y el donante. Las clínicas dedicadas a la fertilización asistida tienen el deber de guardar los registros con indicación del nombre del donante, la fecha y el lugar de nacimiento, su nacionalidad, la residencia y el nombre de sus padres (sección 15).

Los progenitores, en cambio, solo pueden acceder a dicha información en casos excepcionales justificados por razones médicas. En Suiza se admite la revelación de la identidad del donante a partir de la sanción de la Ley federal 810.11 concerniente a la procreación con asistencia médica, del 18/12/1998, complementada por la Ordenanza sobre la Medicina reproductiva 810.112.2, del 4/12/2000. El artículo 27 de la citada norma dispone que:

El niño que haya cumplido 18 años de edad podrá solicitar a la Oficina informaciones sobre los datos relativos a las características físicas y las generalidades del donante. Por otra parte, podrá en cualquier momento solicitar información sobre todos los datos del donante, ya que puede alegar un interés digno de protección. Antes de que el Departamento transmita la información sobre su identidad, el donante deberá ser informado, en la medida de lo posible. Si el contacto personal con su hijo es rechazado, aquél debe ser informado acerca de los derechos personales del donante y de los derechos a la protección de su familia. Si



el niño mantiene su solicitud de conformidad con el párrafo 1 de la información necesaria le será emitida.

En Holanda, la Ley del 25/04/2002, conocida como Ley de Información del Donante por Inseminación Artificial, suprimió el anonimato de los donantes de material genético. Esta norma determina que, a partir de los doce años, el niño tendrá derecho a acceder a la información sobre las características físicas, la educación, la ocupación y cualquier otra relativa al entorno social del donante, y a los dieciséis años, podrá tener acceso a su identificación, siempre que el donante hubiera firmado su consentimiento informado en este sentido. El donante tendrá derecho a oponerse a que se revele su identidad interponiendo el recurso respectivo dentro de los treinta días de notificado de la solicitud del hijo. Llegado el niño a los dieciséis años, los datos identificatorios también podrán ser proporcionados a los progenitores, a solicitud de uno o ambos. Toda la información requerida deberá brindarse con la asistencia de expertos (artículo 3) su consentimiento informado para la donación, el donante deberá a su vez consentir que su identidad sea registrada (artículo 2.9).

En Gran Bretaña, el anonimato fue suprimido mediante la “Human Fertilisation and Embryology Authority Regulations 2004 (Disclosure of Donor Information)” N° 1511, del 1/07/2004. Esta disposición regula dos situaciones distintas: la de quienes fueran donantes antes del 31/05/2005, y la de los que lo fueran luego de esa fecha. En el primer caso, la ley prescribe que, llegado a los 18 años, el joven concebido mediante TRA tiene derecho a recibir información genérica (sexo, grupo étnico, religión, integración familiar del donante), pero no se incluye el acceso a la información que permita identificar al donante.

En el segundo caso, es decir, para las donaciones realizadas luego del 31/05/2005, el acceso a la información contiene los datos identificatorios. En consonancia con ello, la “Human Fertilisation and Embryology Act” de 2008 se refiere especialmente al tema en la sección 31ZA, donde se determina que a partir de los 16



años el hijo puede tener acceso a cierta información relativa al dador de gametos; y que al arribar a la mayoría de edad (los 18 años) puede acceder a que se le informe sobre su identidad.

Por último, la Ley N° 1237/2006 de Fertilización Asistida de Finlandia también se ocupó de suprimir el anonimato, aunque con ciertas particularidades. En principio, se dispone que a partir de los 18 años el hijo tendrá derecho a obtener del proveedor de servicios una copia del consentimiento para el tratamiento y el código de los donantes de material genético que le permitan acceder a su identificación (art. 23).

Pero, además, la citada norma establece la posibilidad de que, al firmar el consentimiento informado, el donante “preste su conformidad de que puede ser confirmado como el padre del niño nacido” en virtud de la utilización de tales técnicas (art. 16, ap. segundo).

Es importante mencionar que existe una eventualidad, en la cual, una persona puede preferir no saber si ha sido adoptada o concebida con base en un procedimiento de reproducción humana asistida, siendo una circunstancia fáctica que escapa al derecho y que de ningún modo autoriza a estar jurídicamente en una mentira.

Por tanto, el tener un derecho no obliga al titular a ejercerlo ni transforma su contenido de derecho a obligación, en consecuencia, todas las personas tienen derecho a conocer sus orígenes biológicos para poder así desarrollar libremente su personalidad y formar su identidad personal, por lo que dicho derecho podría traducirse, como el derecho a no ser privado de una información relativa a la propia identidad y por ende tener la posibilidad de decidir si quiere conocer o ignorar la identidad del donante.

En consecuencia, el menor que ha sido procreado bajo una técnica de reproducción asistida, en este caso la fertilización in vitro, efectivamente como parte



de sus derechos fundamentales, la existencia de una realidad biológica es un escenario al que debe tener acceso, generando siempre los cuestionamientos sobre si se encuentra en la disposición de conocer o no la verdad de su ascendencia biológica.

Siendo parte del contexto internacional, que es reconocido y protegido el derecho a la identidad y con ello, al generar un análisis, el derecho a conocer sus bases o raíces biológicas se encuentra incorporado dentro de dicho ámbito, por tanto, debe respetarse tanto las decisiones, la intención y si aún es menor y las realidades de interés superior como base internacional.

Desde otro punto de vista, es menester resaltar que, la existencia de una laguna normativa, que produce la existencia de una acción alternativa para las necesidades elementales de un negocio jurídico, puede generar complicaciones, especialmente por la falta de seguridad jurídica que puede llegar a surgir.

En el caso concreto de la ausencia de un contrato, mismo que el profesional del derecho autoriza dicho instrumento, pero al no existir el sustento concreto, surge el denominado contrato atípico, que complementa dichas voluntades de las personas, por tanto, en el proceso de fertilización in vitro, como se menciona en la hipótesis del estudio desarrollado que no existe de forma expresa un contrato que lo configure, pero si se ha desarrollado en el escenario cotidiano.

Para lo cual, los aspectos de la relación contractual que se hicieron mención mediante un modelo, ponen de manifiesto la necesaria regulación en Guatemala, porque de una u otra manera es de aplicación práctica, pero sin elementos ni sustento legal de respaldo.

Sobre todo, la indefensión de las partes contratantes, cuando se celebra en un centro privado de asistencia médica, pues como es normal, las cláusulas serán



elaboradas por los representantes legales de dicho centro e indudablemente se evade toda clase de responsabilidad, tanto civil, como penal entre otras.

La propuesta de regulación de un contrato civil, solemne, es decir, la celebración mediante escritura pública, es indispensable, en todo contrato de reproducción humana asistida, para garantizar derechos, deberes y obligaciones de las partes contratantes, así como el fortalecimiento por parte del Estado en la regulación de normas garantistas, cuando está de por medio el derecho a la vida.

Las técnicas de reproducción asistida surgieron, en un primer lugar, para remediar los supuestos de esterilidad e infertilidad en las parejas, y que, con el paso del tiempo, se han ido abriendo a otras posibles aplicaciones, como las que se acaban de exponer previamente.

Sin embargo, lo que ha nacido como una solución en el mundo de la medicina, ha terminado provocando la aparición de problemas en el mundo del derecho, pues la aplicación de estas técnicas suscita cuestiones jurídicas difíciles a la hora de determinar la filiación de los nacidos mediante las mismas, así como también plantea numerosas cuestiones éticas.

La posibilidad y necesidad, en muchos casos, de probar el nexo biológico entre dos sujetos es una aportación de la ciencia, en todos los sentidos, ya que es la propia ciencia la que a través de sus investigaciones ha establecido distintas técnicas para determinar dicho vínculo; pero también es la que ha introducido nuevos métodos de reproducción totalmente contrarios a las presunciones establecidas por la ley.

Existen otros casos en que tal necesidad no responde a los avances científicos en el campo de los métodos de reproducción, por ejemplo, en el caso de la determinación de la filiación por convivir con la madre durante la época de concepción, en tal caso, se entiende que la necesidad de determinar el vínculo



biológico no se debe a los avances de la ciencia sino a que la determinación es probable pero no absolutamente cierta. La fecundación in vitro y el trasplante de embriones constituyen una técnica médica que se utiliza en muchas partes del mundo para tratar la esterilidad. Beneficia a los usuarios individuales y a la sociedad en general, no sólo porque trata la esterilidad, sino porque también ofrece la posibilidad de evitar los defectos genéticos y mejorar la investigación básica sobre la reproducción y la anticoncepción humanas.

Sin embargo, debe ser accesible a toda la población de manera que realmente se garanticen los derechos humanos, pues debe garantizarse el respeto por la vida y no la comercialización de esta.

El lucro con la infertilidad, así como el riesgo que las nuevas técnicas pueden causar cuando son empleadas por personal no calificado, han obligado a establecer e imponer cierto tipo de control, tanto sobre los que la practican, como sobre los beneficiarios, ya que toda práctica clínica debe estar sujeta a legislaciones en materia de salud o a códigos de conducta deontológica, por ende, aquellos centros o profesionales que practiquen las técnicas de la concepción asistida deben estar sujetos a regulaciones específicas y provistos de la acreditación adecuada.

En el proceso del estudio, se han abordado una diversidad de circunstancias que permiten observar el desarrollo de la fertilización in vitro, considerándose como una técnica novedosa de reproducción humana, tomando en consideración la cantidad de problemas de diversa índole que afecta la reproducción del ser humano, ya sea a uno de los cónyuges o convivientes, ambos o en su caso, al existir la maternidad en solitario.

Situación que en Guatemala se observa de forma constante, a pesar de no existir de manera amplia y taxativa una regulación específica que pueda proteger la existencia, debilidad que aún es evidente, si se toma como referencia los avances



del derecho y de la ciencia en diversos países del continente, tal es el caso de Costa Rica, Colombia, como referentes de la situación.

Además, la existencia de un contrato de adhesión en Guatemala, es un mecanismo que se ha percibido como dañino, considerando que la parte interesada, en este caso los cónyuges o la mujer, únicamente aceptan las condiciones ya establecidas en los modelos de contratos, que de forma superficial explican las causas, efectos, procedimientos y consecuencias ante la existencia de un procedimiento de reproducción humana asistida, específicamente de fertilización in vitro.

Existiendo, por consiguiente, una diversidad de aspectos que se han dado a conocer y en la propuesta específica se han mencionado las cláusulas que deberían existir en los formatos de contrato en mención, para que se disminuyan los perjuicios, ante una mala práctica, complicación o en su caso, inconformidad con las cláusulas previamente establecidas.

Ante la realidad de la reproducción asistida, el Estado en su momento promovió una clínica para realizar los procedimientos de forma plena, pero por diversas circunstancias no continúa funcionando, en comparación con el sector médico privado que cuenta con diversas clínicas especializadas en dicha temática. Tomando en cuenta además que, cuentan con cierta cantidad de años realizando los procedimientos, aun se generan vacíos ante la existencia de problemas por no existir una norma jurídica proteja a los sujetos contratantes.

Surgiendo por otra parte, la problemática por parte del padre al retractarse de su consentimiento y aceptación del procedimiento cuando ya el menor ha nacido, lo cual, se complica la situación para la madre y el menor, derivado que no existe un respaldo pleno de dicha obligación y cuenta con elementos para la acción de no reconocimiento del padre, pero convergen diversos elementos que llegan a proteger

de forma plena al menor, promoviendo un escenario de adaptación por parte de los padres o convivientes que deben responder ante la existencia de un menor.



Por lo tanto, el estudio, comprobó que no existe una norma jurídica que proteja o que establezca una medida con respecto a la fertilización in vitro en Guatemala, pero al existir un contrato de adhesión entre las partes y el centro médico al que asisten, efectivamente cuenta con una responsabilidad contractual a pesar de únicamente adherirse a las cláusulas, lo cual, se encuentra reconocido como parte de los contratos civiles de forma general, en modalidad de reproducción humana asistida.

CONCLUSIONES



La fertilización in vitro es parte de las técnicas de reproducción humana asistida, la cual se observa como una herramienta útil para los problemas de infertilidad, por tanto, en diversos países se han generado discusiones y debates sobre su importancia y trascendencia, habiéndose incorporado a los textos jurídicos.

Concretamente, en Guatemala no existe una base contractual o normativa que permita desarrollar un negocio jurídico contenido en un instrumento que pueda surtir efectos relativos a la materia de la fertilización in vitro, misma que responde a una necesidad importante para la consolidación de una familia, debiendo estar reconocida su protección desde la actuación del Estado.

En el ámbito internacional, se ha desarrollado de forma amplia lo relativo a la fertilización in vitro y sus implicaciones jurídicas, así como el reconocimiento del derecho a la identidad biológica del menor producto de una reproducción humana asistida, lo que permite observar la importancia de su reconocimiento contractual y jurídico respectivamente.

La regulación de la fertilización in vitro en Guatemala se llega a considerar como necesaria, pero con un largo camino lleno de complejidades, especialmente en el ámbito de los derechos que surgen, tanto para el menor, como para las partes intervinientes, siendo necesario observar tanto las necesidad y problemas reproductivos, las realidades sociales, los avances de la ciencia, entre otros escenarios que permitan consolidar una base tanto normativa como contractual en la materia en países como Guatemala.



REFERENCIAS



Aguilar Guerra, V. (2004). *Derecho de obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Revista.

Álvarez, J. (2009). *Sobre la posibilidad de la donación de embriones en Hispanoamérica*. *Anales de la Facultad de medicina*, 70(2):1354. Recuperado de <http://www.scielo.org.pe/pdf/afm/v70n2/a09v70n2.pdf>

Alvarado, F. (2013). *In vitro, la regulación del aborto terapéutico y la unión civil de las parejas*. Costa Rica: Editorial Margarita Chávez

Amorós, E. (2010). *La filiación derivada de reproducción asistida voluntad y biología*. Buenos Aires: Editorial Chair

Asociación Argentina de Derecho Procesal. (2005). *XXIII Congreso de Derecho Procesal Civil*. Argentina: AADP.

Barber Cárcamo, R. (2010). *Reproducción asistida y determinación de la filiación*. México D.F., México: Editorial REDUR.

Bejarano Sánchez, M. (1999). *Obligaciones civiles*. México: Editorial Oxford.

Benítez, I. (2005). *Estudio Jurídico Penales sobre Genética y Biomedicina*. España: Editorial Dykinson, S.I.

Bonnecase, J. (1995). *Estudio de derecho*. México: Editorial Cajica.

Brañas, A. (2015). *Manual de derecho civil*. Guatemala: Editorial Fénix.

Bravo González, A. (1986). *Compendio de derecho romano*. México: Editorial Porrúa.



- Brena, I. (2004). *Derechos Humanos*. México D.F, México: Editorial Porrúa.
- Brizzio, C. (2001). *Contratos informáticos y contratos por medios informáticos*. Colombia: Editorial Temis.
- Bruno, O. (2003). *Definición de las causas de infantilización*. Colombia: Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología.
- Cabanellas G. (1977). *Diccionario de derecho usual*. España: Editorial RIALP
- Casonato, C. (2014). *La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga*. Italia: s. e.
- Castillo, M. (2011). *Derecho a la salud reciente evoluciones de la jurisprudencia. Guatemala*, Guatemala: s. e.
- Colomer, J. (2011). *La Gestión de públicos culturales en una sociedad tecnológica*. Revista en análisis de la cultura y el territorio, (12), pp. 113-131
- Contarino, S. (2000). *Contratos civiles y comerciales, ámbito contractual y teoría general*. Argentina: Ediciones De palma.
- Corral, H. (2011). *Desaparición de personas y presunción de muerte en el Derecho Civil Chileno*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Díaz de Guijarro. E. (1953). *Proyecciones Jurídicas de la Voluntad Procreaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Dunken.



Doral, J. (1993). *Contrato como fuentes de obligaciones*. Buenos Aires, Argentina: Editorial: EUNATE.

Escobar Fornos, I. (2007). *Derecho a la reproducción Humana inseminación y fecundación In vitro*. México: S.E.

Espinoza, J. (2005) *La filiación en la reproducción humana*. España: Editorial Desclee.

Espín Cánovas, D. (1975) *Manuel de derecho civil español*. Buenos Aires: Editorial Revista del derecho privado.

Ferreya, A. (2010). *Teoría general de Proceso*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Advocatus.

García Máynez, (2001). *Introducción al Derecho*. México: Editorial Porrúa.

Giorgianni, M. (1995). *La obligación parte general las obligaciones*. España: Editorial Bosch.

Habermas, J. (1989). *Identidades nacionales y postnacionales*. España: Editorial Tecnos.

Hurtado, X. (1999). *Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido*. México: Editorial Porrúa.

Kushner Dávalos, L. (2010). *Fertilización in vitro: beneficios, riesgos y futuro*. España: Revista Científica de Ciencias Médicas.



Martínez, A. (1991). *El negocio Jurídico*. Argentina: Editorial Tecnos.

Martínez-Calcerreda, L., (2010). *La nueva inseminación artificial*. Colombia: Central de Artes gráficas, S.A.

Mendoza, I. (2001). *Problemática jurídica de la maternidad subrogada*. México: Editorial Porrúa.

Monterroso, L. (2013). *Evaluación de factores que afectan la regeneración in vitro*. Guatemala, Guatemala: Editorial Colección.

Muñoz, N. (2000). *Jurisdicción voluntaria notarial*. Guatemala: Editorial C & J Impresos.

Mandoca, M. (1992). *Derecho civil chileno*. Chile: Editorial Librotecnia.

Ossorio M. (2000). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. México: Editorial. Heliasta.

Pineda Sandoval, M. (2002). *Fundamentos de derecho. Guatemala*. Guatemala: Editorial Serviprensa.

Planiol, M. (1993). *Derecho Civil. México D.F.*, México: Editorial Porrúa.

Rozas, F. (1989). *Fecundación In Vitro*. Buenos Aires: Ediciones Trivium.

Tomas G. (2001). *Manual de Bioética*. España: Editorial Ariel.

Tugendhat, E. (1993). *Identidad: personal, nacional y universal*. España: Universidad de Barcelona.



Vásquez Ortiz, C. (2000). *Derecho civil IV, obligaciones II*. Guatemala: Editorial Crockman.

Vladimir, A. (2004). *El negocio jurídico*. Guatemala, Guatemala: Editorial Temis.

Varsi, E. (2012). *Derecho de familia*. Argentina: Editorial Comares.

Vlaming, J. y Bender, M. (1950). *Institutionis iuris matrimonii*. Buenos Aires: Editorial Bussum.

Wood, C. y Westmore, A. (1984). *Fecundación in vitro*. España: Editorial Trounson & C. Wood.

Zannoni, E. (1991). *El derecho a la identidad de origen*. Argentina: Editorial Astrea.

Zenteno, M. (2010). *Los Contratos civiles y su clasificación*. México: Editorial Mc. Graw Hill.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Código Civil, Decreto ley 106, Jefe de Gobierno, Enrique Peralta Azurdia.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, Jefe de Gobierno, Enrique Peralta Azurdia.

Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la
República de Guatemala.



Otras Referencias

Sentencia STC16969-2017/ Bogotá, 19 de octubre de 2017.

Sentencia Caso Gaskin c/ Reino Unido, del 7/07/1989.

Sentencia Caso Mikulic c/ Croacia, del 7/02/2002.

Sentencia Caso Ebru et Tayfun Engin Çolak c/ Turquía, del 30/05/2006.

Swedish Insemination Act N° 1.140 de 1984.

Ley de reproducción médica asistida N° 275/1992. Austria.

Ley federal 810.11. Suiza.

Ordenanza sobre la Medicina reproductiva 810.112.2, del 4/12/2000. Suiza.

Ley del 25/04/2002, conocida como Ley de Información del Donante por Inseminación Artificial, Holanda.

Human Fertilisation and Embryology Authority Regulations 2004 (Disclosure of Donor Information)" N° 1511, del 1/07/2004. Gran Bretaña.

Ley N° 1237/2006 de Fertilización Asistida. Finlandia.