UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

IMPLICACIONES JURIDICAS QUE GENERA LA APLICACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RUTH LILIANA RODRIGUEZ GONZALEZ

Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y a los Títulos de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Septiembre de 1997

JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I:	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II:	Lic . José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III:	Lic. William René Méndez
VOCAL IV:	Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza
VOCAL V:	Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel
SECRETARIO:	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Raúl Chicas Hernández
Vocal:	Lic. Oscar Bolaños Parada
Secretario:	Licda. Rosa María Ramírez

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Luis César López Permouth
Vocal:	Licda. Viviana Vega
Secretario:	Lic. Rubén Alberto Contreras Ortiz

NOTA: "Unicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Guatemala, 6 de enero de 1997.

4/3/97

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
4 MAR. 1997
RECIBIDO
Hora
Oficial

Licenciado
José Francisco de Mata Vela
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Señor Decano:

En cumplimiento a la providencia emanada de ese decanato, procedí a prestar asesoría a la Bachiller RUTH LILIANA RODRIGUEZ GONZALEZ, en la elaboración de su trabajo de tesis denominado "IMPLICACIONES JURIDICAS QUE GENERA LA APLICACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO", y para el efecto me permito dictaminar lo siguiente:

I. El tópico abordado reviste trascendencia jurídica, toda vez que la realidad social del Derecho de Familia, ha avanzado en forma abrumadora, dado los enormes adelantos científicos en materia genética. Aunado a ello la aplicación y las incidencias de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, indudablemente nos conducen a recorrer los itinerarios conceptuales de instituciones del Derecho de Familia, fundamentalmente el de paternidad y maternidad, a efecto de replantear sus definiciones.

II. El trabajo de investigación fué desarrollado en forma sistemática, la autora consultó la bibliografía idónea y formuló algunos juicios críticos muy propios y converge en relevantes conclusiones que nos dan diversas soluciones, para resolver los problemas planteados.

III. A juicio del suscrito, el presente trabajo constituye una meritoria investigación en la que se evidencia la acuciosidad y dedicación de la autora, y por ende constituirá un aporte valioso e interesante a la bibliografía en nuestro medio.

Estas aseveraciones me conducen a opinar, que el trabajo de investigación en mención, debe ser objeto de discusión en el examen de rigor, en virtud de que sobradamente satisface los requisitos de forma y fondo requeridos para el efecto.

Sin otro particular, me suscribo atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Vladimir Osmán Aguilar Guerra
Asesor de Tesis

D DE SAN CARLOS
GUATEMALA

D DE CIENCIAS
AS Y SOCIALES
versitaria, Zona 12
a, Centroamérica

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES; Guatemala, seis de marzo de mil novecientos noventa y siete.----------

Atentamente, pase a la LICDA. ELISA SANDOVAL DE AQUECHE, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la Bachiller RUTH LILIANA RODRIGUEZ GONZALEZ y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.----------

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DECANATO
GUATEMALA, C. A.

alhj.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.

2488-97

Guatemala,
23 de mayo de 1,997.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
2 JUN. 1997
RECIBIDO
Horas 15 Minutos 15
OFICIAL

Señor Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad.

Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a usted, con el fin de manifestarle que por Providencia emanada de ese Decanato he servido de Revisora de tesis a la Estudiante RUTH LILIANA RODRIGUEZ GONZALEZ , en su trabajo "IMPLICACIONES JURIDICAS QUE GENERA LA APLICACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO", en esa virtud, rindo el dictamen respectivo en la siguiente forma:

1. La Estudiante RUTH LILIANA RODRIGUEZ GONZALEZ, eligió un tema de actualidad, la ciencia y la técnica avanzan vertiginosamente, y los juristas y legisladores deben adaptar el derecho a las nuevas necesidades sociales, este es el caso de la Ingeniería Genética, cuyos experimentos y teorías, han provocado una controversial discusión.

2. Esta monografía llena los requisitos que exige el Reglamento correspondiente y la autora le dió un tratamiento adecuado al tema, haciendo un estudio sobre los problemas jurídicos, que la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida ha generado y cómo otros países los han resuelto a través de la legislación, lo que resulta una valiosa guía, para tomar lo positivo de esas soluciones del derecho, en lo que se adapte a las características y realidad de la sociedad guatemalteca y su sistemática jurídica, por lo que debe ser discutido en su examen público de graduación.

Sin otro particular, sirva el Señor Decano, recibir las muestras de mi consideración y respeto,

Lic. María Elisa Sandoval de Aquecha
ABOGADO Y NOTARIO

Revisora de Tesis.

AD DE SAN CARLOS
E GUATEMALA

AD DE CIENCIAS
CAS Y SOCIALES
Universitaria, Zona 12
mala, Centroamérica

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES; veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y siete.

Con vistan en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis de la Bachiller RUTH LILIANA RODRIGUEZ GONZALEZ intitulado "IMPLICACIONES JURIDICAS QUE GENERA LA APLICACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO". Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis.----------

alhj.

ACTO QUE DEDICO

A DIOS:

Padre de misericordia; gracias por llevarme de tu mano hasta el final de este camino.

A MIS PADRES:

Ofelia González de Rodríguez, y
Eladio Rodríguez Jiménez
Gracias por su amor y gran apoyo.

A MIS HERMANOS:

David, Sandro y Ricardo.

A MI ABUELO:

Julio Rodríguez Lucero (Q.E.P.D.)

A:

Vladimir Osmán Aguilar Guerra
Con amor; gracias por tu comprensión y apoyo.

A LA LICENCIADA:

Elisa Sandoval de Aqueche
A quien le agradezco sus orientaciones y consejos.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala.

INDICE

INTRODUCCION

Los avances científicos y sus espectaculares logros pueden llegar a conmover los cimientos mismos de los principios seculares del Derecho. Buena prueba de ello nos da la el tema de la reproducción asistida en seres humanos, los cuales replantean aspectos jurídicos y éticos.

Las técnicas de Fecundación Humana Asistida, constituyen el inicio de una nueva era para el género humano, se abre un nuevo mundo lleno de fascinación, tanto para los investigadores como para cualquier ciudadano, pero junto a la atracción que ejercen el progreso y la superación de limitaciones, surge la duda que se convierte en preocupación, cuando como en este caso, la naturaleza humana es la afectada directa e inmediatamente, por ello la reacción inmediata del legislador debe ser la de intentar encontrar una regulación adecuada para resolver los nuevos problemas que se plantean, ya que como menciona Theret, "La vida siempre precede al derecho y por lo tanto, es el segundo quien deberá decidir como los hombres tienen que organizar la primera".

Nuestro ordenamiento jurídico no ha normado hasta ahora, las nuevas figuras jurídicas aludidas, y por ende tampoco las implicaciones que generan estas formas de procreación, a pesar de que se utilizan en nuestro país, y existe un número creciente de parejas que buscan por estos métodos formar su familia. En virtud de que este cambio social afecta uno de los cimientos más fundamentales del Derecho Civil, el cual es el Derecho de Familia, se hace necesario reestudiar los presupuestos biológicos, por lo que este trabajo analiza algunos de los problemas más importantes que genera la aplicación de estas técnicas, a la vez se establecen los posibles elementos que el legislador deberá tomar en cuenta para adecuar estos supuestos a nuestro ordenamiento legal, y así evitar una laguna legal, que ni la más sutil analogía puede llenar satisfactoriamente, por ello la necesidad de una legislación *ad hoc* es evidente, para que se ejerza un control por parte del Estado, toda vez que la persona constituye el centro de todos los valores y debe ser respetado su derecho a la vida, así como su dignidad.

Para la exposición de su contenido, la presente tesis se ha estructurado en cuatro capítulos.

El primero de ellos, contiene el recuento histórico de estas técnicas, así como la definición de las diferentes clases de procedimientos de Reproducción Asistida Humana, y se expresa la finalidad de las mismas, y ello permite conocer aspectos científicos y médicos de estas prácticas utilizadas en nuestro país.

El segundo capítulo hace alusión en forma doctrinaria a la Familia como institución, su importancia social y jurídica, también se hace referencia al Derecho de Familia, que disciplina y reconoce esta institución.

Lo atinente al examen de las implicaciones jurídicas que genera las técnicas de Reproducción Humana Asistida, en el Derecho de Familia guatemalteco, se efectúa en el capítulo tercero, a efecto de conocer los posibles supuestos que se presentan al momento de aplicar estos procedimientos, especialmente en matera de filiación, además hace mención de

cuales deberán ser los principios rectores que deben regir la admisibilidad de la Reproducción Humana Asistida.

En el capítulo cuarto, se analizan las distintas legislaciones, sobre esta materia, especialmente las leyes específicas de los países europeos, lo cuales se han preocupado por regular las implicaciones que genera la aplicación de estas técnicas. El estudio de las legislaciones europeas permite conocer los principios en los cuales se han fundamentado para normar los procedimientos de Reproducción Asistida Humana.

Como producto de la investigación y análisis del presente trabajo, se arribó a conclusiones relevantes, asimismo se plantean recomendaciones, las cuales se consideran pertinentes y congruentes con nuestra realidad social. Sin embargo como afirma Balmes: "No deben admitirse ideas sin analizar, ni proposiciones sin discutir, ni raciocinio sin examinar, ni regla sin comprobar". ya que la autora no se considera depositaria de la verdad absoluta.

Con la elaboración de la presente tesis, se persigue coadyuvar a motivar el estudio y discusión jurídica, sobre el tópico objeto de estudio, para que se emitan juicios de valor, que lleven inherente el deseo de contribuir profesionalmente a dilucidar las alternativas viables de solución al problema planteado; bajo esa perspectiva se debe abandonar toda actitud pasiva e indiferente, elaborando en un plazo breve, el proyecto de ley que regule la Reproducción Humana Asistida.

CAPITULO I
ASPECTOS GENERALES

NTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Por primera vez el efecto de la congelación de gametos masculinos (espermatozoides) estudiado por el Doctor Spallanzani en el año de 1776 en Londres Inglaterra.

También en Londres en 1779, el doctor John Hunter logró la primera gestación de una er por inseminación artificial con semen de su marido, procedimiento que fue teriormente publicado por el doctor Carl Sims en los Estados Unidos de Norte América.

El doctor Monktegazza propuso la creación de bancos de semen congelado. ;teriormente en el año de 1889 el doctor Dickinson realiza en los Estados Unidos de Norte érica la primera inseminación artificial con semen de donante; a partir de ese momento , a técnica adquiere gran difusión internacional siendo los Estados Unidos de Norte América verdaderos pioneros y en cuyo territorio se calcula se han realizado alrededor de un ırto de millón de inseminaciones.

Dentro de ese contexto, es de subrayar que las primeras inseminaciones con semen ıgelado, se dan a conocer en 1953.

En lo que atañe a la fecundación *in vitro* propiamente tal empieza a desarrollarse en 50, aplicándose en humanos hasta el año 1960. Tras varios años de experimentación en males, el 25 de julio de 1978 nace en Inglaterra el primer niño por fecundación *in vitro* con ısferencia de embriones. Nacimiento que tiene lugar en el Hospital Público de Oldham o la dirección de los doctores Patrick Steptoe y Robert Edwards.

En marzo de 1984 tuvo lugar en los Angeles (USA) el primer nacimiento de un óvulo tilizado de otra mujer.

El 10 de abril de 1984 nace en Melbourne, Australia, la niña Zoe (regalo de la vida yland, de un embrión previamente congelado).

En España se inicia la fecundación *in vitro* con carácter clínico en 1982, teniendo lugar primer nacimiento en 1984 de la niña Victoria Ana, cuyos padres científicos fueron los ctores Dexeus y Barri más la bióloga Ane Veiga. En 1984 en otro centro español nace el mer niño bajo la dirección del doctor Portuondo.

En chile estas técnicas de fecundación asistida se emplean habitualmente desde 1985, ıon relativamente pocos los niños nacidos bajo la aplicación de las mismas.

En lo que respecta a nuestro país, las técnicas de reproducción humana asistida, se ıctican desde el año de 1990, siendo el primero en emplearlas el doctor Haroldo López lagrán, quien en febrero de ese mismo año, efectúo el primer programa de fertilización istida en Guatemala, en el Sanatorio Molina Santiso.

En la actualidad acompañan al doctor Haroldo López, en la tarea del manejo de rejas infértiles, dos profesionales más, el doctor Mario Roberto Morales Ruíz, y el doctor ny Palomo y recientemente se incorporó a el equipo el doctor Gustavo Santiso, quienes alizan los programas de fertilización asistida, en la Fundación para el Estudio y Tratamiento

de la Infertilidad "Fundeti", la que constituye el único centro especializado en Guatemala, para resolver los problemas de fertilidad de las parejas que desean realizarse como padres.

Cabe señalar, que desde l990 a la fecha, en Guatemala han nacido aproximadamente 130 niños como producto de la aplicación de las técnicas de reproducción citadas.

2. TECNICAS CIENTIFICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

"Comprende una serie de procedimientos científicos efectuados algunos de ellos en el laboratorio, a través de los cuales se pretende facilitar la fertilidad en el ser humano"[1]

Cuando se alude genéricamente a las técnicas de reproducción humana asistida, se deben desglosar distintos procedimientos, cuyas consecuencias y tratamientos pueden suscitar notas ciertamente diferenciadas. Así, por una parte se alude a la inseminación artificial y por la otra a la fecundación *in vitro* .

2.1 INSEMINACION ARTIFICIAL

Conceptualmente la inseminación artificial consiste en depositar espermatozoides en los genitales internos femeninos, por un medio distinto del contacto sexual, mediante el dispositivo instrumental especifico.

Procede la inseminación artificial cuando entre la pareja (hombre-mujer), se hace imposible el acceso sexual o uno e ellos padece de alguna deficiencia fisiológica, química o física, que no le permite ser fértil.

En un concepto genérico se puede decir que la inseminación artificial es la introducción de espermios en forma artificial (mecánica) en los órganos reproductores de la mujer mediante instrumento quirúrgico idóneo, (jeringuilla hipórdemica).

El semen utilizado puede ser recién emitido, o haber estado conservado mediante congelación, y ser descongelado minutos antes de efectuar la inseminación. A la vez la inseminación artificial (IA), puede hacerse con semen del marido con lo que se llama inseminación artificial homóloga o con semen de un tercero, (donante) y que recibe el nombre de inseminación artificial heteróloga.

"Usualmente se diferencian en dos grupos o clasificaciones grandes de inseminación artificial: la Homóloga y la Heterológa. La primera se da cuando los espermios son proporcionados por el marido o compañero de vida. Y la heteróloga es cuando el semen es aportado por un tercero donante, que se mantiene en anonimato. Con respecto a los métodos de inseminación propiamente dicho, existen tres variedades, ellas son:

a) inseminación intrauterina
b) inseminación endocervical
c) inseminación exocervical

Esta última es la técnica más empleada, por ser las otras dos más complicadas y de efectividad inferior. Ella consiste en la aplicación de cazoletas sobre el cuello uterino, que hacen de receptáculos del semen, manteniéndolo en íntimo contacto con el moco cervical"[2]

---

[1] Dr. López Villagrán, Haroldo. Revista La Gaceta de Fundeti. Año I, No. 1, Guatemala marzo 1996. Pág. 6.

Lledó Yagüe, expresa : "es incorrecto denominar a la inseminación homóloga y eteróloga ya que, desde una perspectiva médica, homólogo es lo que acontece dentro de la isma especie, mientras que heterólogo es lo que se realiza entre dos especies distintas "[3]

En ambos casos, en la inseminación homóloga como en la heteróloga, la obtención del emen se lleva a cabo en el medio clínico y en condiciones higiénicas, recolectándose la uestra en un envase estéril con el fin de proceder de forma inmediata al ulterior procesado o tilización del producto obtenido.

Para la realización de estas técnicas, se efectúan una serie de exploraciones previas a n de establecer si la mujer o el hombre son estériles y por qué causas, las cuales según el octor Haroldo López Villagrán pueden ser:

a) porque hay atrofia en las trompas de falopio,
b) los espermas no son los suficientemente saludables;
c) razones biológicas no comprendidas"[4]

Concluida esta etapa , se monitoriza la ovulación para determinar el momento óptimo ara la inseminación y por ende la viabilidad del encuentro entre el o los óvulos y los spermatozoides.

Se procede entonces a la obtención del semen del varón de la pareja, y en caso de no esultar adecuado para garantizar la fecundación del óvulo se le somete a una preparación specífica, es decir a su capacitación. Para ello se hace una selección que elimina los luidos, como el plasma seminal, o los factores que puedan ser el origen de la incapacidad o notivo de rechazo por parte de la mujer. También se utilizan sustancias como el percol o lbúmina que actúan como filtros, permitiendo así que la muestra de semen filtrada contenga ólo los espermatozoides más vitales y penetrantes, o sea aquellos de mayor movilidad lineal, , por lo tanto, los más fecundantes.

En caso de utilizar semen de donante, éste se obtendrá de los bancos de semen y deberá reunir similitudes fenotípicas con el varón de la pareja receptora.

Obtenido el semen, este es preparado en el laboratorio para proceder a la nseminación, la cual, como se dijo, consiste en depositar la muestra en el interior de los genitales femeninos de la pareja, directamente en las trompas de falopio.

2.2 FECUNDACION *IN VITRO*

Esta, a diferencia de la fecundación *in vivo* es la que se obtiene en el laboratorio en una placa de cultivo cuando el óvulo y el espermatozoide no pueden encontrarse por el mecanismo natural.

Conseguida la fecundación *in vitro* , se procede al traslado o transferencia de embriones al interior el útero. Ambas maniobras constituyen la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones, cuyas fases son:

---

[2] Romo Pizarro, Osvaldo. Medicina Legal. Elementos de Ciencia Forense. Pág. 114.
[3] Lledó Yagüe, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. Pág. 34.
[4] Revista Vida Médica. No. 4, marzo /abril 1996. Pág. 12.

Estimulación Ovárica

En la estimulación ovárica se utilizan drogas que inducen a los ovarios a desarrollar varios óvulos maduros. Para revisar el desarrollo de los folículos ováricos, los cuales son sacos llenos de líquido donde los óvulos crecen, se examinan con frecuencia los ovarios por medio del ultrasonido.

Al interpretar los resultados del ultrasonido y las pruebas del laboratorio el especialista determina el momento preciso para recolectar los óvulos. Cuando éstos están casi maduros, aproximadamente un día y medio antes que la ovulación normalmente ocurriera, el médico prescribe una inyección de gonadotropina coriónia humana (hCG). Ya que la ovulación debiera ocurrir aproximadamente 36 horas después.

Recolección del Ovulo

La recolección del óvulo se lleva a cabo mediante cualquiera de las dos vías de acceso. La endovaginal, aspiración guiada por ultrasonido, es un procedimiento menor que se puede llevar a cabo en el consultorio con un analgésico. El óvulo se remueve utilizando la aguja mediante un dispositivo de succión: esto se llama aspiración.

La laparoscopía es un procedimiento quirúrgico que habitualmente requiere anestesia general. En la sala de operaciones el cirujano introduce el laparoscopio, un tubo largo y delgado parecido a un telescopio a través de una incisión hecha en el ombligo o debajo de él. A su vez, con una segunda punción, guía la aguja hasta el folículo ovárico observando a través de el laparoscopio y se aspiran los óvulos y el líquido folicular.

Inseminación, Fertilización y Cultivo del Embrión

Los óvulos maduros recolectados se examinan en el laboratorio y se clasifican según su madurez. La madurez de un óvulo determina el momento en que se combinará con el esperma. La inseminación puede llevarse a cabo inmediatamente seguida la recolección, después de varias horas o al día siguiente.

Se combina un número determinado de espermas con cada óvulo en platos que contengan medio de cultivo especial. Los platos se colocan en una incubadora a temperatura controlada, que debe ser la misma del cuerpo de la mujer.

El proceso completo de fertilización toma alrededor de l8 horas y aproximadamente 12 horas después que la célula fertilizada, o preembrión se divide en dos células. Después de 48 horas, cuando cada uno de los preembriones consta de dos a cuatro células, podrán colocarse en el útero.

Transferencia del Embrión

Se lleva a cabo generalmente en el consultorio como paciente externo en una clínica. No se utiliza anestesia, aunque algunas mujeres prefieren que se les suministre un sedante ligero. Utilizando un espéculo vaginal , el médico expone el cuello del útero. Se colocan uno o más preembriones, dispersos en una gota de medio de cultivo, en un cateter de trasferencia. El médico deposita los óvulos fecundados dentro de la cavidad uterina. A

enudo los embriones no transferidos se criopreservan (se congelan) con el objeto de ınsferirlos ya descongelados, en el futuro. El médico y la paciente toman de antemano la ıcisión de utilizar la criopreservación.

FINALIDAD PRIMORDIAL DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

El perfeccionamiento y la difusión de las técnicas de fecundación humana asistida a lo rgo de los últimos años, hace necesario un análisis amplio, abierto y profundo de las versas implicaciones que de su aplicación se derivan.

Sin duda alguna, el fundamento básico de estas nuevas técnicas ha sido el de ›lucionar la esterilidad irreversible de la pareja humana. Yedó Yagüe al respecto expone: "A i juicio parece obvio que las técnicas de fecundación humana asistida se concibieron con ıa notoria finalidad terapéutica, es decir, en otras palabras, solucionar un problema de fertilidad en la pareja"[5]

No obstante, alguno de los procedimientos científicos que su práctica requiere, como la ›ngelación o donación de óvulos, semen o embriones, la maternidad por cesión, la vestigación en células germinales o en embriones humanos conllevan una carga conflictiva ue obliga a un estudio puntual y sosegado que permita establecer las pautas básicas de ctuación, tanto a nivel científico, ético y legal.

3.1 Inseminación artificial con semen del marido o varón de la pareja se ecomienda utilizar cuando:

) Se presenta esterilidad por impotencia *coeundi*, siendo el marido incapaz de depositar el emen por medio del acto sexual, es decir impotente para realizar el coito en condiciones ormales bien por rechazo psíquico, minusvalías con parálisis, etc.

) Se dan malformaciones congénitas del aparato genital externo del hombre o de la mujer, ue impide la realización del coito normal.

) Tiene lugar la esterilidad por impotencia *generandi*, que permite al hombre realizar el acto exual normalmente, pero el semen que aporta no reúne las condiciones adecuadas para ecundar el óvulo, bien porque su volumen es escaso, o contiene muy pocos ıspermatozoides, o es muy pobre la vitalidad, movilidad o capacidad de penetración de ıstos.

l) Hay esterilidad por alteraciones (escases, sequedad, infección) de la mucosa del cuello del ıtero, que actúa como barrera al paso de los espermatozoides al útero. Puede también ›xistir un rechazo de tipo inmunológico del semen a nivel vaginal, del cuello uterino o general.

›) Se da la esterilidad idiopática, que es aquella en que siendo normales todos los estudios le la pareja estéril, la fecundación y el embarazo no se producen.

3.2 La inseminación artificial con semen de donante se indica en casos de:

Lledó Yagüe, Francisco. Op. Cit. Pág. 21.

a) Esterilidad originada por un factor o factores absolutamente irreversibles e insolubles del semen del varón de la pareja.

b) Esterilidad por alteraciones o anomalías cromosomáticas del varón, que son causa de abortos de repetición que impiden la descendencia.

c) Enfermedades genéticas hereditarias graves del varón que pueden transmitirse.

d) Incompatibilidad por insoinmunización grave del facto RH.

e) Infecciones transmisibles vía semen como la hepatitis, SIDA u otros.

3.3 Fecundación *in vitro* y transferencia de embriones están indicadas principalmente:

a) En caso de esterilidad femenina por:
-Anomalías o alteraciones de las trompas de falopio, bien congénitas, bien adquiridas que la invalidan para su función, no siendo susceptibles de un tratamiento médico o quirúrgico correcto.
-Endometriosis de la mujer.
-Malformaciones congénitas de los ovarios que impiden la ovulación aún estimulándolos.

b) En caso de esterilidad masculina por:
-Alteraciones del semen cuando éste no se produce.
-Impotencia.

c) En caso de esterilidad mixta:
-Incompatibilidad de base inmunológica entre el semen del varón y la mucosa del cuello de útero.
-Fabricación de anticuerpos de la mujer respecto a la esperma del marido.
-En caso de esterilidad idiopática o por causa desconocida.
-En prevención de enfermedades congénitas.

Lo expuesto proyecta la necesidad de establecer la conveniencia de la regulación y la legalización de estas técnicas, por lo que es prudente renunciar igualmente cuáles son los riesgos que se corren con la práctica de las mismas, riesgos estos que se clasifican en físicos y psíquicos.

En cuanto a los psíquicos se ha determinado que los más notorios son el stress que produce la práctica de la técnica y la desilusión que acarrea el no lograr el embarazo tan profunda e íntimamente deseado.

Entre los físicos, si bien son reducidos (3 por 100), existen, y por tanto deben ser tenidos en cuenta y advertir la pareja. Estos pueden ser:
- Derivados de la sobreestimulación de los ovarios.
- Producto de la anestesia general en la laparosopia.
- Derivados del procedimiento quirúrgico empleado para la obtención de los óvulos comprendidas las infecciones.

ɔducidos por las gestaciones múltiples, ya que pueden llegan a gestar se trillizos, rillizos, etc., con lo cual se originan problemas obstétricos (para la mujer y los hijos), átricos (para los hijos) y psicológicos (para la mujer).
rivados del embarazo en sí, los cuales pueden considerarse que son los mismos que len darse en los embarazos naturales de una mujer estéril.

_ PROCESO BIOLOGICO HUMANO. FACTORES GENETICOS Y AMBIENTALES.

La información biológica hereditaria se contiene en forma de molécula química, ADN o ɔ desoxirribonucleido, descubierto en l953, por los Nobel James Watson y F. Crick. Esta ɜcula de características muy especiales, entre otras la propiedad de conservarse a sí na, es la encargada de transmitir la información en ella contenida como un mensaje ito, que finalmente se traducirá en una síntesis de proteínas.

En primer término el ADN pasa esa información a otra molécula química (ARN o ácido ıucleido) mediante un proceso de transcripción. El nuevo ARN mensajero se encarga de ıcir ese mensaje biológico en una síntesis de proteínas, etapa denominada proceso de ucción.

Biológicamente el ser humano es una especie más si se considera que el ADN nuestro liferencia poco del ADN de los demás seres vivos inferiores. Es entonces la cantidad de rmación transcrita la que establece la diferencia, así como el proceso evolutivo que ha ido lificando la inform.ación genética y, por tanto, condicionando la aparición de nuevos seres.

Desde el punto de vista genético, el desarrollo puede definirse como: un proceso ılado de crecimiento y diferenciación resultante de la interacción nucleocitoplasmática del ɔiente celular interno y del medio externo, de tal manera que en su conjunto el desarrollo stituye una secuencia programada de cambios fenotípios (de apariencia externa) trolados especial y temporalmente, que constituyen el ciclo vital del organismo.

Muchos autores coinciden en que la expresión última a el proceso de desarrollo ıano, es el comportamiento que incluye dos aspectos: el comportamiento genético ɜrminado (potencial genética), de por sí parcial e incompleta, y el comportamiento dicionado (potencialidad del ambiente) que da lugar a las distinciones en cuanto a ácter, inteligencia, personalidad, etc., evidentemente influidas por el ambiente sociocultural le rodea.

En síntesis, se puede estimar que la interacción con el ambiente juega un papel de n importancia, ya que posibilita la realización del programa genético de cada individuo.

CAPITULO II
DERECHO DE FAMILIA

I. LA FAMILIA : IMPORTANCIA SOCIAL Y JURIDICA.

I.I IMPORTANCIA SOCIAL.

La familia es sin duda, la esencia misma del ser humano, y es intrínseco al hombre la tendencia hacia lo social, que ineludiblemente lo lleva a relacionarse con las demás personas, dando origen así a los grupos sociales más variados, el más sencillo y espontáneo que es la familia, y el más complejo y poderoso que es el Estado.

Este grupo sencillo y espontáneo es el más importante, el más natural y antiguo de los núcleos sociales , "la verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social, no sólo porque constituye un grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, sino, además porque es en su seno donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes que necesita para mantenerse saludable y próspera la comunidad política"[6]

La familia constituye entonces el factor primordial de la vida social y de la vida política, así lo expresa Josserand, para quien la familia "es un elemento indispensable de la cohesión y equilibrio social. La historia señala que los pueblos más fuertes han sido siempre aquellos en que la familia estaba más fuertemente constituida..., y denuncia también el relajamiento de los vínculos familiares durante los periodos de decadencia. Es en la célula familiar donde ordinariamente se manifiestan los primeros síntomas del mal, antes de estallar en el organismo más vasto y potente del estado "[7]

No obstante la importancia social y jurídica de la familia va mucho más allá de ser factor primordial de la vida social, a tal grado que no es posible concebir la vida en sociedad sin la familia, pues constituye la clave para comprender y facilitar el funcionamiento de la sociedad.

La familia provee de miembros a la comunidad y además los prepara para que dentro de ella puedan cumplir adecuadamente los roles sociales que les corresponde, de tal manera que se realiza en el seno familiar una función educativa de suma importancia. Marcela Olovarrieta, citada por Manuel Chávez, indica: "La familia es el canal primario para la transmisión de valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra. Cuando un ser humano nace comienza en el seno de la familia a aprender las normas de comportamiento

---

[6] Castán Tobeñas, José. Derechos Civil Español, Común y Foral. Tomo V. Derecho de Familia. Págs. 44,45.
[7] Ibid. Pág. 45.

que se consideran adecuadas, buenas o morales... Así desde pequeños se les enseñan las creencias religiosas y se le infunde una escala de valores determinada y una serie de normas de conducta. Se socializa de este modo al nuevo miembro haciéndole apto para la vida en sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo, hasta que alcanza la madurez biológica y social, y el individuo se encuentra preparado para formar el mismo su propia familia y comenzar el ciclo que nutre la vida social" [8]

FUNCIONES SOCIALES DE LA FAMILIA

La familia sea que se considere en sentido *latu sensu*, familia extensa, o en sentido *estrictu sensu* , familia nuclear , es una agrupación social y humana de carácter universal, que existe como un grupo diferenciado y sólido en toda la sociedad, dentro de la cual cumple funciones sociales necesarias, las que no puede ni podrá realizar ninguna otra organización.

Las funciones propias de la familia no son exclusivas, pues pueden cumplirse por otras instituciones por otras instituciones sociales, sin embargo se resalta la importancia del papel que desempeña la familia en el desarrollo de la comunidad, sus funciones son:

a) Función reguladora de las relaciones sexuales.

La familia es la reguladora por excelencia de las relaciones sexuales, sobre esta idea la mayoría de legislaciones consagran el matrimonio como el fundamento legal de la familia y el hecho de que existan relaciones sexuales al margen del matrimonio no le quita a la familia su función reguladora de dichas relaciones.

b) Función de reproducción de la especie.

Procreación y familia generalmente actúan como sinónimos, pero es indudable que puede haber familia sin que exista reproducción, como el caso de la pareja sin hijos, también es cierto que en determinadas situaciones se da la reproducción sin que se creen lazos familiares; por ejemplo cuando una madre soltera abandona a su hijo, por ello la reproducción, más que función de la familia, se convierte en fuente de la misma.

c) Función económica de la familia.

Esta función presenta un doble aspecto, la familia actúa como productora de bienes y servicios y como unidad de consumo, este doble aspecto se dio mucho en el pasado, en la actualidad se da mas que todo en el medio rural, en el medio urbano la familia actúa como unidad de consumo.

d) Función educativa.

Esta es quizá la función mas importante por su universalidad y trascendencia social, el papel que desempeña la familia como socializadora y educadora es relevante, pues como se ha señalado, es dentro de la familia donde se moldea el carácter y donde se adquieren las normas éticas básicas.

e) Función afectiva.

---

[8] Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Pág. 8.

La familia es quien de una forma natural, proporciona al ser humano el afecto que es prescindible para su equilibrio mental y emocional.

Respecto a las funciones de la familia se puede expresar que el ideal de toda sociedad ; que la familia pueda desempeñarlas de la mejor forma posible.

De todo lo expuesto se deduce la importancia social de la familia , que como han ıñalado algunos autores es en la familia donde puede decidirse el destino del mundo, en ella ; hace historia, pues la familia brinda al ser humano las bases para poder experimentar ɜntimientos de valor y madurez que se trasladaran en forma efectiva hacia la vida en ɔciedad a través de mujeres y hombres honestos, justos, con fuertes principios éticos y de ɔlidaridad que podrán aportar a su comunidad y a su país beneficios extraordinarios.

1.2 IMPORTANCIA JURIDICA

Teniendo conciencia de la trascendencia social de la familia, se puede colegir aramente su importancia jurídica, ya que las normas que regulan las relaciones familiares ıciden en los más íntimo del ser humano, como son sus relaciones conyugales y filiales, por ı tanto el Derecho de Familia necesariamente debe comprender valores éticos, morales y ırídicos tratando de armonizarlos sin excluir ninguno.

El hecho de que la familia se base principalmente en el amor, que es la causa del ıatrimonio y de las uniones no matrimoniales, que asimismo se manifiesta en las relaciones aterno filiales y en las demás relaciones familiares, hacen que esta rama del derecho sea *ui generis* y que deba ser regulado por cada país de acuerdo a la realidad de su propia ımilia nacional, a fin de que pueda lograrse la protección social y jurídica de la familia, ɜglamentando los derechos y obligaciones familiares, y estableciendo los deberes del Estado acia la familia, todo ello en función de la promoción y bienestar familiar.

La relevancia social y jurídica de la familia es invaluable, pues ella es el mayor tesoro ıara el hombre y constituye el futuro de la humanidad, en ese sentido se considera muy ıcertadas las ideas de Eduardo Julio Pettigiani quien al respecto expresa la siguiente ɔnclusiones:

a) Toda pretensión de sustituir el rol social de la familia por la acción de otra institución, ɔrganismo o sociedad intermedia, resultará inicua y predestinada al fracaso.

ɔ) Todo intento de destruir la familia representará una suerte de autoaniquilamiento o suicidio ɔocial; y

ɔ) Toda pretensión de manipular la familia con vistas a su utilización para otros fines distintos de aquellos que le son específicos, estará sustrayendo a la humanidad su más valioso ɜlemento de socialización... socavando sus cimientos más sólidos, lo que ocasionará rremisiblemente la destrucción de aquella y, transitivamente, su propio exterminio,"[9]

I.3 DEFINICION DE FAMILIA

[9] Pettigiani, Eduardo Julio. Familia. Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo I. Pág. 53.

Etimológicamente familia proviene de la voz latina *famulia* , la cual deriva de *famulus* que a su vez procede del osco *famel* que significa siervo y, más remotamente, del sánscrito vama, hogar o habitación, significando por consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa. La familia es la agrupación humana histórica y jurídicamente de más profundo arraigo en nuestra civilización, ha sido definida en distintos sentidos, por muchas disciplinas y con diversos alcances.

La familia romana antigua se basaba en la autoridad patriarcal, sólo se tomaba en cuenta el parentesco por línea paterna; por tanto familia se definía como el conjunto de personas libres bajo la potestad del *pater familias* ; era una familia *agnaticia* , unida por lazos civiles, lo que da por resultado que solo se tuvieran abuelos paternos, que los hermanos uterinos sí eran hermanos, pero fue hasta el derecho justinianeo, al unificar el *ius civile* y el derecho honorario, cuando se rompieron por completo los rastros de la *agnatio* y se configura la familia *cognaticia* que toma en consideración el parentesco paterno y materno como hoy en día.

El reconocimiento por parte del Estado a los vínculos y relaciones familiares ha conducido a establecer el concepto jurídico de familia tanto a nivel doctrinario como legislativo. El concepto jurídico es quizás el más difícil de precisar, pues se debe tener en cuenta que al regular la familia, el derecho se encuentra con una estructura ya formada, a la que debe considerar y adecuarse y que no se puede perder de vista. Por lo cual una definición jurídica de familia debe considerar el aspecto biológico, social, cultural y económico respetando la estructura familiar existente, para lograr recoger dentro de su contexto, los vínculos familiares existentes dentro de la sociedad.

Para muchos autores, no es posible establecer una definición jurídica de familia, pues en ciertos casos hay que hacer una enunciación general , y en otras oportunidades, restringir su significación; tal como ocurre con la clasificación de la familia nuclear o pequeña familia y la familia extensa denominada también gran familia o familia parentesco, que son definidas en forma individual; sin embargo es importante presentar algunas de las definiciones de familia expuestas por los principales tratadistas sobre la materia.

Eduardo A. Zannoni dice que: "La familia es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación."[10]

Para Enrique Díaz de Guijarro: "La familia es una institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación."[11]

Las anteriores son definiciones que en forma general comprenden los principales elementos de una definición jurídica de familia, la cual necesariamente implica la existencia de un vínculo del cual se originan derechos y obligaciones entre los miembros de la familia.

También los tratadistas definen la familia en atención a su extensión o en atención a los miembros que la componen, estableciendo así una clasificación de la familia, entre ellos, Guillermo Borda y José Castán Tobeñas entre otros.

---

[10] Zannoni, Eduardo A. Derecho de Familia. Pág. 5.

[11] Diaz de Guijarro, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Pág. 115.

Guillermo A. Borda, clasifica la definición de familia en sentido propio, limitado y en ntido amplio.

ı En sentido propio y limitado; la familia esta constituida por el padre, la madre y los hijos e viven bajo un mismo techo;

En sentido amplio; suele incluirse en la familia a los parientes cercanos que proceden de un smo tronco o que tienen un estrecho vínculo de afinidad."[12]

Por su parte Castán Tobeñas expresa que "En un sentido jurídico amplio, entendemos ır familia el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por los vínculos del parentesco ıtural o de adopción. Bajo este significado *lato* comprende la familia tres ordenes de laciones: las conyugales, las paterno filiales y las que genéricamente se llaman parentales. ı un sentido estricto, se llama actualmente familia al grupo restringido formado por los ınyuges y por los padres e hijos, con exclusión de los demás parientes o al menos de los ılaterales. En esta acepción integran sólo la familia relaciones conyugales y paterno ales."[13]

Otro aspecto para definir la familia es en atención a su relación con la ley, en tal ɜntido se encuentra con la familia legítima que es aquella que se constituye cumpliendo las ɔndiciones del derecho, e ilegítima es la que nace sin cumplir las condiciones de la ley. La milia legítima como dice Castán Tobeñas tiene la protección completa del derecho, en ımbio la ilegítima solo tiene efectos limitados en orden jurídico.[14]

La definición de familia en sentido amplio y en sentido restringido va a concebir el ɜmpo de aplicación del Derecho de Familia. En sentido amplio comprende tres clases de ɜlaciones familiares: a) las conyugales, b) las paterno filiales, y c) las parentales, por lo tanto ı familia en sentido amplio registra mayor aplicación dentro de las instituciones del Derecho e Familia, que la familia en sentido restringido, es por eso que algunos autores consideran ue la familia nuclear o pequeña familia tiene mayor importancia social que jurídica.

En tal sentido es importante la observación que hace Castán Tobeñas sobre la efinición de familia. "Entre la acepción amplia y la estricta cabe como observa Royo Martínez na acepción técnico jurídica: Familia es el conjunto de personas entre las que median ɜlaciones de matrimonio o de parentesco (de consanguinidad, afinidad o de adopción) a las ue la ley atribuye algún efecto jurídico."[15]

La acepción técnico jurídica citada, recoge tanto el concepto de familia nuclear o ɜequeña como el de familia parentesco o extensa, y su reconocimiento por el orden legal, sin ımbargo no expresa el vínculo familiar no matrimonial, el cual debe ser regulado por el)erecho si se quiere regular la familia en forma completa y eficaz.

1.4 PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

En nuestro país, la protección jurídica de la familia tiene su génesis en nuestra carta nagna, en donde se consagra que el Estado garantiza la protección social, económica y urídica de la familia. Además establece que el Estado debe tomar las medidas de

---

[2] Borda, Guillermo A. Citado por Méndez Costa, María Josefa y D'antonio, Daniel Hugo. Derecho de Familia, Tomo I. Pág. 17.

[3] Castán Tobeñas, José. Op.Cit. Pág. 37.

[4] Ibid. Pág. 38.

[5] Ibid. Pág. 38.

prevención, tratamiento y rehabilitación, para hacer efectivas las acciones contra las causas desintegración familiar.

La protección constitucional de la familia se contempla en el régimen de Derechos Sociales, del artículo 47 al 56.

Deviene prudente, analizar, la forma en que se cristaliza la protección de la familia en los preceptos constitucionales.

La sección dedicada a la familia es la primera del capítulo de los Derechos Sociales, el hecho de encabezar la normativa social, significa que se considera a la familia como destinataria de las restantes normas protectoras del orden social, cultural, laboral y económico.

La familia como factor primordial de la vida social, merece una protección especial del Estado, pero tal protección, no solamente debe ser jurídica, de tal manera la Constitución proclama que la protección del Estado debe ser también social y económica, para la integración, bienestar y desarrollo social, económico cultural, de la familia.

Nuestra Carta Magna, consagra la disposición de promover la organización de la familia sobre la base legal del matrimonio, debiendo el Estado fomentarlo, asimismo dispone que reconoce la unión de hecho, por lo cual la falta de matrimonio no afectará el goce de los derechos familiares, las normas mencionadas consagran el derecho de todo ser humano a constituir una familia, sea por la vía matrimonial o por la unión de hecho declarada legalmente, el reconocimiento de este derecho de ninguna manera excluye al matrimonio como fundamento legal de la familia, ni su fomento por parte del Estado.

Tomando en cuenta que el principio de igualdad es indispensable para la transformación y bienestar de la familia, la Constitución establece la igualdad como principio informador de los derechos que consagra en favor de la familia. El artículo 47 proclama la igualdad jurídica de los cónyuges y el artículo 48 , al prescribir que el Estado reconoce la unión de hecho declarada legalmente, se desprende de esta norma, que la falta de matrimonio no afecta el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia, protege aquellas familias que se han formado sin los requisitos de una unión legalmente constituida y declarada por la autoridad competente.

El artículo 50 del mismo cuerpo legal, dispone la igualdad de derechos de los hijos frente a sus padres, no importando si han nacido dentro o fuera del matrimonio o si son adoptivos. La norma constitucional pues, equipara en derechos y oportunidades a todos los hijos, eliminando así toda discriminación que implique un perjuicio moral o estigma en contra de la dignidad de ellos.

Así las normas constitucionales atinentes a la familia, establecen las bases y principios , sobre los cuales se debe desarrollar el régimen jurídico de la familia, para regular las relaciones entre los miembros de la familia, así como las relaciones de éstos con la sociedad y el Estado.

2. DERECHO DE FAMILIA

2.1 DEFINICION

La familia constituye el punto de partida, sobre el cual se erige el Derecho de Familia, es de hacer notar que el derecho no crea a la familia, solamente la reconoce y disciplina.

Se ha constatado, que las instituciones familiares sobrepasan el dominio del derecho, debido a la influencia que en ellas ejercen la ética, la moral y la religión, en tal sentido el derecho no incide en todas las relaciones familiares, muchas llegan a resolverse con apoyo a criterios morales. Sin embargo, existe la necesidad de que el Estado intervenga para lograr una mayor certeza y estabilidad en las diferentes relaciones del Derecho de Familia.

Tomando en cuenta lo anterior , se exponen algunas definiciones de Derecho de Familia:

Así Ferrara, indica: "Derecho de Familia es el conjunto de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto a terceros."[16]

Belluscio lo define: "El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares."[17]

De las definiciones citadas, se deducen los siguientes elementos: normas jurídicas; regulan las relaciones de los miembros de la familia entre sí y entre éstos con terceros y con el Estado. Se refiere a los diversos momentos de la vida familiar, constitución, organización y disolución de la familia.

2.2 UBICACION EN LA SISTEMATICA JURIDICA

Tradicionalmente el derecho de familia ha sido enmarcado dentro del derecho privado, específicamente en el Derecho Civil; sin embargo el hecho de poseer caracteres propios que le producen una especial fisonomía, ha despertado en algunos juristas la inquietud , sobre si es correcto ubicar el derecho de familia como parte del derecho privado o si quedaría mejor ubicado en el derecho público, o bien si constituye una rama independiente de ambos.

Al existir controversia respecto a la correcta ubicación del derecho de familia, ésta cobra mayor a[illegible], especialmente a partir de las ideas del tratadista italiano Antoni[illegible] Cicu, quien ha atacado la concepción tradicional de que el derecho de familia es parte del derecho privado, de allí surgen las diversas teorías sobre el tema.

A. TEORIA QUE CONSIDERA AL DERECHO DE FAMILIA UNA TERCERA RAMA DEL DERECHO.

Cicu, sostiene en sus obras "El Derecho de Familia" y "La Filiación ", que al derecho de familia no pueden aplicársele los principios generales del derecho privado, ya que el pilar de los mismos, la autonomía de la voluntad, es inoperante en la normativa de las relaciones familiares, pues al analizar su estructura se advierte que en ellas no predomina el interés particular de los individuos sino el interés superior del grupo familiar.

---

[16] Ibid. Pág. 53.
[17] Belluscio, Augusto C. Derecho de Familia. Tomo I. Pág. 29.

Afirma Antonio Cicu, "que la normativa familiar es por regla general de carácter imperativo o prohibitivo, y destaca en ese sentido, que en el derecho de familia, la autonomía de la voluntad juega un modesto papel, pues ella no es eficaz para constituir, modificar, o disolver vínculos derivados de las relaciones familiares, ya que en tales relaciones el centro de gravedad es el deber y no el derecho como ocurre en el derecho privado"[18]

De acuerdo al mismo autor, las normas del derecho de familia se asemejan a las del derecho público y se alejan de las características del derecho privado, lo cual no significa que el derecho familiar pertenezca al derecho público, pues éste es el que regula la organización del Estado. Pero para él, incluir al derecho de familia, en el derecho privado, va en contra del principio más elemental de sistematización científica, pues la relación jurídica familiar posee las características de las relaciones de derecho público, que son: un interés único y superior, y voluntades convergentes a la satisfacción de tal interés; por lo que es partidario de una sistematización del derecho de familia en una categoría intermedia entre el derecho público y el derecho privado, sobre bases autónomas con clara separación del derecho público; luego entonces la bipartición del derecho debe convertirse en tripartición, dando así origen a un tercer género para enmarcar al derecho de familia . [19]

Esta tesis tuvo en su momento una gran repercusión doctrinaria, dentro y fuera de Italia, sin embargo recibió severas críticas, pues tal como lo afirma Borda "parte de una premisa falsa que es la distinción entre el interés privado, el familiar y el público, que lleva a considerar cuál es el fundamento de distinción entre esas tres clases de intereses; y aunque es cierto que hay un interés familiar distinto al estatal y privado, éste no es fundamento para la creación de una tercera rama del derecho."[20]

Posteriormente en los últimos años de su vida el propio Cicu, rectificó su doctrina en un artículo publicado en 1955, en él expresa que: "la ausencia del concepto clave del derecho público; la soberanía, distingue al derecho de familia del derecho público, y lleva a considerarlo más bien como parte autónoma del derecho privado"[21]

B. TEORIA QUE CONSIDERA EL DERECHO DE FAMILIA PERTENECIENTE AL DERECHO PUBLICO.

La legislación de los países que antes integraron el bloque soviético, desarrolló esta tesis a partir del Código de Familia de la ahora extinta Unión Soviética, promulgado en 1918, seguido por los códigos de Familia de Yugoslavia y Checoslovaquia (ahora República Checa y Eslava), Polonia y la República Democrática Alemana (ahora Alemania).

La familia expresa William Riquez, en la filosofía Marxista "adquiere una especial relevancia como núcleo central del desarrollo de la sociedad, y lo que es más importante para el sistema socialista, por considerarla como centro elemental en que debe iniciarse la educación comunista, de modo que arraiguen en niños y jóvenes como hábitos sólidos y permanentes, las normas de la ayuda mutua, del colectivismo, amor a la patria socialista, al estudio y trabajo de la disciplina social y de la fortaleza del carácter."[22]

---

[18] Cicu, Antonio. Citado por Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Págs. 26,27.
[19] Castán Tobeñas, José. Op. Cit. Pág. 58.
[20] Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Págs. 829,830.
[21] Cicu, Antonio. Citado por Belluscio, Augusto C. Derecho de Familia. Tomo I. Pág. 36.
[22] Zannoni, Eduardo A. Op.Cit. Págs. 29,30.

En el Código de la Niñez y la Juventud de la República de Cuba, se establecen estos incipios, y expresa la igualdad de los ciudadanos, el pleno reconocimiento y la posibilidad al del ejercicio de los derechos políticos y la eliminación en el régimen jurídico de la familia, da discriminación de la mujer y de toda distinción inferiorizante entre los hijos, son principios ısicos de la sociedad socialista. Además establece que en el proceso de formación de la ırsonalidad comunista en la joven generación, la familia, los educadores, organizaciones ılíticas y sociales y de masas, deben contribuir en la construcción y desarrollo en los niños y venes , de los valores ideológicos del comunismo. También deben promover en ellos: amor estudio, trabajo, conocimiento, estudio y cultivo del arte, literatura, la dedicación a la causa ıl socialismo y el comunismo, y la fidelidad a la clase obrera, amor a la verdad, y la justicia, s sentimientos de colectivismo, honradez, y limpieza moral.[23]

Esta teoría es criticada por algunos autores, que expresan, que el Estado tiene una ıerencia continua en la vida familiar, los padres actúan frente a sus hijos como simples ılegados del poder del Estado, lo cual va en contra de los más elementales principios de ıertad e intimidad del ser humano.

. TEORIA QUE UBICA AL DERECHO DE FAMILIA DENTRO DEL DERECHO PRIVADO ECONOCIENDO QUE SUS NORMAS SON DE ORDEN PUBLICO.

Gran parte de la doctrina iberoamericana especialmente la argentina, española y exicana, sostienen la pertenencia el Derecho de Familia al Derecho Privado, pero en ıención a sus características propias de orden público.

En las relaciones jurídicas familiares derivadas del vínculo conyugal filial y parental, no ɔera la autonomía de la voluntad, ni la autorregulación de intereses propios como en el erecho Civil, por ejemplo, la regulación jurídica de la familia, va encaminada a satisfacer ıes individuales, familiares y sociales y en tal sentido el Derecho de Familia, esta integrado or normas imperativas o prohibitivas e inderogables, características propias de las leyes de rden público.

El orden público en el Derecho Privado, tiene por función limitar la autonomía privada y vitar que los particulares dicten sus propias normas, en las relaciones jurídicas, así en el ıerecho de Familia el orden público prevalece en numerosas disposiciones como por ejemplo las que regulan las relaciones paternofiliales, las relaciones personales entre los cónyuges, a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual y egoísta del titular, sino ue va encaminado en función de garantizar fines familiares, es por ello que se alude al ıterés familiar, el cual limita en cierta medida las facultades individuales, por lo tanto es ecesario que las normas que regulan las relaciones familiares sean de orden público, para ue no se pierda la realización de estos fines, pero todo esto no significa que el Derecho de 'amilia sea parte del Derecho Público.

Los seguidores de esta teoría coinciden en que la normas de Derecho de Familia, son e orden público, lo cual no implica que deje de pertenecer al Derecho Privado, en lo que no ay consenso, es en cuanto a su permanencia o no dentro del Derecho Civil, es decir, si el)erecho de Familia integra una rama autónoma dentro del Derecho Privado.

). TEORIA QUE UBICA EL DERECHO DE FAMILIA COMO RAMA AUTONOMA

---

[23] Código de la Niñéz y la Juventud, de Cuba. Págs. 5,8,9.

Ante la polémica que genera la ubicación del Derecho de Familia, en una u otra rama de la sistemática jurídica, muchos autores son de la opinión de que el Derecho de Familia es autónomo, pues sus instituciones son tan complejas y especiales, que necesariamente produce sus propias reglas y proyecciones, con una finalidad fundamental que es la protección a la familia.

Una ciencia es autónoma, si reúne ciertas características. como por ejemplo, extensión, instituciones propias y distintas a las de otras ramas del derecho, es decir que la individualicen.

Se han elaborado cuatro criterios para determinar la autonomía de una rama del derecho, los criterios son: Legislativo, científico, didáctico, jurisdiccional.

En materia de Derecho de Familia, algunos tratadistas consideran, que en el Derecho de Familia operan estos cuatro criterios, pues en el aspecto legislativo existen códigos y leyes particulares de familia, que regulan los derechos sustantivos y procedimientos; por ejemplo: Bolivia, Honduras, Costa Rica, El salvador, Colombia, México y Cuba; en cuanto al criterio científico se puede afirmar que existe abundante producción doctrinaria sobre derecho e familia; en el campo didáctico, también se observa que existen muchas escuelas de derecho que incluyen al derecho de familia, como una asignatura independiente del derecho civil, y finalmente en relación al criterio jurisdiccional, en varios países se han creado ya tribunales de familia, con jurisdicción especializada que aplica procedimientos propios, lo que ha producido ya jurisprudencia en materia familiar.

Con respecto a nuestro país, al efectuar el análisis de los cuatro criterios referidos, se puede deducir, que el Derecho de Familia guatemalteco, en cuanto al criterio legislativo, se carece de un código sustantivo específico o particular, que regule a la familia, esta institución se encuentra normada por el Código Civil, formando parte del Derecho Privado, ahora bien, con respecto al criterio didáctico, en los programas de las facultades de Derecho, no lo incluyen como una asignatura particular, son parte del Derecho Civil.

El criterio científico, en nuestro país, se han realizado muchas investigaciones, trabajos, relacionados al Derecho de Familia, y en cuanto al criterio jurisdiccional, se cuenta con una ley específica, que se denomina Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley número 206, Por medio de esta ley, se instituyen los Tribunales de Familia, quienes tienen jurisdicción privativa para conocer asuntos relacionados a la familia, por lo tanto a partir de l974, en nuestro país existen tribunales especializados para conocer y resolver las controversias relativas a la familia. Se puede reflexionar entonces, con lo anteriormente expuesto, que en Guatemala el Derecho de Familia no es autónomo, en virtud de que carece de los criterios legislativo y didáctico.

Como se aprecia, si el Derecho de Familia cumple con los cuatro criterios exigidos, para conceder autonomía a una rama del derecho, entonces se podrá afirmar que éste es una rama autónoma, dentro de la sistemática jurídica.

E. UBICACION DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA SISTEMATICA JURIDICA GUATEMALTECA.

Expuestas las anteriores posiciones sobre la ubicación del Derecho de Familia, en la sistemática jurídica, cabe preguntarse cuál es la ubicación del derecho de familia en Guatemala.

Del análisis de las diferentes posiciones, se puede colegir que el Derecho de Familia en nuestro país, pertenece al Derecho Privado, y específicamente forma parte integrante del Derecho Civil, y las normas que regulan las relaciones jurídicas familiares, forman parte del Código Civil, por lo tanto se deduce que no pertenecen al Derecho Público, y que tampoco es una rama autónoma.

Ahora bien conforme a su naturaleza las normas que regulan a la familia en el código civil guatemalteco, se puede inferir que son de orden público, porque en la regulación de las relaciones jurídicas familiares originadas por el matrimonio, unión de hecho, parentesco, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada en cierta medida, en virtud de que estos preceptos protegen fines familiares, evitando así que los particulares regulen sus relaciones familiares adoptando posiciones egoístas e individuales, por lo cual las normas que regulan a la familia, en el código civil, son irrenunciables, imperativas y prohibitivas, y son preceptos vigentes que se establecen en interés vital de la sociedad.

2.4 ACTO JURIDICO FAMILIAR

La relación jurídica familiar que origina los derechos subjetivos familiares, por regla general se constituye a través de un acto voluntario, que también puede modificar o extinguir dicha relación, a este acto voluntario se le denomina acto jurídico familiar.

Díaz de Guijarro, define el acto jurídico familiar como: "Los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmedito el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares."[24]

Para Belluscio: "El acto jurídico familiar es el acto voluntario, lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas familiares, o crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos subjetivos familiares, en tanto la obtención de este fin por la voluntad de los particulares este admitida por la ley."[25]

Al realizar un análisis, de las definiciones anotadas, se desprende que cuando la finalidad del acto va encaminada a originar, modificar, preservar o extinguir una relación jurídica de carácter familiar, se está en presencia de un acto jurídico familiar.

A. ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO FAMILIAR

Para comprender mejor la integración de los actos jurídicos familiares, dentro del género de los actos jurídicos, es necesario que se refiera a los elementos del acto jurídico, que son sujetos, objeto y forma, los cuales en el derecho de familia tienen singulares características que confirman su especialidad, pero no su autonomía, de la noción del acto jurídico en términos generales.

---

[24] Díaz de Guijarro, Citado por Ferrer, Francisco A. Enciclopedia de Derecho de Familia. Pág. 80.
[25] Belluscio, Augusto. Citado por Ferrer, Francisco A. Op.Cit. Pág. 80.

Cuales son estas singularidades que presenta el acto jurídico familiar, por ejemplo en cuanto al sujeto: la capacidad para celebrar actos familiares, y los vicios que afectan el consentimiento , son regulados de forma diferente a los demás actos jurídicos.

En relación al objeto del acto, cabe señalar que la ley determina el contenido y efectos del acto y no pueden ser modificados por la voluntad del individuo, pues la normativa familiar es de carácter imperativo. Así se tiene que la licitud del objeto de la causa del acto, son regulados en forma especial, tomando en cuenta que los derechos y deberes familiares son intransferibles, indelegables y que no admiten modalidades.

En lo relativo a la forma: la mayoría de actos jurídicos familiares se rodean de formalidades, para proteger su celebración de vicios, que afecten su validez, dada la importancia que tienen dentro de la sociedad los actos familiares.

Por otra parte la tendencia actual en las demás ramas del derecho, es suprimir al máximo las formalidades para facilitar la ejecución de actos jurídicos, y en el derecho de familia se puede decir que se ha establecido un principio de solemnidad , el cual viene a ser complementado con un sistema de publicidad a través del Registro de todos los actos y hechos que hagan nacer, modificar o extinguir relaciones jurídicas familiares o el estado de familia de las personas.

B. CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS FAMILIARES

Estos se pueden clasificar en atención a diversos criterios, así:

-Personales y Patrimoniales:

Ya sea que su contenido tenga o no carácter económico. Entre los personales se tienen, el reconocimiento de hijo, el convenio sobre el cuidado de hijos menores. Son patrimoniales, por ejemplo, los convenios de liquidación de los regímenes patrimoniales del matrimonio, la constitución del patrimonio familiar.

-Unilaterales y Bilaterales:

Según sea que para su nacimiento se requiere la voluntad de una sola persona, o la de dos o más. Es unilateral, el reconocimiento de un hijo, es bilateral el matrimonio.

-Solemnes y no Solemnes:

Son solemnes los actos familiares cuyas formalidades son condiciones necesarias para la existencia y validez del acto por ejemplo el matrimonio. Son actos no solemnes, aquellos cuyas formalidades son requisitos de prueba del acto, por ejemplo el reconocimiento de hijo no matrimonial.

-Declarativos o Constitutivos:

Son declarativos cuando solo reconocen un estado de familia preexistente, como por ejemplo, reconocimiento de hijo, declaración legal de la unión de hecho; y son constitutivos, cuando crean un nuevo estado de familia, como el matrimonio y la adopción.

CAPITULO III

ANALISIS DE LAS IMPLICACIONES JURIDICAS QUE GENERAN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL DERECHO DE FAMILIA GUATEMALTECO.

PLANTEAMIENTOS INICIALES.

Con las diferentes formas de fecundación que se abordan, surgen diferentes tipos de ación humana, de la familia originada en el Derecho Romano. Se trata indudablemente de aciones de carácter familiar que no pueden desconocerse y están llamadas a tener nsecuencias jurídicas.

Sin duda la realidad social que constituye la base del mundo de las normas jurídicas oluciona constantemente, con más o menos aceleración e intensidad, y se acepta que la olución de la realidad social del Derecho de Familia ha sido verdaderamente abrumadora en enos de una generación, y este cambio social va unido a los enormes avances científicos en ateria genética.

Se ha expuesto que la familia en una institución real y social, que cumple un cometido encial en la vida del hombre y que como tal está sujeta a una serie de normas y sposiciones que constituyen el Derecho de Familia, y por la complejidad de las relaciones ie nacen y evolucionan en el mundo moderno, el Estado a través de su legislación tiene que anzar más en la regulación de la vida familiar; especialmente con los adelantos de la encia , surge la necesidad de que la legislación , se ponga a su mismo nivel. En la misma rma en que la ley ha tenido que normar otros aspectos de la vida que antes estaban fuera

de la regulación jurídica, hoy en día se tendrá que entrar a estatuir necesariamente, en este caso se justifica dicha intervención por el objetivo de la preservación de la especie.

Las normas relativas a la organización de la familia aludidas, son de orden público, y las que se adopten para establecer las pautas de estas nuevas modalidades de reproducción, también tendrán que serlo. Ejemplo de ello, es un punto que no es solamente ético, sino de orden público, como lo constituye la prohibición de la experimentación de células humanas con células de otras especies, lo cual vendría a crear homínidos o monstruos cuya existencia pecaría contra todas las leyes naturales.

La familia como célula social, ha ido sufriendo paulatinamente una desintegración, extremo que ha centrado la atención de sociólogos y legisladores, que buscan afanosamente reintegrar este organismo a sus principios y lineamientos tradicionales, por ello los Estados han puesto especial cuidado para proteger esta institución, actualizando los medios que ayuden a fortalecerla y conservarla, por tanto es necesario que dentro de las políticas de los Estados, incluido el guatemalteco, la regulación de las nuevas técnicas de reproducción, sea un hecho que permita a las parejas que naturalmente no han logrado crear una familia, hacerlo, dentro de las limitaciones que para la aplicación de las técnicas se impongan. Es de tomar en cuenta que a pesar del desarrollo y aplicación de las mismas, deben ser sujeto de un profundo estudio , además se deberán limitar las manipulaciones que atenten contra la esencia y dignidad humana, sin embargo estas limitaciones no deben ser en ningún momento obstáculo para su aplicación, en razón de lo grandioso de su cometido, como lo es el nacimiento del ser humano.

En tal sentido, se ha de tener presente que un correcto y prudente estudio de estos nuevos procedimientos de reproducción, imponen al intérprete una valoración, por lo cual no sólo debe observarlo desde una dimensión biomédica, sino que también debe realizar una interrelación antropológica, psicológica, jurídica y fundamentalmente la concepción ética; es decir qué principios deben inspirar estas prácticas, de tal forma que una respuesta omnicomprensiva del fenómeno que se analiza, no debe en ningún momento obviar los aspectos que se mencionan, y especialmente las consideraciones morales o éticas donde se encuentra con la vida humana como principio programático a respetar.

No debe entonces olvidarse que la persona constituye el centro de todos los valores, y que la dignidad de la persona o en fase de serlo, es el punto medular desde el cual debe dilucidarse cualquier conflicto de valores, en tal sentido el propio texto constituyente guatemalteco, consagra como principios informadores, tanto la protección de la persona (art. 1), como el derecho a la vida (art. 3). Por consiguiente al hablar de la persona -ser humano- como el punto central, de estas técnicas de reproducción humana, se resuelve el conflicto de intereses que pueda surgir, ya que este análisis permite arribar a la conclusión que el embrión merece el respeto que proclama la constitución, ya que es un ser humano en potencia, en desarrollo, y por lo tanto tiene derecho al nacimiento y por ende al rechazo lógico de la destrucción de embriones, al constituir éstos vida humana merecedora de tutela jurisdiccional.

En este sentido expone Lledó Yagüe: "... tenemos que preguntarnos si las nuevas técnicas genéticas contribuirán al fortalecimiento de la familia o por el contrario, se corre el riesgo de incurrir en un fenómeno de desnaturalización al permitirse la fecundación a cualquier precio, como, asimismo, la comercialización de gametos y embriones, con fines meramente lucrativos, obviando los graves conflictos de intereses que se hallan en juego decantándose o poniendo énfasis en alguno, cual es el deseo a ultranza en la consecución de

la maternidad, en demérito de otros, como es el interés del hijo que va nacer (*in fieri*) , en una relación familiar dual, en consideración a un padre y a una madre en potencia."[26]

Por ello, la regulación de estas técnicas es impostergable, y para que se lleve a cabo es necesario efectuar un análisis profundo, no olvidando que la dignidad del ser humano es el punto de partida para resolver cualquier cuestionamiento, conflicto de valores o diarquía de derechos que se pueda presentar. En conclusión es necesaria la regulación legal de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana, tomando siempre en cuenta que su finalidad es corregir una patología, es decir solucionar problemas de infertilidad en la pareja, por lo tanto en primer término se debe resolver el problema atinente a su utilización, resuelto éste, se debe inevitablemente discutir quienes pueden ser los destinatarios de éstas técnicas.

Estos planteamientos iniciales, presentan una visión general sobre el tema que se analiza, por ello es prudente efectuar un análisis en forma particular y concreta, sobre las implicaciones jurídicas que son generadas por estos procedimientos de fertilización asistida, en las principales instituciones que forman parte del Derecho de Familia.

2. SOBRE LA PERSONA.

El derecho civil anglosajón y el derecho civil romano, plasmaron la intangibilidad del cuerpo humano, y consideraron que éste no podía estar sujeto a ninguna clase de comercialización. Pero con el correr de los últimos años dichos conceptos han variado sustancialmente.

Acaso no se comercia a diario el semen, los óvulos, la sangre y los ojos humanos?

Sin embargo la tendencia es considerar que el cuerpo humano está fuera del comercio y que la entrega de parte de él, renovables o no renovables, debe ser en forma de donación.

Pero la interrogante medular es: ¿Qué ocurre con los embriones humanos?

Es innegable que el derecho civil, generalmente establece unas reglas de la vida, del que está por nacer y sus derechos patrimoniales.

Luis Leal Dávida, expresa en este sentido: "La religión considera que hay vida desde el momento de la concepción. La filosofía de la Edad Media desarrolló la teoría de la animación del *fetus* , esto es, si la criatura nace viva, se le considera persona desde su concepción, si no, no (humanización diferida). Otra corriente es que sólo es persona desde el momento del nacimiento, y es la denominada humanización del nacimiento. La medicina ha descubierto que sólo hay vida , si hay división celular no antes, y este proceso biológico comienza a los catorce días de la fecundación..."[27]

Marciano Vidal citado por Lledó Yagüe expresa que: "dentro del saber humano, la ciencia positiva (la genética, la embriología) no tienen la exclusiva para determinar el comienzo de la vida propiamente humana. Los conceptos de persona, vida personal, vida humana, rebasan el horizonte especifico de un saber estrictamente positivo. Se precisa la intervención de un saber humano integral, de carácter filosófico."[28]

---

[26] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 21.
[27] Leal Dávida, Luis Orlando. La Reproducción Artificial Humana Frente al Derecho Civil Colombiano. Pág. 62.
[28] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 80.

Muchos estiman que el embrión debe ser considerado persona desde el momento de su concepción. Algunos le dan vida a los siete días, a los catorce días, y otros en el momento de su nacimiento, este es un asunto en el cual se presentan muchas divergencias y especulaciones.

Natacha Panatt Kyling citada por Luis O. Leal, dice al respecto: "...Hay doctores que sostienen que sólo uno entre cuatro embarazos llega a su término normal y no se puede proteger jurídicamente al embrión más allá de lo que es el curso normal de los acontecimientos; esta opinión es, por supuesto desde el punto de vista de los médicos... De tal manera habría que crear una ficción legal que otorgara al feto un derecho especial, inherente a su condición de ser humano en potencia. Una posibilidad sería la de establecer a su favor una personalidad, pero esta ficción se yuxtapondría con su condición de ser humano; creo que si se adoptara esta idea traería problemas insólitos como, por ejemplo, ese ser al nacer sería continuador de la persona jurídica gameto... Hasta donde he podido documentarme, solo el Estado de Lousiana, Estados Unidos, decidió por ley de su Senado No. 701 de l988, que el embrión tiene personalidad jurídica dese su concepción" [29]

Lacadena, mencionado por Lledó Yagüe expresa respondiendo a la interrogante de cuándo empieza la vida, "...que el ciclo vital empieza en el momento de la fecundación, cuando de la fusión del óvulo y del espermatozoide surge una realidad nueva... Un ser potencialmente nacedero, pero lo más importante y decisivo es que esta vida nueva, es distinta de cualquier otra, tiene intrínsecamente su propia identidad diferente de la vida humana (seno materno que lo sustenta) que porta esta realidad nueva con su propio código o programa genético... Es por tanto una auténtica vida, aunque es una fase de la evolución humana, de la vida misma, una etapa normal *(iustum iter*) no viable por sus propias fuerzas pero que ostenta, *per se* , una potencialidad biológica global y que sólo necesita para completar su desarrollo estar implantado en su medio natural..."[30]

Se adopta en este sentido, la postura en pro del respecto a la vida humana desde el momento preciso de la concepción, porque es una nueva vida surgida, es un individuo humano separado y distinto del padre y de la madre. Un individuo que posee en sí todo lo que es necesario para organizar su propio desarrollo, su crecimiento y diferenciación, si se le garantiza el alimento y el ambiente apropiados, y que esta ambientación sea natural o artificial es una circunstancia accidental al ser en sí. Y efectivamente al regularse la aplicación de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* , deben respetarse los principios inspiradores de nuestra Ley Fundamental, como lo son el respeto a la persona y el derecho a la vida (arts. 1 y 3), preceptos que proclaman que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, y que también garantiza y protege la vida humana desde la fusión del esperma y el óvulo y no después de su nacimiento, ya que la misma da por sentado que desde ese momento surge una vida que es humana, porque así lo dispone su código genético, y que alcanzará su propia individualización al transcurrir las etapas biológicas.

Al confirmar que la Constitución protege la vida humana desde su concepción, y que el resultado de esa concepción es el embrión, es ineludible su protección, por lo tanto es merecedor de la tutela efectiva por parte de los poderes públicos, y tampoco se podrán utilizar los embriones con fines de investigación y experimentación, por ser contrarios al respeto que merece la persona humana.

Cabe señalar, ni el esperma, ni el óvulo, ni el embrión, ni la madre, pueden ser considerados como objetos. Los científicos no pueden manipular sin límites los orígenes de

---

[29] Leal Dávida, Luis Orlando. Op.Cit. Pág. 63.
[30] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 81.

ı vida; porque no se pueden concebir embriones simplemente para investigar, se debe rohibir su comercialización, y la manipulación genética y los diagnósticos genéticos en mbriones procreados *in vitro* .

No se quiere con esto, que se detengan los avances científicos limitando las ıvestigaciones, lo que se busca es definir las fronteras del poder de los investigadores, elimitando si un médico tiene la obligación de poner en práctica, todo lo que la ciencia escubre o sí por el contrario, debe frenar la implementación de avances cuyos fines plantean ıterrogantes jurídicos y producen el desmoronamiento de valores tradicionales.

Relacionado con la persona, el código civil guatemalteco, en el artículo 1, establece: La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, al ıue esta por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en ;ondiciones de viabilidad", analizando el artículo, se observa que se reconoce que el que esta ›or nacer tiene derechos, aunque el texto de la norma no lo exprese categóricamente, se ıfiere del principio constitucional referido, el derecho a la vida, y por ende goza de protección por ello tiene derecho a nacer, además se deduce que cuando se trate de tomar una lecisión en favor del *nasciturus* , debe ser considerado como si estuviera ya nacido, es decir ›l precepto protege la expectativa de vida; en lo referente a otros derechos como los ;ucesorios y patrimoniales, estarán en suspenso, ya que para que pasen a formar parte del ›atrimonio personal del hijo no nacido, es necesario que se cumpla la condición de nacer con ;ignos vitales.

El precepto estudiado no indicó el *status* jurídico del embrión, o *nasciturus* , es decir ıo establece que debe ser considerado como persona, pero del texto constitucional se desprende que merece protección, por cuanto es una entidad humana genéticamente determinada, por lo cual goza del derecho a la vida, y en consecuencia de la protección el Estado. Aunque la concepción se hubiere efectuado en forma artificial, ya que el precepto constitucional no regula que la misma debe ser natural o artificial, porque el embrión *in vitro* también debe gozar de la tutela efectiva y tiene el derecho a desarrollarse completamente en su potencialidad biológica.

Otro de los aspectos que deben ser regulados, es lo relativo a la congelación de embriones y la actividades que quedarían terminantemente prohibidas. El autor Cuyás, referente a estos extremos manifiesta : "La proposición de la ley francesa dice que la conservación de embriones para la congelación o para cualquier otro medio está prohibida; sin embargo podrá ser autorizada por el Comité de Etica competente por razones médicas (cáncer) e interés del hijo o de la madre. Asimismo, el Proyecto de reforma del Ministerio Federal de Justicia alemán, donde la actitud permisiva o prohibitiva contra la crioconservación de embriones se fija en función del fin último para el que se conservan los embriones. En Alemania, la congelación sólo se permite limitada con el tiempo (2 o 3 años), realizándose la posterior implantación tan pronto como sea posible. En el supuesto que la implantación no fuera posible, cabría la investigación sobre ellos con el propósito de hacerles útiles para fines científicos."[31]

La Comunidad Científica Latinoamericana (médicos y biólogos), se reunieron en Chile en l995, con el objeto de crear un documento de consenso, el cual se denomina Consenso Latinoamericano en Aspectos Eticos-Legales, relativos a las Técnicas de Reproducción Asistida, el cual contiene temas éticos que aparecen como más conflictivos, en las discusiones legales relacionadas con las técnicas de reproducción, para que les sirva de

[31] Cuyás, citado por Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 86.

referencia a los legisladores y autoridades en salud, y uno de los temas sobre los cuales se debatió es el referente a la Criopreservación de embriones, en el cual se llegó al siguiente consenso: Para la comunidad científica dos son los cuestionamientos legales y éticos que se derivan de la congelación del embrión; uno de estos aspectos es lo relativo al estado propio del embrión como parte de un camino a ser persona y el otro son los problemas derivados de la detención en el tiempo de un individuo, mientras sus futuros padres continúan sus respectivas evoluciones.

En relación al inicio biológico de una persona la comunidad científica llego al siguiente acuerdo; que el camino a ser persona, se inicia una vez completada la fertilización y establecida su individualidad genética, de esa manera que cada etapa de su desarrollo biológico debe ser tratada con el máximo respeto y permitir la siguiente etapa de su desarrollo. Señalan asimismo que cuando el proceso reproductivo se da en forma espontánea (natural) es muy selectivo, en virtud que de cien embriones el 70% muere porque no llegan anidarse en el útero de la mujer, por abortos clínicos, errores cromosómicos incompatibles con la vida, por ello manifiestan que este proceso en nuestra especie, parece ser ineficiente y concluyen que hay suficiente evidencia que sugiere que el proceso de fecundación es más eficiente cuando ambos gametos, son fertilizados *in vitro* y la mejor alternativa para ofrecer a los pacientes una probabilidad de embarazo equivalente a la natural, y que la congelación permite proveer a la mujer más de un embrión cada vez que ella intenta embarazarse. También expresan que en el proceso de congelación y descongelación el embrión no sufre deterioro de su potencialidad de continuar adelante el proceso de desarrollo.

Se puede inferir que los médicos y biólogos latinoamericanos comparan el proceso reproductivo espontáneo o natural, con el proceso reproductivo asistido o artificial argumentado que si en el desarrollo espontáneo del embrión existe un proceso de selección natural del mismo, (mueren más del 70% por las causas mencionadas), se debe justificar por ese motivo, la selección que opera en el proceso de congelación de los embriones, sobre aquellos que nunca tuvieron el destino reproductivo por carecer de potencia vital, ya que si el proceso reproductivo espontáneo es ineficiente, como entonces no lo será la fertilización *in vitro*.

En cuanto al problema que se presenta en la criopreservación en relación a detener en el tiempo una persona potencial mientras sus futuros padres avanzan cada cambio de estación; concluyen que es difícil prever lo que puede ocurrir en una pareja o en los individuos con el pasar del tiempo. Por ello recomiendan un programa de donación o adopción de embriones que permita encontrar una madre para aquellos que no serán transferidos a sus progenitores, además para minimizar el efecto impredecible del tiempo, se debe restringir el número de embriones a criopreservar acortando el tiempo de espera en el cual el embrión será transferido a su futura madre.

Al respecto la ley española número 35-88 de Reproducción Asistida Humana establece en el artículo 11.1 que "Los preembriones sobrantes de una FIV, por no ser transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años."

Como se puede observar la criopreservación es totalmente aceptada en Alemania, Francia, España y la comunidad científica de Reproducción Humana Asistida Latinoamericana, están de acuerdo con la criopreservación de los gametos y más aún de los embriones, por lo tanto en nuestro país en la futura promulgación de esta ley, debe tomar en cuenta todas las argumentaciones científicas, éticas y jurídicas que existen en torno al tema.

Se considera que en la futura regulación de estas técnicas, se debe crear una Comisión Nacional, o un Comité Nacional de Reproducción Asistida de carácter permanente, que oriente sobre la utilización de estas técnicas, que recopile y se actualice en conocimientos científicos y sobre todo que elabore los criterios de funcionamiento de los centros o servicios donde se realizarán las técnicas. La cual podría estar integrada por representantes del Ministerio de Salud Pública, del Colegio de Médicos y Cirujanos, especialistas en Infertilidad, y por representantes de las asociaciones relacionadas con la fertilidad humana; y dicha Comisión o Comité deberá cumplir sus funciones con base en su propio reglamento.

Se sugiere la creación de dicho órgano, ya que es necesario que se cuente con un grupo de personas, especializadas en la materia que regulen, verifiquen, inspeccionen, autoricen, etc., el cumplimiento de las normas que en el futuro deberán emitirse en relación a la utilización de estas técnicas de reproducción, y especialmente en relación al tema que se desarrolla en este apartado, dicho órgano deberá autorizar el funcionamiento de centros de criopreservación, previo al cumplimiento de los requisitos que el mismo indique. Es importante señalar que para establecer los requisitos para la autorización de éstos centros o servicios, se pueden tener como base o principios rectores los siguientes:

a) Que la autorización de estos centros de criopreservación, deberán tener como finalidad la fecundación humana asistida, y no podrán potenciar la creación de embriones con otro objetivo, que no sea el de su implantación uterina.

b) La congelación de embriones solo se justificará, cuando no hubiere más remedio que realizar posteriores trasplantes en la pareja comitente, debido a un fracaso inicial.

c) Otras de las razones para justificar la congelación sería que la pareja tuviera que sufrir una operación quirúrgica que pueda afectarle decisivamente en su potencialidad para engendrar.

d) La pareja puede manifestar al centro o servicio o su deseo de tener un hijo más en el futuro, para obviar los problemas del tratamiento de la fecundación.

e) Congelar los embriones para donarlos a otra pareja.

En lo relativo a la congelación de embriones para almacenarlo, porque la pareja tiene deseo en el futuro de otro hijo, sería conveniente que la Comisión o Comité establezca, el límite de tiempo dentro del cual deberá someterse al nuevo embarazo; transcurrido el plazo la decisión sobre la utilización del embrión competería al hospital, que deberá estar habilitado para el ejercicio de estas técnicas, bajo las directrices, que indique la Comisión o Comité Nacional.

En relación a la problemática que pudiera presentarse, si antes de implantarse el embrión en la mujer miembro de la pareja sobreviniera, cualquier crisis matrimonial, como muerte, separación, nulidad matrimonial, ausencia declarada, divorcio, muerte presunta declarada o declaración de estado de interdicción, para evitar dificultades sobre quién debe tomar la decisión, en una materia tan delicada (muerte o vida del ser humano), al padre, la madre, o delegarle el conflicto al juez, se sugiere que sea el propio, centro que rigiéndose de nuevo por las pautas de la Comisión, deban decidir en el caso concreto el destino del embrión, intentando siempre cumplir su finalidad, que es el nacimiento, pero nunca investigar con ellos en forma arbitraria.

En cuanto al tema de las actividades de experimentación o investigación del embrión, que deberán quedar terminantemente prohibidas, Luis Orlando Dávida dice: "Así las cosas tarde o temprano, deberá el legislador colombiano expedir un estatuto jurídico del embrión y el feto, para lograr una efectiva protección incluida la penal. El estado colombiano debe reafirmar explícitamente en su ordenamiento jurídico la noción de obligación de prudencia hacia el feto o embrión humano. Así recaerá toda la responsabilidad en la obligación de los terceros de protegerlo, impidiéndose bajo sanción legal, toda la manipulación del embrión, contraria a la dignidad humana y, su destrucción. Se normaría cuales investigaciones médicas serían permisibles; evitando o prohibiendo de entrada, experimentos posteriores a los catorce días desde la fecundación del embrión, y todos los que no tengan un carácter terapéutico (p. ej., obtener clones-seres híbridos, transferencia o alteración de genes) y, en general, la protección del embrión encuadrada en la obligación de los terceros de actuar prudentemente lo protegería de futuras investigaciones imposibles de prever, no sólo por los juristas, sino también por los médicos especialistas en este campo. "[32]

La Ley de Reproducción Humana Asistida española, preceptúa que para realizar experimentaciones o investigaciones en preembriones vivos se autorizará, si se cumplen ciertos requisitos: cuando sea de carácter diagnóstico, es preciso contar con el consentimiento por escrito de las personas que proceden, incluso los donantes; que no se desarrollen *in vitro* más de catorce días después de la fecundación del óvulo; que se realice en centros legalizados, cualificados y autorizados por las autoridades competentes; si se trata de una investigación de carácter diagnóstico en preembriones vivos, debe ser con fines terapéuticos o preventivos. Ahora bien, si se trata de preembriones no viables puede autorizar la investigaciones con otros fines. (art. 15).

El embrión debe ser protegido, y se debe de evitar todo tipo de manipulaciones genéticas que atenten contra su dignidad, y el derecho fundamental que ostentan que es el de la vida, agregando que a nadie se le puede alterar o manipular lo que solo es de uno.

Esto significa que los derechos del resultado de la concepción prevalecen sobre los de los progenitores. En la misma línea la Ley española de Reproducción Asistida Humana, en el artículo 15, llega a la importante deducción que las actividades de investigación y experimentación en los embriones está permitida pero siempre y cuando se cumplan los requisitos que exige la misma, además debe respetarse el derecho a la vida, ya que se permite la manipulación en embriones viables, siempre y cuando no se frene el desarrollo reproductivo, por ello la ley permite cualquiera otra clase de investigaciones, pero sólo en embriones no viables, aquellos que no son susceptibles de implantación, o que no progrese la división celular.

Con base a lo relacionado sobre la actividad de investigación y experimentación en los embriones, se arriba a la siguiente conclusión que en Guatemala en absolutamente imprescindible la regulación legal al respecto, ya que como se mencionó estas técnicas se aplican en nuestro país y al no contar con una legislación que norme lo relativo al *status* jurídico del embrión, los médicos y biólogos guatemaltecos realizan investigaciones y experimentos sin que exista a la fecha forma alguna para verificar, constatar que se observan los derechos constitucionales que el embrión ostenta, por lo tanto la regulación legal al respecto deberá establecer que la Comisión Nacional (que se sugiere crear), sea la encargada de dar seguimiento y control sobre la reproducción humana asistida en nuestro país, y deberá tener como finalidad primordial el dictaminar sobre cualquier actividad científica que lleve consigo una experimentación o manipulación genética; es decir a este órgano le

[32] Leal Dávida, Luis Orlando. Op.Cit. Pág. 68.

esponderá autorizar cualquier proyecto de investigación, desde los procedimientos de pia genética, hasta los procedimientos de investigación impulsados por una concepción arista del avance científico, desconociéndose el material biológico con el que se trabaja, éndose que es una simple cosa, objeto de experimentación, cuando por el contrario por ropio contenido humano, tiene el derecho desde la concepción a la existencia real, sea concebido en forma natural o *in vitro*.

Así la investigación sólo será factible si se constata científicamente la muerte del rión, nunca producida ésta en forma voluntaria. También deberá prohibirse todo *animus andi*, penalizando situaciones tales como aquellas tendientes a la comercialización de los nentos genéticos. Obviamente deberá permitirse la experimentación terapéutica en ción de correcciones de anomalías congénitas al embrión; ya que esta no tiene una lidad destructiva, se respeta la dignidad de la vida humana y su integridad porque se actúa a mejorar su viabilidad, no para dañar su continuidad.

"Cualquiera enumeración de conducta sancionada por la ley respecto al gameto debe considerada solo a título descriptivo, nunca taxativo, ya que la norma jurídica va detrás de ealidad, creando un vacío entre ellas que redundará en incertidumbre jurídica, por un lado, or otro, en situaciones caóticas para la especie humana.[33]"

En ese sentido la protección del embrión debe abarcar desde la regularización de la erimentación permitida hasta la sanción civil o penal, si no se cumple con los requisitos gidos para su manipulación, debiendo los centros médicos correspondientes ser ervigilados, debido a ello se sugiere la creación de una Comisión Nacional o Comité cional, para tener la certeza de que se cumplen las normas establecidas, obligándolos a sentar informes periódicos sobre sus actividades actuales y futuras.

La manipulación genética; la criopreservación y las actividades de experimentación e estigación, requieren no solo una legislación a nivel interno, sino que otra a nivel ernacional, que tenga por objeto coordinar las legislaciones nacionales e impedir que unos Estados se transformen en asilo de ciertas conductas no recomendables en la anipulación genética del embrión.

DESTINATARIOS DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

3.1 PAREJAS ESTABLES CASADAS Y PAREJAS ESTABLES NO CASADAS.

En principio estos procedimientos de procreación humana asistida solo deben ermitirse a parejas casadas, entre otras razones por la propia estabilidad que comporta stitucionalmente el vínculo matrimonial, quien actúa como garante formal de todas las laciones jurídicas que desencadena.

En el centro del problema de los destinatarios de estas técnicas de reproducción sistida, se confrontan dos valores: el primero es el derecho de la mujer, del acceso a su ropia descendencia con o sin concurso de varón, y el segundo aspecto, es el interés del hijo *nasciturus* y si este derecho debe identificarse con la necesaria presencia de dos

---

Ibid. Pág. 69.

progenitores (hombre y mujer), para que el hijo pueda desarrollar su personalidad en una relación familiar completa.

Gafo, citado por Lledó Yagüe expresa: "... en toda esta temática, no solamente debería estar en primer plano el derecho de la mujer o de la pareja a tener una descendencia propia, o cuasi propia, a través de las nuevas tecnologías, sino que algo que debería estar muy en primer plano es **el bien hijo.** Asimismo, en torno a la cuestión de que el desarrollo del niño puede darse muy bien en una familia donde, únicamente, hay un progenitor, opina el autor que, psicológicamente es discutible; en tal sentido, hay psicólogos que subrayarían la gran importancia para todo el proceso de adquisición por parte del niño de una identidad sexual, de la existencia en la familia del doble modelo, el modelo de identidad de su propio sexo, y el modelo de complementariedad del sexo contrario. Es más, se ha argumentado, con buen criterio, que la más moderna psicología y pedagogía es unánime en subrayar el necesario concurso de la pareja (padre-madre), en la educación de los hijos."[34]

En tal sentido se estima que el hijo o *nasciturus*, tiene un derecho irrenunciable y fundamental, el de tener potencialmente un padre y una madre, y en este sentido es primario y no debe prevalecer en la jerarquía de valores el derecho de toda mujer a ser madre, sin que se condicione éste a que exista un padre o pueda haberlo, una posible respuesta a la cuestión recalcaría el acento que la pareja no unida por el vínculo matrimonial no responde a la durabilidad, permanencia y estabilidad que tiene la relación jurídica matrimonial.

No se trata con esto de afirmar que el vínculo matrimonial es sinónimo de estabilidad y que la unión no matrimonial (unión *de facto*), es inconsistente y su durabilidad expuesta a fallar, ya que existen familias o núcleos familiares no generados por el matrimonio y que incluyen no solo a parejas estables no casadas, sino también las madres solteras, el razonamiento que se hace, al respecto, no es así, ya que se incurriría en un error, cuando se afirma que la única categoría jurídica que objetivamente patentiza estabilidad es el matrimonio, no se enfoca desde la óptica de una relación como miembros individuales de una pareja, sino desde un plano de calificación institucional, como categoría jurídica.

El derecho opera con categorías jurídicas y cualquier comportamiento social debe ubicarse en una de ellas, para que esa actuación humana sea reglamentada y se ejerza al mismo tiempo un control por parte del poder público, por lo tanto sería contradictorio que una pareja sin vínculo matrimonial, recurriera a las ventajas que ofrecen las propias instituciones jurídicas de las que voluntariamente han prescindido. Sobre este punto Sancho Rebullida, citado por Lledó Yagüe indica: "que no parece coherente aplicar soluciones legales a quienes han preferido prescindir de la ley para organizar su vida afectiva y sexual. Hay que respetar su libertad pero establecer, también, que se atengan a las consecuencias de su libre opción. Por otra parte, la equiparación de la familia *de facto* a la *iure* me parece peligrosa, al carecer de criterios fijos, objetivos, para acertar en la calificación jurídica, sobre todo para determinar su limitación. Hoy se habla de equiparación de la pareja estable al matrimonio, de una familia natural, como familia paralela a la matrimonial... pero es posible que no se encuentren mañana, razones de peso para negar tal equiparación a la pareja homosexual (ya que se ha incoado la propuesta), a la poligamia o poliandría también estable, o la comuna promiscua, con estabilidad grupal y fungibilidad personal."[35]

Al respecto se debe tener siempre presente que en nuestro país las uniones no matrimoniales son una realidad social, debido a que por diferentes circunstancias; como

---

[34] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 94.
[35] Ibid. Pág. 96.

ignorancia de la pareja, costumbre de la población, irresponsabilidad del hombre, inclusive, la decisión voluntaria de la pareja de no formalizar legalmente su situación, lo cual conlleva problemas sociales como desintegración familiar, problemas económicos, el no cumplir con el deber de proporcionar alimentos, la paternidad irresponsable, en virtud que el Estado no puede ejercer el mismo control que se ejerce sobre las familias generadas por el matrimonio, por ello nuestra ley fundamental proclama que el Estado debe promover la organización de la familia sobre la base legal del matrimonio (art. 47).

Con lo señalado no se afirma que sólo las familias cuyo fundamento es el matrimonio, pueden ser considerados como familias desde el punto de vista formal o legal, ya que no se exige el vínculo matrimonial para establecer una familia, porque sin contar con ello, la familia puede gozar de la protección social, jurídica y económica que brinda el Estado, pero el grado de protección de estas diversas familias es divergente por ejemplo en relación a los derechos sucesorios, no es la misma que se deriva de la unión matrimonial y la no matrimonial, ya que el conviviente supérstite no tiene derecho en la sucesión intestada, tampoco en vida están obligados a vivir juntos, a guardarse fidelidad, ni socorrerse mutuamente y tampoco hay en ningún caso obligación de alimentos entre los convivientes, es decir , que en cuanto a las relaciones internas de la pareja difiere el grado de protección y reconocimiento según la pareja forme una familia matrimonial o no vinculada matrimonialmente, tanto en la esfera de sus relaciones personales, obligaciones y derechos de los cónyuges y la de los convivientes, como en los efectos patrimoniales, (no habrá un régimen económico). Pero en lo concerniente a las relaciones paterno-filiales donde la condición filiacional matrimonial o extramatrimonial, en nada perjudica el grado de protección y reconocimiento de los hijos por razón de su nacimiento, teniendo los padres casados o no las mismas obligaciones con respecto a sus hijos y sus funciones tutelares, como lo establece nuestra Constitución, todo los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismo derechos. (art. 50).

En conclusión, si se acepta que los destinatarios de estas técnicas, fueran parejas heterosexuales estables casadas o no, que padecieran una esterilidad irreversible, resultará que en el primer caso, los cónyuges están situados en un plano de igualdad, tanto personal como patrimonial, lo cual contribuirá a una objetiva estabilidad del hijo, insertado en una relación familiar reforzada por el vínculo matrimonial, que desencadena derechos y obligaciones recíprocas y exigibles, sin embargo tratándose de parejas no casadas, pero estables, no se pueden exponer las mismas conclusiones , ya que no hay obligaciones, ni deberes jurídicos, que tuvieran que cumplir los componentes de la relación, exclusivamente entre los miembros de la pareja, no en cuanto a los hijos, ya que independientemente de la filiación tienen derecho a una protección legal integral, en este sentido fallar desde un plano jurídico la estabilidad, consistirá en la valoración jurídica de dicha situación y se deberán obtener los criterios suficientes para medir objetivamente la durabilidad y permanencia de la unión, por lo cual se sugiere que sea la autoridad judicial quien juzgue la estabilidad y que sean los propios interesados los que deben probar su unión estable, y el juez debe acreditarla, no el médico responsable, además se sugiere que se realicen los pertinentes exámenes psicológicos, y como también sería necesario como requisito imprescindible acreditar un tiempo mínimo de unión.

Respecto a este punto, es importante hacer mención que en nuestro país, existe una figura jurídica denominada unión de hecho, a la cual pueden acceder las parejas estables no casadas, cuando tomaren la decisión de declarar ante el alcalde de su vecindad o notario para que esa unión de hecho produzca efectos legales, para ello deberán probar que existe un hogar y que su vida en común se ha mantenido constantemente por más de tres años, cumpliendo con los fines de procreación (en su caso), alimentación, educación de los hijos y auxilio recíproco, en resumen deberán probar su estabilidad ante el juez o notario. Por lo

tanto con esta figura jurídica, las parejas no casadas que deseen hacer uso de estas técnicas de reproducción asistida, podrán además de demostrar su estabilidad al solicitar al juez o notario que declare su unión legal, podrán obtener autorización judicial para la utilización de los procedimientos de reproducción asistida. Pero el problema surgirá cuando la pareja estable no casada, no desee formalizar su situación y ello deberá respetarse en aras de la libertad, la forma y manera en la que los sujetos eligen voluntariamente la unión, por lo que no podría el Estado obligarles a institucionalizar su situación, pero si al cumplimiento de mínimas exigencias jurídicas, para poder demandar del Estado su colaboración, como sería autorizarlos para que puedan recurrir a los procedimientos de reproducción asistida humana.

Al respecto la Ley de Inseminación Artificial sueca, establece en su artículo 2o. que "La inseminación debe llevarse a cabo únicamente si la mujer está casada o convive con un hombre en una relación análoga al matrimonio".

Asimismo la Ley de Reproducción Asistida Humana española, dispone que las usuarias de las técnicas, podrá ser toda mujer, siempre que haya prestado su consentimiento de manera libre consciente, expresa y por escrito, además establece que deberá tener 18 años y plena capacidad para obrar. (Art. 6), el mismo no hace mención si la mujer debe estar casada o no, por lo tanto se deduce que pueden ser usuarias de estas técnicas las mujeres solteras o casadas.

Es conveniente en este apartado exponer el informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana que cita Lledó Yagüe, el cual fue presentado al pleno del Congreso español, el cual decía: "Que la pareja estable debía ser el ámbito necesario en el que se realicen estas técnicas de procreación, no porque se haga una defensa a ultranza de la familia y del matrimonio, sino pensando en los hijos que van a nacer, que deberían ser engendrados en el sentido humano más amplio posible, es decir, en pareja heterosexual estable."[36]

Se estima que lo relevante en esta cuestión, es incidir en la necesidad de que el hijo tenga derecho a un padre y una madre. Por lo tanto se sugiere que los destinatarios de estas técnicas sean las parejas unidas por el vínculo matrimonial o las parejas unidas de hecho declaradas legalmente. Asimismo relacionada con el derecho que tiene un hijo a una madre y a un padre, se desarrollará otro de los problemas relacionados con los destinatarios de la técnicas de reproducción asistida y es el aspecto en cuanto a la conveniencia de que la mujer sola acceda a estos procedimientos, se sugiere descartar definitivamente el permitir que el varón solo utilice estas técnicas, en virtud que se recomienda la no admisibilidad de la maternidad subrogada, ya que éste sería el método que podría utilizar.

3.2 MUJERES SOLTERAS

Sobre esta cuestión existe mucha polémica, como podemos observar en las leyes citadas, en la Ley sueca, por ejemplo, solo se autorizan como destinatarios a parejas unidas matrimonialmente y parejas que convivan, no a mujeres solas, no así como se desprende de la Ley española, la cual sí permite que ellas sean receptoras de estos procedimientos, en virtud de lo señalado , cabe preguntarnos si sería procedente admitir su licitud en nuestro país, y en caso de admitirse cuáles serían las condiciones para que la mujer sola pueda recurrir a estos procedimientos.

Para responder a lo anterior es necesario remitirse a una cuestión importante la cual consiste en saber cuál es la finalidad de las técnicas de reproducción humana asistida, es

---

[36] Ibid. Pág. 107.

r tienen exclusivamente una finalidad terapéutica, cual es remediar la esterilidad ersible de cualquiera de los miembros de la pareja casada o no estable , o si ampliado es método de fecundación alternativo, evidentemente como quedó plasmado, su motivación lantear una solución a la esterilidad, no la fertilización natural, y que admitir esta segunda etura, supone una desnaturalización de lo que debe ser su correcta utilización, es decir el ido deontológico, además si se conceptúa como medio alternativo de generación, daría difuso el destinatario *ad hoc* (pareja heterosexual estable, casada o no), ya que se ría ampliar su utilización a otros grupos familiares, como uniones homosexuales o ianas, con lo cual es sensato y se confirma en el derecho extranjero que su finalidad es péutica.

Así, la Ley de Reproducción Humana Asistida española, preceptúa que la finalidad de ıs técnicas es la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación. . 2).

En este artículo se establece en que circunstancias se debe aplicar la Ley y el por qué a aplicación, se dice que las técnicas de reproducción tienen como finalidad fundamental ctuación médica ante la esterilidad humana. Ya se ha puesto de manifiesto es distintas siones que se aceptan las técnicas de reproducción como remedio a la esterilidad humana n prevención a tratamientos de enfermedades de origen genético o hereditario, pero al ɔducir el legislador la palabra "fundamental" está dando posibilidad de que se puedan zar estas técnicas de reproducción humana a otros supuestos distintos de los señalados, ıo son la mujer sola, en sus diferentes vertientes, y la inseminación *post mortem*.

En ese sentido la recomendación 934 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de opa de 1982, considera que el derecho a la vida y la dignidad humana están garantizados la Convención de los Derechos Humanos, y que este derecho no debe oponerse a la ısta en marcha de aplicaciones terapéuticas de la ingeniería genética para el tratamiento enfermedades transmisibles genéticamente y que conviene elaborar reglamentos dirigidos ɔroteger a los individuos, de la aplicación de las técnicas con fines no terapéuticos. ımerales I, III y IV)[37]

Asimismo, las Recomendaciones del Comité Etico francés, relativas a la práctica de la undación *in vitro* como solución a la esterilidad, sugiere que este método solo pueda ser icado médicamente para las parejas que sufran de esterilidad, tengan una relación estable fectiva y deseen realmente ser padres. [38]

En suma se puede concluir su función terapéutica, se establece la fecundación nana asistida como una opción, una alternativa ante un proceso patológico irreversible de ɜrtilidad en la pareja, es obvio que la finalidad del procedimiento no es curar la esterilidad la pareja. Relativo a este aspecto Lledó Yagüe expone "... excluimos del ámbito de icación del procedimiento al miembro individualizado de la pareja hembra y/o varón que ɜtendieran acceder a dichas técnicas. Esta postura, a mi entender no es discriminatoria, *per* y, por ende inconstitucional, sino que el razonamiento debemos enfocarlo atendiendo al ɜrés supremo que debe presidir la actuación legitimadora de las técnicas, que no es otro e el bien del hijo que tiene derecho, *ab initio*, a integrarse a un grupo familiar compacto e ɜgral y vincularmente cohesionado, en el cual desarrolle su personalidad, con el modelo de ıntidad sexual (madre y padre). Pretender lo contrario supondría atender un deseo de ternidad y/o paternidad utilizando al hijo como un objeto, instrumentalizado a las

---

Chehade Aguap, César Alfredo. La Inseminación Artificial y la Fecundación *In vitro*: Nuevos Desafíos para el recho Civil Chileno. Págs. 96,97.
Ibid. Págs. 78,79.

preferencias personales de los peticionarios, y no considerando al hijo como una finalidad co individualización propia".[39]

Ramón Herrera, igualmente expresa: "Entiendo la mujer no casada, es decir soltera, todas aquellas que aun sin ser solteras no estén unidas en matrimonio como son las viudas divorciadas y separadas de hecho, no deben de tener derecho a la utilización de las técnica de reproducción a no ser que demuestren que no pueden tener hijos por medios naturales porque considero que la reproducción asistida tiene por finalidad la actuación médica ante l esterilidad, como preceptúa el artículo de la Ley, y no en todos aquellos supuestos en que l mujer no quiera tener contacto sexual con un varón porque le repugna, vgr. las lesbianas."[40]

Por ende al constituir la razón de la utilización de estas técnicas de reproducció asistida, una función terapéutica, al admitirse será para solucionar la esterilidad incurable irreversible, en tal caso no podrá recurrir a éstas la mujer que no fuera estéril sin curación, co lo cual deberá probarse la infertilidad o esterilidad, es decir la imposibilidad cierta de embarazo, en el supuesto que se llegase a admitir que la mujer sola recurriese a esta técnicas. En esta cuestión podría acudirse al principio de igualdad constitucional (Art. 4), par aplicarlo a este problema y colegir que se incurriría en una flagrante discriminación, pero est valor programático considerado en la norma constitucional, se reduce al existir un confrontación de dos valores, que si el derecho a tener hijos, a ser madre, puede prevalece frente al del *nasciturus*. El derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto que por ende pueda exigir su cumplimiento al margen de cualquier consideración social, e decir sin tomar en cuenta el bien de otros, entre estos merece especial atención la protecció del niño que va nacer; el cual tiene derecho a integrarse a un grupo o relación familia completa, con base a su propia identidad sexual, se estima que el derecho de la mujer a se madre no puede prevalecer sobre el del propio hijo a tener un padre, no tanto progenitor; y n es válido razonar que la propia realidad manifiesta la conveniencia de la separación familia en beneficio del hijo, ya que no existe analogía, ya que en este sentido el derecho reaccion ante estas situaciones, el divorcio por ejemplo, posteriormente, y el padre y la madre tienen y funciones definidas que no pueden ignorar, es decir tienen derechos y obligaciones.

En este aspecto Ramón Herrera considera que: "En la Declaración Universal de lo Derechos Humanos se dice, en el art. 1: Todos los seres humanos nacen libres en igualdad derechos...", y en el 25-1 se afirma: La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidado especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de él, tienen derecho a igua protección social", y qué duda cabe que el niño nacido de estas técnicas, cuando no tien padre legal, se encuentra en inferioridad de condiciones y derechos que uno que nac conociendo a ambos progenitores..."[41]

En virtud de lo anterior, se debe reflexionar detenidamente sobre este tópico, ya qu de admitirse en mujeres solas la utilización de estos procedimientos, deberán comprobars que la mujer se encuentra en las mejores condiciones para socializar, educar y forma integralmente la personalidad del *nasciturus* , en un contexto familiar que no dañe su propi identidad, y cuestión importantísima, será que la mujer no ostente lesbianismo, ya qu psicológicamente, puede ser perjudicial para el hijo verse integrado en una relación familiar e la que existe una desviación sexual, como el lesbianismo, y se agrega el homoxesualismo porque también el futuro niño sufrirá las mismas consecuencias si fuese integrado en un relación familiar homosexual.

---

[39] Lledó Yagüe. Francisco. Op.Cit. Pág. 111.

[40] Herrera Campos. Ramón. La Inseminación Artificial. Aspectos Doctrinales y Regulación Legal Española. Universidad de Granada. Pág. 32.

[41] Ibid. Pág. 33.

Leal Dávida , respecto a la madre soltera expone: "No es que se pretenda criticar sin sentido alguno a la madre soltera y buscar su erradicación. No. Pero también debemos luchar por anteponer el interés colectivo al interés particular... Se llegaría al absurdo de la negación de la familia, concebida como padre, madre e hijos. La base cultural de la sociedad estaría resquebrajada... El nacimiento de un hijo, de una mujer, en ese estado civil, debería ser prohibido por el legislador civil y el médico que tal práctica realizare incurriría en responsabilidad por mala práctica de la medicina... Obviamente la situación del hijo sería aberrante, madre soltera o viuda con padre anónimo; sin posibilidad alguna que el hijo buscara su filiación y la madre pudiese demandar alimentos... "[42]

Sobre esta cuestión el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de Registros y Notariado, citado por Lledó Yagüe, expresa: "Se piensa que no ha de instrumentalizarse la personalidad de los futuros hijos para satisfacer intereses sentimentales, si el ambiente en que el hijo ha de nacer no es el adecuado para el desarrollo de la personalidad del mismo. El ambiente adecuado es el que proporcionará la pareja completa estable constituida legalmente en matrimonio."[43]

Como se observa Leal Dávida, Ramón Herrera, y el Grupo de Trabajo de la Dirección General de Registros y Notariado español , adoptan la postura, en la cual anteponen el bienestar del *nasciturus* , es decir el derecho que tiene el hijo a formar parte de un relación familiar integral, al derecho que tiene toda mujer a ser madre, porque se instrumentaliza al hijo, quien será un medio y no un fin individualmente considerado, por lo que como se reflexionó debe prevalecer el interés del hijo, además porque la forma tradicional en que esta integrada la familia, es la más sensata, por la importancia que tiene como cimiento cultural de la sociedad.

Otro aspecto sobre el cual debe reflexionarse, es en cuanto a la analogía que suele establecerse entre la situación de la mujer sola que acude a las técnicas de fecundación asistida y la mujer sola que según nuestro Código Civil (Arts. 228 y 234), puede acceder unilateralmente al vínculo adoptivo en su favor.

Efectuando el análisis pertinente se deduce que no existe tal analogía, efectivamente nuestra legislación establece que una sola persona puede constituir este vínculo adoptivo, en la cual no se establece mayores requisitos. Es procedente entonces, establecer algunas diferencias entre la fecundación asistida y la adopción, en cuanto a su utilización por parte de mujer sola, (sin constituir pareja estable), en cuanto a la maternidad en la fecundación asistida, lo es desde el punto de vista biogenético, y por el contrario en la adopción la maternidad es psicoafectiva, además en la fecundación asistida se vive directamente el proceso de gestación, en cambio en la adopción es una relación de filiación cuyo soporte es eminentemente sociológico y voluntario por parte del adoptante.

Además un aspecto muy importante, la adopción lo que intenta suplir son las deficiencias de una filiación de alguien que existe, que no es *concepturus*, es decir que el contexto familiar en el que está insertado aquél, es negativo para su formación y desarrollo integral, el derecho tiene que reaccionar intentando equipararla a la que en condiciones normales disfruta cualquier hijo que se beneficie de una filiación formal y consolidada, es decir la filiación adoptiva suple las deficiencias de una filiación irregular existente, equiparándola a la filiación por naturaleza.

---

[42] Leal Dávida, Luis Orlando. Op.Cit. Págs. 58,59.
[43] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 116.

En relación a estas diferencias, Hortal Alonso, citado por Lledó Yagüe indica: "La diferencia fundamental radica en que, aquí (fecundación asistida humana) se programa para un niño la situación que en los otros casos (adopción), se produce como remedio a una situación previa."[44]

Por lo tanto no es lo mismo solucionar un problema real, la situación de un hijo que intenta mejorar su posición personal, por tener progenitores con problemas de alcoholismo, drogradicción, prostitución, o es menor abandonado, sin nadie que le asegure su guarda, alimento y educación, que crear deliberadamente para el *nasciturus* un vínculo parcial. En el primer caso es mejor que alguien solo adopte al hijo ya nacido, que vive en tales circunstancias, porque siempre se beneficiara su situación; en cambio en la fecundación asistida es distinto, se condena al hijo a una orfandad programada y planificada por la voluntad del sujeto.

Por lo tanto en la institución de la adopción se intenta buscar siempre la conveniencia del adoptado, y por lo cual el juez debe valorar los intereses del adoptado, examinando las circunstancias de cada caso. Finalmente para adoptar no es *conditio sine que non* no tener hijos, sin embargo en las técnicas de fecundación asistida humana, la finalidad es remediar la esterilidad irreversible, su función es terapéutica, por lo tanto se debe considerar como un medio de procreación alternativo para parejas estériles o no, o sujetos sin formar pareja, porque se obviará el interés del hijo, el que debe tomarse muy en cuenta cuando se regule dichos procedimientos en nuestro país.

4. SOBRE LA FILIACION

Hernán Corral, define la filiación como: "la relación entre dos personas, de las cuales una es padre o madre de la otra.. Tal relación nace de un hecho natural que acompaña al hombre desde su aparición sobre la tierra: la generación o procreación, por medio de la cual se perpetúa la especie."[45]

Se puede definir entonces la filiación como el vínculo jurídico entre procreante y procreado, es decir el lazo natural que une a un hijo con su padre o con su madre, sus progenitores, e indica la relación jurídica que media entre progenitores e hijos.

En este sentido César Chehade, expresa: "que la Nueva Enciclopedia Jurídica española define a la filiación como: Aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con otra". [46]

Según esta definición, la filiación es un estado, a diferencia de la anterior, que la considera como un vínculo, y éste se entiende, es un lazo que une a un hijo con sus progenitores, por lo cual se encuentra frente a una definición de filiación en sentido estricto, ahora bien cuando se define como un estado, se está ante una definición en sentido amplio, ya que este estado otorga al individuo una posición especial ante un ordenamiento jurídico. Pero existe un aspecto en el cual se considera que no existe divergencia, y este es en cuanto a las consecuencias jurídicas que ambas generan, ya que se defina la filiación como vínculo jurídico o estado jurídico, sus efectos legales no variarán, ya que los dos dan origen a

---

[44] Ibid. Pág. 117.

[45] Corral Talciani, Hernán. Ponencia Sobre la Configuración de un Derecho a Conocer la Identidad del Progénitor Biológico. VII Congreso Mundial Sobre Derecho de Familia. El Salvador 1992. Pág. 1.

[46] Chehade Aguap, César Alfredo. Op.Cit. Pág. 45.

tiples relaciones de derecho, que concenden facultades y originan obligaciones entre creante y procreado y esta filiación se haya fundamentalmente asentada en la relación ural de procreación y solo mediante la adopción se puede obtener tal estado.

El ordenamiento Civil, guatemalteco establece tres clases de filiación según el caso:

Filiación Legítima o Matrimonial:
La cual se apoya en la generación y el vínculo matrimonial. (Arts. 199 al 208 Código il).

Filiación Ilegítima o Extramatrimonial:
Apoyada siempre en la generación, pero que los hijos sean producto de relaciones idas fuera del matrimonio. (Art. 209 al 227, Código Civil).

Filiación Adoptiva:
En la cual no existe generación, y surge por el vínculo adoptivo. (Arts. 228 al 251 digo Civil).

La filiación legal de cada hijo será establecida mediante un simple proceso de sunción dentro de las normas preceptuadas, es decir la filiación será matrimonial si el hijo ce dentro del matrimonio y extramatrimonial si el nacimiento se produce en el ámbito de la eja estable no casada, y esta es la postura adoptada por las legislaciones extranjeras en anto a determinar la filiación de los hijos nacidos mediante la utilización de los cedimientos de procreación asistida, al respecto la Ley de Reproducción Asistida Humana España dispone: "que la filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción stida se regulará por las normas vigentes" (Art. 7). Se observa entonces que la forma de ablecerla no varía, pero la misma preceptúa que deberán tomarse en cuenta las normas ntenidas en las leyes especiales.

Como se ha mencionado la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, ocian el elemento genético, del elemento biológico, en el origen o nacimiento del ser mano, debido a que la utilización de aquéllas técnicas posibilita que el nuevo ser éste tado de un patrimonio genético correspondiente a distintos progenitores, que al final no sultan ser sus padres formales, aquellos que jurídica y socialmente asumen dicha función.

Diez Picazo, citado por Lledó Yagüe, replantea el concepto de filiación en sentido ídico, y según el autor, "desde hace unos diez años se esta imponiendo para la filiación un ntimiento cultural que desplaza el sentido biológico."[47]

En el mismo sentido Hernán Corral, hace referencia a lo que exponen en su obra ancisco Rivero, La Cruz y otros, y ellos dicen: "Esta eventual disconformidad entre hecho y recho en la relación filial, ha dado pie para que se forjen dos grandes concepciones de la ación en cuanto fenómeno jurídico: por una parte tenemos la concepción realista, que vilegia por sobre todo el dato natural de la procreación y que propugna la más plena entificación posible entre generación biológica y paternidad o maternidad jurídicas. En el tremo opuesto, la concepción formalista de la filiación parte de la afirmación de que aternidad y maternidad no provienen exclusivamente del hecho de la procreación y que isten otros elementos que deben ser valorados por el ordenamiento para configurar la lación jurídica de la filiación, aún en ausencia del vínculo sanguíneo: componentes ectivos, morales, psicológicos, sociológicos, etc. "[48]

Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 24.
Corral Talciani, Hernán. Op.Cit. Pág. 2.

Se reflexiona al respecto entonces, que al aplicarse las nuevas técnicas d reproducción asistida, implicará diferenciar el rol de padre , del rol de progenitor, es deci aquél (padre), que voluntariamente ha asumido ese rol, con la función, potestades facultades que ello conlleva, del que simplemente alega un débil derecho de paternida fundamentado en la cesión de su propio patrimonio genético, por lo cual la ley que en u futuro reglamente estas técnicas, deberá prohibir cualquier planteamiento de acciones d reclamación o impugnación de paternidad o maternidad, ya que en ésta también s plantearán conflictos, al separarse el elemento genético del biológico, se hablará d maternidad genética, la que aporta el óvulo y maternidad biológica quien soporta la gestaciór lo cual era impensable que la paternidad y maternidad formal o jurídica, pudiera disociarse de componente biológico-genético, es decir que la atribución de la paternidad y maternida puede que no coincidan genéticamente, en ese sentido la inseminación artificial y l fecundación *in vitro* cuestionan las reglas clásicas de la paternidad y maternidad.

Para la determinación legal de la filiación paterna y materna en nuestra legislaciór rigen los aforismo según los cuales *pater is quem nuptiae demonstrat* (padre es el qu demuestre sus nupcias), se establece en el artículo 199 del Código Civil, el cual dispone qu el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, y el *Mater semper certa est* , (l madre siempre es cierta), a este respecto el Código Civil preceptúa que "... la filiación... co relación a la madre, se desprende por el solo hecho el nacimiento..."(Art. 210), es decir que s prueba con el hecho el parto. En el supuesto de aplicación de reproducción humana asistid surgen diferentes conflictos, como quién es realmente la madre, la que dona su gamet (óvulo) o quien lleva a cabo la gestación, se estima que la maternidad biológica tiene má valor que la genética.

4.1 MATERNIDAD

Maternidad, es la relación biológica entre una mujer y otro ser de cualquiera de los do sexos, al cual la primera ha concebido; relación que produce efectos jurídicos.

Ahora bien, frente a las nuevas técnicas de fecundación, la definición de maternidad e distinta según las circunstancias y teniendo en cuenta que dentro de cada proceso, pued darse la intervención de un tercero, por ejemplo en el caso de la donación de gametos. E por ello que se ha juzgado conveniente definir estos supuestos.

A) MATERNIDAD BIOLOGICA:

Es aquella en la que la mujer tiene una participación genética (óvulo) y/o gestaciona (gestación en el proceso procreativo del hijo). puede ser:

Maternidad biológica plena: En la cual la mujer ha puesto su propio óvulo par fecundación y su organismo para la gestación.

Maternidad biológica no plena o parcial, que bien puede ser:
-Genética: por aporte del óvulo que será transferido al organismo de otra mujer o fecundad previamente y luego transferido como embrión.
-Gestacional: Cuando la mujer recibe por transferencia el óvulo o embrión de otra mujer.

B) MATERNIDAD EDUCACIONAL O AFECTIVA.

Que tiene su origen en los vínculos maternales que la ligan a sus hijos durante el período educacional y de crecimiento. Puede ser entonces la madre no biológica plena quién los eduque, o la madre biológica parcial, o la madre no biológica, caso en el cual se tratará de una maternidad de adopción.

Maternidad de deseo: Aquella en la que la mujer manifiesta su deseo de tener una relación materno filial, es decir tener un hijo, que a su vez podrá realizarse por:

-Madre biológica plena.
-Madre biológica parcial, es decir la genética o gestacional, grupo éste en el que se ubica la maternidad de sustitución, vulgarmente conocida como alquiler de útero o maternidad subrogada.
-Madre no biológica, es decir la madre por adopción.

C) MATERNIDAD LEGAL

Aquella reconocida y aceptada por la ley.

De lo anterior se puede inferir que:

D) MATERNIDAD ABSOLUTA

Es aquella en la que concurren tanto la maternidad biológica plena, como la de deseo, la educacional y la legal, correspondiendo la paternidad al varón de la pareja, que por lo general en el caso de las parejas constituidas por matrimonio, y de admitirse también a las parejas estables no institucionalizadas.

E) MATERNIDAD DE ADOPCION

Será entonces la configurada por la maternidad de deseo, la educacional y la legal, más no la biológica.

F) MATERNIDAD SUBROGADA (GESTACION DE SUSTITUCION)

Es la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como a una madre propia.

4.2 PATERNIDAD

La paternidad es la relación biológica que se establece entre padre e hijo, derivada del hecho biológico, que conlleva la atribución recíproca de deberes y derechos regulados por la ley. Sin embargo, este concepto no es absoluto, por cuanto esa relación de paternidad puede darse no siendo derivada del hecho natural y biológico, sino por virtud de un vínculo legal como ocurre en el caso de la adopción.

Conforme a las nuevas técnicas de procreación humana, la paternidad también ofrecería diversas posibilidades que se estima útil definir.

A) PATERNIDAD BIOLOGICA PLENA.

Aquella en que el varón aporta el semen.

B) PATERNIDAD EDUCACIONAL.

En ella al padre educa al hijo habiendo o no participado genéticamente.

C) PATERNIDAD DE DESEO.

Cuando expresa su deseo paternal respecto a los hijos propios o no.

D) PATERNIDAD DE ADOPCION.

En ella no hay referencia biológica alguna del hijo respecto a los padres.

E) PATERNIDAD LEGAL O FORMAL.

Aquella en que el padre es aceptado por la ley como tal.

Puede observarse, que la admisibilidad de las técnicas de fecundación asistida, tanto la fecundación *in vitro* como la inseminación artificial con gametos provenientes de la pareja comitente, como el supuesto que aquélla materia genésica procediera de un tercero, distorsionan el criterio imperante, según el cual la paternidad o maternidad quedaban condicionadas a la existencia de una cohabitación, que fuera, por ende, fecundante. En otras palabras, el acto sexual no quedaba disociado del efecto generativo, y la consecuencia procreativa obraba en principio al arbitrio de la naturaleza, sin que interviniera ningún proceso de manipulación, sin embargo en la reproducción humana asistida, es lo contrario, ya que se pone entredicho, como se ha analizado, las categorías jurídicas conceptuales vigentes, de forma arraigada hasta el momento actual, en las relaciones familiares y concretamente las relaciones paterno y materno filiales.

En este sentido el acto desencadenante de la fecundación, la copulación, que como consecuencia directa, atribuía la progenitura a los cohabitantes, no resulta necesario, es más la paternidad y maternidad actúan independientemente de la copulación. A tal efecto de entrada se percibe una cierta despersonalización, porque el acto en sí mismo considerado deja de ser interno, íntimo de la pareja procreante, para convertirse por el contrario, en acto externo, plural, en el sentido de que en el proceso intervienen otros agentes externos que lo manipulizan, es decir, por un lado la pareja receptora, y por otro lado interviene el especialista, el científico que con su actuación viabiliza el decurso fecundante del acto, y finalmente actúa, el donante, que excluyendo la inseminación artificial homóloga, interviene necesariamente en los restantes procedimientos reproductivos, aportando el material germinativo, con lo cual se colige con facilidad que el acto procreativo deja de pertenecer intrínsecamente a la pareja, por lo que se deshumaniza la relación y se altera genéticamente su funcionalidad óntica.

En consecuencia se pone entredicho la realidad asistencia con la realidad generativa, la que obliga a conceptuar de nuevo el orden familiar establecido, que entiende que la

ternidad y maternidad es una consecuencia que se infiere por la sangre, genética y omosomáticamente, subsumiendo en un mismo rol la realidad fisiológica de ser progenitor n la realidad jurídica, ser formalmente padre, es decir que las repercusiones de la cundación humana asistida en el campo de las relaciones familiares deberán transformarse relaciones socioafecivas, en las que el factor volitivo, debe tener para el derecho mayor nsistencia y significancia que la mera realidad de ser el procreante, por tanto se replantean s conceptos tradicionales de paternidad y maternidad.

PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN LA INSEMINACION HOMOLOGA

A priori no presenta dificultades éticas, psicosociales, o jurídicas insalvables, es idente que aquí, lo único que ocurre es que se sustituye el elemento de la copulación, pero hijo que nazca indudablemente es portador del patrimonio genético correspondiente a sus ogenitores, quienes son también padres formales, de manera que si la pareja está casada, hijo concebido y nacido constante matrimonio es matrimonial, es la filiación que por aturaleza le corresponde, no existe disociación del rol de progenitor y padre formal. Si por el ontrario la pareja no estuviera casada la determinación legal de la filiación será la xtramatrimonial, es decir el hijo tendría que ser objeto de reconocimiento por cualquiera de s formas que establece el Código Civil guatemalteco, es decir reconocimiento voluntario en partida de nacimiento, por comparecencia ante el Registrador Civil, por acta especial ante el ismo Registrador; escritura pública, testamento, y por confesión judicial (Art. 211), o por entencia judicial que declare la paternidad (Art. 210).

Ciertamente los problemas de paternidades no se presentan en la inseminación rtificial con gametos del propio esposo o compañero de la mujer de aquél, unida por vínculo onyugal o no, puesto que en la paternidad se da la más absoluta congruencia entre la verdad iológica y genética y la verdad formal, y se puede seguir al pie de la letra la regla *pater is uem nuptiae demonstrat* . Asimismo, en lo concerniente a la maternidad, *mater semper certa st* , no existe discrepancia, sino coincidencia entre la maternidad gestante, biológica, enética y formal.

Uno de los problemas que se presentan en la inseminación homóloga y es el que más iscusiones ha suscitado es el referido a la posible inseminación *post mortem* , una de ellas urge con respecto a la calificación jurídica del *status* de hijo concebido más allá del plazo stablecido, trescientos días (Art. 199 y 206 Código Civil). Suponiendo que la pareja estuviera asada, el problema puede originarse cuando el hijo hubiera nacido más allá de los rescientos días siguientes a la disolución del vínculo por el fallecimiento, obsérvese que el egislador pensó exclusivamente en la inseminación natural, (copulación), extendiendo la presunción de paternidad en plazos que son *iuris tantum* , porque es obvio que ha sido concebido antes del fallecimiento del causante, en cambio en la inseminación artificial, su concepción se produce posteriormente, por la complejidad e importancia de este problema, será objeto de un estudio minucioso en un apartado siguiente.

Continuando con la inseminación artificial homóloga en pareja casada, el hijo queda amparado bajo la presunción de paternidad del artículo 199 del Código Civil (C.C.), es decir se trata de una filiación que, en principio, resulta incluso más firme que la filiación natural normal, puesto que esta presunción puede respaldarse en cualquier momento con el historial clínico, porque se parte de una certidumbre inicial en torno al conocimiento de los titulares de los gametos, pero si ha existido un vicio en la declaración de voluntad que hubiera coadyuvado a que el consentimiento naciera viciado, podrá impugnarse la paternidad.

Se piensa en el supuesto que hubiera dolo o error en uno de los miembros de la pareja receptora; que la mujer en conspiración con el médico responsable de la inseminación le hiciera creer a su marido que el semen es suyo, cuando resulta que es de un tercero (donante), conocido o no de aquélla, esta claro que en este supuesto se ha producido un error, inexcusable en el varón, sobre el cual se ha sustentado el consentimiento que formuló el sujeto que padeció del engaño, lo cual permitiría el ejercicio de la acción impugnatoria. La solución a primera vista lleva a la aplicación del artículo 204 del Código Civil, el cual preceptúa que la acción del marido negando la paternidad del hijo nacido durante matrimonio deberá intentarse judicialmente dentro de los sesenta días contados desde la fecha del nacimiento. Pero ésta norma no es aplicable al supuesto tratado, puesto que como se observa se trata de vicios del consentimiento, los cuales tienen como consecuencia la anulabilidad del acto jurídico, del documento público en el cual expreso su consentimiento, por lo cual será aplicable la norma que establece que el derecho a pedir la nulidad relativa dura dos años contados desde el día en que se contrajo la obligación. (Arts. 1303 y 1312 Código Civil). En consecuencia se perjudica o daña gravemente la estabilidad del hijo, si sucediese la impugnación, por lo tanto es importante aplicar la figura jurídica de la prescripción. Ahora, en el supuesto que el esposo no hubiera consentido la inseminación de su cónyuge con su propio semen, es irrelevante, ya que basta que se pruebe el matrimonio , o su existencia para que se realice la inscripción como su hijo, porque se aplica la presunción *pater is*, además existe la certeza de que el gameto es suyo. Teniendo en cuenta que la presunción opera desde que se produce el matrimonio, esta no desaparecerá cuando acontezca una separación judicial o de hecho y el hijo naciera después de los trescientos días siguientes de tales hechos, de tal forma que al no existir la citada presunción, entonces si será significativo el consentimiento de los cónyuges.

En cuanto al consentimiento, surge la interrogante, que consiste en discernir cuál es el consentimiento relevante, el consentimiento para la inseminación o el consentimiento para la inscripción de la filiación matrimonial; al respecto se adopta la posición que basta con el consentimiento prestado para la inseminación, pero se entiende que el mismo es revocable hasta el momento de la efectiva inseminación, después de llevarse a cabo la operación inseminatoria, el consentimiento no puede modificarse, de modo que es un acto socialmente relevante, por lo que no podrá desvirtuarse posteriormente, negándose a la prestación del consentimiento para la inscripción de la filiación, en orden de ideas, una vez prestado el consentimiento para la inseminación, y no habiéndose modificado por los interesados, no podrá después darse relevancia a la negativa a la inscripción, ya que supone una conducta antisocial y contra sus propios actos.

Bercovitz señalado por Lledó Yagüe, opina: "que debería bastar el consentimiento prestado para la inseminación artificial, ya que dicho consentimiento se encuentra reforzado por la propia constancia (recogida en el expediente médico).[49]

Pues bien habiéndose expresado dicho consentimiento para la inseminación en documento público, (escritura pública), deberá bastar el mismo, aunque no hay posteriormente consentimiento para la inscripción , siempre que éste conste formalizado en documento público, que servirá como título de legitimación para determinar legalmente la filiación. En el supuesto que el esposo habiendo expresado su consentimiento a la inseminación y no lo hubiera hecho en documento público y falleciera después de la inseminación, pero antes de la inscripción, se sugiere que se recurra ante un juez para poder acreditar el consentimiento y por tanto él ordene la inscripción de la filiación matrimonial.

---

[49] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 37.

Otro de los supuestos que se pueden hacer referencia, es en cuanto al hijo nacido, con el consentimiento para la práctica de la inseminación, pero después de disuelto el vínculo matrimonial, se entenderá que rigen los mismo principios, para el hijo nacido por fecundación natural, como para el nacido por fecundación inducida constante matrimonio, es decir si nace dentro de los trescientos días se presume la paternidad, (art. 199 y 206 Código Civil), pero que ocurriría si nace después del plazo de los trescientos días, será aplicable entonces el artículo 202 del Código Civil, que establece "la filiación del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrá impugnarse por el marido, pero el hijo y la madre tendrán derecho para justificar la paternidad de aquél" por que la madre o el hijo pueden utilizar las pruebas que tengan a su alcance para que el juez determine la filiación matrimonial, el documento público en el cual expresa su consentimiento y las prueba biológica.

En relación a la pareja no casada, en la que se lleva a cabo la fecundación artificial homóloga, se entiende que el consentimiento expreso por parte de los convivientes a la fecundación homóloga con previa identificación del gameto fecundamente proveniente del varón comitente, implica un reconocimiento expreso de paternidad, pero para que tenga valor como título de determinación legal de filiación deberá ser formal, es decir en escritura pública, manifestar la voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo deliberadamente expresada con ese fin, por el contrario no expresarse en documento público, y llevarlo a cabo en otro documento, será un reconocimiento aformal, que no valdría como título legal para determinar la filiación, aunque éste servirá para ejercer la acción judicial de filiación extramatrimonial ante el juez competente, y será sometido a la discrecionalidad judicial (Art. 220 Código Civil). Ahora bien el documento público en el que ambos consienten la inseminación, no podrá ser considerado como reconocimiento, por no tratarse de una escritura pública y por no tener como fin dicho reconocimiento expresamente.

Como se observa podrá seguir empleándose la expresión de hijo por naturaleza en la inseminación homóloga, con las matizaciones referidas.

El problema radica en posicionarnos en dos restantes supuestos, en los que intervienen elementos genéticos, provenientes no de la pareja comitente sino de terceros donantes.

6. PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN LA INSEMINACION HETEROLOGA

Con respecto a la inseminación artificial heteróloga a diferencia de la homóloga, no sólo se presentará un problema de copulación, sino también de generación, es decir el esposo, el compañero o conviviente padece de una irreversible impotencia *coeundi* y *generandi* , en tal sentido el semen del varón de la pareja paciente será sustituido por el semen de un tercero dador o donante de gametos, de modo que será introducido en el útero o vagina de la esposa o compañera del paciente impotente.

A este respecto se manifiestan reticencias en la admisibilidad de este procedimiento, aparte de las jurídicas, existen otras de contenido psicosocial, tales como la sensación de rechazo al hijo por parte del esposo o compañero, que es llamado el síndrome de impotencia que puede desestabilizar la convivencia en las relaciones jurídicas familiares.

Dávida expone: "...muchas veces el amor se pierde, o tal vez reacciones de tipo sicológico, odio, sentimiento de inferioridad por completo ante su propia esterilidad le hagan rechazar a ese niño".[50]

Continuando con el análisis, es evidente que el hijo nacido utilizando el recurso de la inseminación heteróloga constante matrimonio está amparado en la presunción de paternidad matrimonial, aunque ciertamente esta no resulte auténtica, se sabe sin duda alguna, que el esposo no es el progenitor del hijo que ha fecundado su cónyuge. Leal Dávida en este sentido expresa: "... que el matrimonio como mecanismo cultural está ideado para delimitar la paternidad y si efectivamente se insemina a una mujer casada, con semen ajeno al de su marido, no por eso, aun cuando mediara consentimiento escrito de este último, el hijo concebido, no tendría vínculo alguno de parentesco por consaguinidad. En realidad, sería un fraude a la ley, y al resto de la comunidad. Puede aparecer a los ojos del resto del mundo como su verdadero padre, sin embargo siempre se estaría dispuesto a que se supiera que no es hijo suyo."[51]. Es cierto que genéticamente al hijo le compete una filiación materna y paterna extramatrimonial, se trata en realidad de una filiación no matrimonial derivada de la fecundación de una casada por un varón desconocido, el donante de semen, por tanto el consentimiento no podrá alterar la calificación anterior.

El autor Lledó Yagüe, hace alusión del Informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana, del Congreso de Diputados español, que indica: "De la legislación e Informes extranjeros, así como del Proyecto de Recomendaciones del Consejo de Europa, puede deducirse que la tendencia general es que este hijo sea considerado hijo legal del matrimonio, siempre que los dos miembros del mismo hayan dado su consentimiento previo y escrito expresamente, siendo este *status* legítimo del hijo a considerar inimpugnable. En otro país, la Ley reciente extiende este *status* a los hijos nacidos en parejas con relación similar al matrimonio (se trata de las parejas estables no institucionalizadas), dejando así claramente entendido que, en las parejas estables, la posesión de estado se derivaría de un conjunto o serie de actos notorios y reiterados. Esto llegaría a admitir que los padres, en esas condiciones de consentimiento expreso, no podrían impugnar la filiación matrimonial (o por pareja estable) que el hijo ostenta, pues se contravendría el principio que nadie puede ir contra sus propios actos, ya que ello constituirá un auténtico abuso de derecho y un ejercicio antisocial."[52]

Quiere decirse que si se hubiera recurrido tanto a la inseminación artificial heteróloga, como a la fecundación *in vitro*, y la pareja comitente estuviera casada y si ambos hubieran prestado su consentimiento, quedando constatado en escritura pública, (documento público), deberá entenderse que el *status* o calidad de hijo es el de matrimonial, y además el marido no podrá impugnar la filiación, esto último señalado, se fundamenta en que no puede definirse que exista presunción de paternidad, porque parte de un hecho indubitado, la no paternidad y maternidad genética.

A este respecto Leal Dávida indica: "Se puede establecer que el marido debe renunciar a la posibilidad de desconocer a ese hijo como no suyo, en aras de defender a una criatura inocente que nació por una voluntad consciente y decidida a correr el riesgo de sobrepasar complejos de inferioridad, a asumir responsabilidad frente a hechos emanados de su aquiesencia."[53]

---

[50] Leal Dávida, Luis Orlando. Op.Cit. Pág. 42.
[51] Ibid. Pág. 41.
[52] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 128.
[53] Leal Dávida, Luis Orlando. Op.Cit. pág. 42.

En este sentido el problema que se encuentra en cuanto a la presunción de paternidad atrimonial, radica en que si es válido establecer que los hijos, incluso los nacidos por los ocedimientos de inseminación artificial heteróloga y fecundación *in vitro* , están amparados la presunción que establece el artículo 199 del Código Civil, si se razona que sí, ocurriría ntonces que se podría impugnar (art. 220 Código Civil), es decir probando que no es el adre. A este respecto Lledó Yagüe hace mención de una sentencia francesa, concretamente na resolución del Tribunal de Niza, de fecha 30 de junio de l976, que admitió la impugnación e la paternidad; sin embargo, dicha demanda no se fundamenta en la fecundación por eteroinseminación, sino que el presunto padre excepcionó su impotencia generandi. Así ues el Tribunal admitió a trámite la demanda impugnatoria, ya que su impotencia incurable o había sido puesta de manifiesto, es decir impugnada judicialmente.

María Cárcaba, también hace alusión a otra sentencia francesa: "Estos mismos riterios fueron corroborados por el Tribunal de Grande Instance de París lere Ch. de 19 de ebrero de l985. En esta ocasión se trataba de una hipótesis de fecundación *in vitro* con sperma de un tercero, sin saberlo el marido, el cual se encontraba destinado en las Antillas. l marido impugnó la paternidad dentro del plazo. No se explica cómo pudo conseguir la ujer que le fuera practicada tal operación, pero el tribunal estimó que ello no era relevante ues incluso aunque hubiera habido consentimiento del marido, éste hubiera podido impugnar a paternidad puesto que las acciones de filiación no son renunciables. Se reiteró, pues, por l tribunal la irrenunciabilidad de la acción."[54]

Dos aspectos hay que hacer destacar en esta jurisprudencia: primero, que la npugnación de la filiación no se hizo probando la existencia de una técnica de reproducción sistida con participación de donante, sino atendiendo a las pruebas sanguíneas y el egundo, que el consentimiento del varón en orden a la inseminación heteróloga, es rrelevante a efectos de establecer la filiación.

Ciertamente en este caso, no hay presunción, o si la hay, es falsa, ya que *ab initio*, se conoce la certeza de la generación, puesto que indudablemente se sabe que genética y biológicamente, el padre no es el progenitor, si no que asume voluntariamente, consintiendo, a atribución de la paternidad. Luego, después, no puede ir contra sus propios actos, desconociendo o impugnando la paternidad formal que jurídicamente se le arroga al hijo, fundamentalmente en aras al interés del propio hijo.

Es obvio que sería válido este argumento para refutar la paternidad derivada de la fecundación natural, pero lógicamente no tendría sentido en la fecundación asistida, porque, a diferencia de los hijos nacidos por cópula carnal, los cuales tienen el beneficio automático de ser considerados como matrimoniales, sin que tenga que intervenir necesariamente el consentimiento de quien se le reputa como su progenitor; por el contrario en la reproducción humana manipulada, es *conditio iuris* la constatación del consentimiento que actúa cual si se tratara de un reconocimiento que, por ende, es irrevocable, a no ser que como tal declaración de voluntad, hubiese resultado viciado su consentimiento, puesto que, entonces se podría impugnar la paternidad, pero si su manifestación de voluntad fue libre sin coacciones, ni engaño, él no puede posteriormente retractarse de sus propios actos, (*venire factum contra propium)* porque tal comportamiento implicará un claro abuso de derecho y la razón estriba, además de la referida doctrina de los actos propios, un ejercicio abusivo y antisocial del derecho, ejercicio contrario a la ética, como opina Delgado Echevarría citado por Lledó Yagüe:

---

[54] Cárcaba Fernández, María. Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana. Pág. 126.

"Si se estimara que tal tipo de inseminación es en sí contrario a la moral social, el marido no podría ser oído cuando invoca su propia torpeza, más aunque se estime que hoy una mora liberal autoriza tal inseminación, parece que sería éticamente rechazable el comportamiento de quien, después de consentirla y provocar la nueva vida, revoca el consentimiento y quiere que intervengan los Tribunales para el éxito de su veleidad. "[55]

En conclusión en términos presuntivos la imputación de la paternidad o maternidad resultaría para los miembros de la pareja comitente cual si se tratara de una presunción *iuris et de iure*, es decir entonces que la presunción *pater is quem nuptiae demonstrat* sería irrefutable cuando hubiera quedado demostrado que, por una parte, el varón consintió la inseminación o fecundación *in vitro*, y por otra parte, que la concepción se produjo como consecuencia directa de la citada inseminación o fecundación *in vitro* , toda vez que el consentimiento que otorga el esposo comporta la aceptación del vínculo y funciones paterno filiales, de modo que, en coherencia con la doctrina *venire factum contra propium* , no podrá alegar o invocar su propia torpeza, ni que el hijo no es genéticamente suyo, porque desde un principio hay constancia real de la falta de realidad biológica en razón a la impotencia *generandi* del esposo.

En el derecho extranjero, efectivamente puede decirse que existe una opinión unánime en atribuir al hijo la filiación paterna y materna de quienes le han inscrito como hijo suyo, se entiende que, jurídicamente, son sus padres, aunque exista un fraude a la naturaleza y genéticamente, no fueran sus progenitores, sin embargo el derecho ampara esta ficción jurídica (*fictio iuris*), en razón a que se considera que la filiación, más que originarse de una pura relación genética o biológica, es más relevante por el componente sociocultural no basado estrictamente en lazos de sangre, sino de afecto. Entonces puede decirse, que el derecho reconoce en cierta medida, este vínculo socio-afectivo, no genético, por ejemplo en la filiación adoptiva, se genera una total y absoluta equiparación entre el hijo adoptivo y los hijos por naturaleza del adoptante o adoptantes. (Art. 230 C.C.), si estos constituyen pareja casada, como se indicó no se permite adoptar simultáneamente a dos personas a la vez, sino constituyen matrimonio; ahondando más se encuentra otra institución que es la posesión notoria de estado, (Art. 223 C.C.), que, ciertamente, puede amparar una situación familiar que no se corresponde realmente con la realidad genética, en concreto el derecho comparado adopta la postura de considerar al hijo nacido por fecundación *in vitro* o inseminación artificial cual si se tratara de un hijo por naturaleza y, además con el beneficio de su inimpugnabilidad por parte de quien jurídica y formalmente se le reputa como padres.

Se observa por ejemplo que el artículo 256 del Código Civil suizo, establece: "El marido no puede intentar la acción si él ha consentido la concepción por obra de un tercero", no obstante quizá habrá que precisar que el legislador no concretó un punto esencial, cual es el referente a si la concepción ha sido consecuencia bien de una cohabitación carnal o bien de recurso a los métodos de fecundación asistida, sin embargo en la Ley belga, de 1979, si se especifica el término de inseminación artificial, y agregan la regla reiterada anteriormente según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, pues de hacerlo supondría el ejercicio abusivo y antisocial del derecho que ostenta el sujeto *ad hoc*. El Código Civil portugués dispone en su artículo 1.839, "que no será permitida la impugnación de la paternidad, con fundamento en la inseminación artificial, al cónyuge que la ha consentido." Holanda también reconoce la paternidad legal del marido que consintió la inseminación artificial, igualmente Grecia, Luxemburgo y Yugoslavia. Entonces si se ha consentido en la operación inseminatoria o fecundación *in vitro* y aquel consentimiento fue libre, sin coacciones, ni fraude, es evidente que la inimpugnabilidad se imponga como consecuencia obligada.

---

[55] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 43.

No obstante en el supuesto que el esposo no hubiere consentido la inseminación, se podrá impugnar la paternidad probando que él no pudo ser el padre.

En resumen cuando se demuestre que ha existido un consentimiento libremente emitido, por parte de la pareja comitente, se puede concluir que el hijo ostentará la filiación que corresponda al grupo familiar en la que se encuentre legalmente integrado y además será inimpugnable.

La Ley sueca de Inseminación Artificial, regula este aspecto, en el sentido que si la inseminación se ha realizado en la madre con el consentimiento de su marido o del hombre con quien convive en relación similar al matrimonio, y si es comprobable que el niño haya sido engendrado por esa inseminación, se considerará padre de éste aquél que haya dado su consentimiento, analizando los artículos 2 al 5, los cuales hacen referencia también a la necesidad del consentimiento escrito del marido o del hombre con quien la mujer convive.

A este respecto la Ley de Reproducción Asistida Humana española, preceptúa "Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consencuencia de tal fecundación."(Art. 8 .1)

De lo anotado se puede inferir, que la legislación extranjera, adopta la postura en primer lugar, de admitir la utilización de la inseminación artificial heteróloga, como un medio terapéutico, para remediar la infertilidad humana, y en segundo lugar, se reflexiona que toman en cuenta los principios señalados, los cuales son: el fundamental, el interés del hijo; también el respeto a la declaración de voluntad prestada sin vicios, asimismo, la regla que establece que nadie puede ir contra sus propios actos. Y por último, se observa que con base en estos principios, la Ley sueca y la española, establecen que la filiación del hijo que ha nacido como consecuencia del acceso a los procedimientos de reproducción asistida heteróloga, será la que ostenten la pareja receptora, es decir la pareja comitente, que ha prestado su consentimiento para la inseminación heteróloga, también lo ha efectuado para que sea inscrita la filiación del hijo, ya sea matrimonial o extramatrimonial, además por el consentimiento prestado libre y expresamente sin vicios, esta declaración de voluntad deviene inimpugnable.

Por ello se recomienda que el legislador, en el momento de regular estos procedimientos, también adopte estos principios programáticos, por lo tanto se sugiere regularlo en el mismo sentido que las leyes extranjeras, porque como se demostró, es la mejor manera de proteger los derechos del futuro ser.

En cuanto a la fecundación heteróloga en pareja no unida vincularmente, cabe aplicar lo explicado en torno a la fecundación homóloga en pareja no casada, es decir que el consentimiento equivale a un reconocimiento, y si el mismo se formaliza en escritura pública (documento público), será título suficiente para que se determine legalmente la filiación. En tal sentido, al hijo le correspondería la determinación legal de la filiación extramatrimonial. Asimismo, del mismo modo que se razonaba en relación a la pareja casada, prohibiendo la acción de impugnación posterior, a ambos miembros de la pareja receptora de la inseminación, ya que dicha actuación supone un claro y abusivo ejercicio de un derecho, porque quien aparece como padre formal actuaría en forma arbitraria al contravenir posteriormente su comportamiento inicial, el consentimiento prestado para la inseminación y el reconocimiento formal del hijo, por lo cual en aras del interés del hijo, aquél no puede impugnar el reconocimiento, cuando su voluntad no ha sido en ningún momento viciada.

A este respecto la Ley de Reproducción Asistida Humana de España, regula en el artículo 8.1, que el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, que refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, se le considera escrito indubitado, es decir un documento legítimo para los efectos de reconocer la filiación extramatrimonial, y se puede iniciar también con él la acción judicial de reclamación de la paternidad.

Referente al posible conflicto de maternidades, maternidad genética y maternidad gestante, como se mencionó, el hecho del parto y la identidad del recién nacido determina la filiación materna, por lo que hablando jurídicamente en nuestro actual sistema de filiación no es relevante dicha distinción, de tal forma que madre es la que ha parido, y no la que dio el óvulo. Con base en lo expresado se sugiere que la maternidad gestante, es decir la mujer que alumbró al hijo, sea a quien formal y legalmente se le determine la filiación, además se recomienda que se proscriba la reclamación de la maternidad por parte de la donante de los óvulos, (madre genética), y asimismo, en cuanto a la mujer que aparece como progenitora, (madre gestante), no tendría viabilidad su pretensión e impugnar su maternidad arguyendo que no es ella el progenitor genético.

Es necesario ampliar la cuestión referente a la falta de consentimiento del cónyuge varón a la fecundación heteróloga en su mujer, es indudable la legitimación del esposo para impugnar la filiación matrimonial; nada podrá obstaculizar al esposo, que en virtud de su falta de consentimiento pudiera destruir esa presunción, ya que en este supuesto se admitirá prueba en contrario, a través del juicio, probando su falta de consentimiento en el procedimiento de inseminación heteróloga, al cual se ha sometido su mujer, además teniendo en cuenta que él no alega su propia torpeza, sino la falta de realidad biológica, su impotencia para copular y generar. De tal forma, que al tener éxito su demanda impugnatoria de la paternidad, la determinación legal de la filiación del hijo será una maternidad no matrimonial. En este apartado se llega a un punto muy importante, y es lo relativo al **DONANTE**, a quien no parece convincente que se le pueda reclamar su paternidad, aunque estuviera identificado, a no ser que hubiera existido un acuerdo, tanto del donante que donó su semen con la mujer receptora, como con el médico responsable de la inseminación, es decir que ha habido voluntad de la fecundación con una mujer determinada; de tal manera que, en este supuesto, el hijo, sí podría reclamar la filiación paterna correspondiente a dicho progenitor donante de gametos, conocido e identificado. En cuanto al médico incurriría en responsabilidad civil pertinente a infringir el criterio que debe regir en estas prácticas, cual es el anonimato, tanto del donante como de la pareja receptora.

Por tal motivo parece drástico establecer la responsabilidad paterno-filial del donante, pues este dador de gametos, cuando dona su semen u óvulo, no lo hace con la intención de establecer ningún vínculo de filiación para con el hijo concebido, sino que esta fecundación se produce interviniendo un agente manipulizador, cual es, el médico responsable.

Trabucchi, mencionado por Lledó Yagüe, expresa: "que para la definición del concepto de paternidad, se exige, más allá de la presencia del factor físico, una correspondencia de orden social, que define como elemento de autorresponsabilidad."[56]

Se entiende entonces, que ambas características no forman parte de la figura del donante, ni el elemento copulativo, es decir el factor físico, ni tampoco una acción

[56] Ibid. Pág. 53.

ecíficamente procreativa, en otras palabras, su donación de semen no comporta la ıonsabilidad natural del acto sexual, ni tampoco es procreativo, en ese momento.

Liedó Yagüe, indica al respecto "que **ES UN ACTO QUE, *PER SE* SOLO IDONEO RA LA GENERACION, PERO NO LO PROVOCA".**[57]

Así pues, la donación no es un medio autosuficiente para desencadenar por sí misma, ıuna fecundación, sino que, por el contrario, se requiere una instrumentalización y ıipulación humana exterior en el proceso generativo, de manera que la intervención del ıero será quien decida, tanto la finalidad procreativa o no de aquella aportación, como la pia elección de la receptora idónea quien será desconocida para el donante de gametos todo momento.

Es importante acentuar que en la fecundación natural copulativa, la ejecución de la ión potencialmente procreante, vendrá a desencadenar el proceso gestativo, en cambio en ecundación asistida heteróloga el donante, con la ejecución de su acto, sólo posibilita y ulta que pueda ponerse en marcha el funcionamiento del programa, que nada más no lo ıencadena. Evidentemente es distinta la autorresponsabilidad en uno y otro supuesto, el dor en todo momento permanece ajeno al empleo que otra persona hace del mismo y por to, jurídicamente no debe ser responsable de la paternidad, porque falta el elemento de orrresponsabilidad de los actos socialmente relevantes.

Respecto al donante de gametos , la Ley española de Reproducción Asistida Humana, ıula que la donación será anónima, pero los hijos tienen el derecho por sí o por sus ıresentantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su ıntidad, pero existe una excepción a esta regla, y es que en circunstancias extraordinarias e comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a ; leyes procesales penales, se podrá revelar la identidad del donante, siempre que sea lispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto, pero esta velación, en los supuestos expresados, no implica en ningún caso determinación legal de la ación. (Art. 5.5 y 8.3).

La Ley de Inseminación Artificial sueca, regula que el niño que haya sido engendrado ır el proceso de inseminación (heteróloga), una vez alcanzada la suficiente madurez tendrá ırecho a acceder a los informes registrados en el libros archivados a tal efecto en el centro édico correspondiente. En caso de requerirse la Junta del Consejo Superior de Seguridad ɔcial estará obligada a ofrecer la ayuda necesaria para obtenerlos. (Art. 4). Asimismo, como ɔmplemento de lo expuesto ratifica el artículo 5 que si, en caso de abrirse un proceso acerca ; la paternidad del niño , fuera necesario tener acceso a los informes de una inseminación, ; el responsable de ella, o aquél que tiene a su disposición los informes, quien tiene la ɔligación de atender a la petición del tribunal de entregar los informes.

De lo establecido en la Ley sueca, no queda claro, hasta dónde llega el acceso a los ıformes, ¿Simplemente a las características genéticas o similitud fenotípica, o incluso ımbién a la identidad, la personalidad física del donante? Obviamente se puede contestar firmativamente a la primera interrogante, pero no con tanta contundencia al segundo, unque el tenor literal del artículo 5 puede colegirse una respuesta ambivalente, pues cuando e expresa, que en el caso de abrirse un proceso acerca de la paternidad del niño, fuera ecesario tener acceso a los informes de una inseminación, es el responsable de la ıseminación quien tiene que proporcionarlos, no queda diáfano si el hijo está impugnando la

---

Ibid. Pág. 53.

paternidad formal que el marido ostenta, o si, por el contrario, se esta refiriendo a la reclamación de la filiación paternal que genéticamente correspondería al donante. Se estima que el legislador no ha sido muy explícito con este punto, como la legislación española, máxime cuando se tipifica con claridad, la responsabilidad paterno-filial que compete al donante, a quien según el análisis realizado en este apartado, no debe atribuírsele ninguna.

Queda patente que el legislador sueco no ha establecido las consecuencias que para el donante reportaría el conocimiento de su identidad, la confusión aumenta, porque en el supuesto, que el hijo impugnara la paternidad que jurídica y formalmente ostenta el marido o varón conviviente con su madre, y reclamara la filiación paterna que genéticamente le compete al donante de semen, (progenitor biológico suyo), el responsable médico tiene que proveer todos los informes concernientes a la historia clínica del tercero. Parece ser que de la lectura de los precitados artículos, la respuesta al supuesto no puede ser otra que afirmativa, y ello porque el legislador sueco, no ha especificado las consecuencias legales que para el futuro donante, le supone ser develada su identidad como progenitor. La omisión implica, en todo caso dejar la vía libre al hijo para que le imputen al donante responsabilidades paterno filiales. Esta postura perjudica la propia estabilidad de la relación familiar, tanto en la que está insertado el hijo, como la propia del donante, quien, en ningún caso, buscó voluntariamente una paternidad, por la mera circunstancia biológica de ser progenitor. Se entiende que, ante la confrontación de ambos intereses, el de la identidad genética *versus* identidad familiar, debe prevalecer este valor social frente a la propia veracidad de la realidad genética.

Por lo tanto en resumen; se recomienda que al legislar estos procedimientos de reproducción asistida, en el sentido de permitir al hijo, llegado a la mayoría de edad, conocer la identidad fenotípica de su progenitor y, con el conocimiento de éste de su propia personalidad; pero sin que pudiera pretenderse por ninguna de las partes afectadas incoar un proceso de determinación legal de filiación.

Parece más sensato entonces, colocarse en pro del conocimiento relativo de la identidad del donante, en las condiciones referidas, puesto que negársele al hijo absolutamente tal derecho implicaría por ende desconocérsele al hijo un derecho ontológico preeminente, cual es el conocimiento de sus raíces genéticas, ya que el derecho de conocer su propia raíz u origen fenotípico es un derecho fundamental del ser humano que no puede serle desconocido.

Este derecho se encuentra establecido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone expresamente: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de los posible A CONOCER A SUS PADRES". La norma consagra el principio de la libertad de investigación de la paternidad o maternidad, y no se pronuncia respecto de los casos en los que los padres formales son distintos a los progenitores.

Corral Talciani a este respecto opina: "El derecho a conocer la identidad del progenitor debe ser reconocido como un derecho esencial que corresponde a toda persona, cualquiera sea su raza, sexo, color o forma de nacimiento, es decir, se trata de un derecho derivado de la naturaleza humana, que el ordenamiento debe proteger y facilitar, y no impedir o dificultar. En caso contrario... se estaría infiriendo un daño a los menos a su integridad psíquica, todo lo cual entraña una vulneración de los textos internacionales y constitucionales..."[58]

---

[58] Corral Taciani, Hernán. Op.Cit. Págs. 15,16.

Por lo tanto, este autor concluye, que es necesario reconocerlo como un derecho de toda persona, derivado de su misma naturaleza humana, la facultad de conocer la identidad personal de sus progenitores, en la medida que ello sea posible, y ello contribuirá hacer más justo, veraz y coherente , el sistema jurídico de la filiación.

En torno a la conveniencia, o no de revelar la identidad del donante de gametos, se aluden razones puramente psicológicas, pero sobre todo importantes y decisivas razones genéticas, puesto que así de esta manera pueden obtenerse datos reveladores sobre la ascendencia genotípica del donante y poder corregir posibles anomalías hereditarias.

La doctrina mantiene la opinión de que a este respecto como regla general, debe mantenerse el anonimato, amparado por el secreto profesional, y no de be ser violado ni siquiera en juicios sobre filiación. Pero también se manifiesta que tal anonimato o secreto, no debe se obstáculo para que el establecimiento habilitado para el efecto, conserve los antecedentes y las condiciones biológicas del dador de gametos, en cuanto puedan ser importantes para el mejor desarrollo de la vida del futuro recién nacido, quien por razones de salud, podrá tener acceso a los datos biológicos que de su progenitor consten en el establecimiento.

Por ello se estima, que si fuera necesario conocer o revelar la identidad del donante, es más incluso su propia ascendencia genotípica cuando el hijo padeciera una enfermedad congénita transmitida genéticamente, es decir vía donante de gametos, debe ceder al secreto y consiguientemente ponerse a disposición de los interesados los informes biológicos pertinentes, sin que en ningún caso dicha circunstancia implique para el citado donante ninguna atribución de responsabilidad paterno-filial, o dicho en otros términos, ninguna consecuencia legal imputable a aquél, esto es coherente con la idea según la cual el interés fundamental a proteger es el hijo, bien ya nacido o bien el *nasciturus*. Como se puede analizar, esta es la postura adoptada por el legislador español.

En conclusión, en interés a la relación familiar en la que queda insertado el hijo, se hace merecedor de una efectiva protección, la cual debe materializarse en la prohibición de la investigación de la paternidad o maternidad, con la intención de que se le imputen al donante obligaciones o responsabilidades paterno-filiales por el mero hecho de ser progenitor, por lo tanto la solución más equitativa debe ser que la investigación se limitara exclusivamente a la constatación de la realidad consanguínea o genética en relación al donante progenitor, y en caso se revelarse la identidad del donante, la supuesta filiación que, por naturaleza genética le corresponde al hijo, no deberá afectar a la filiación legalmente establecida, ya que se considera preferente el mantenimiento del circulo familiar en que formalmente queda insertado el hijo. Francisco Lledó, hace alusión al Informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, del Congreso de Diputados español, (1986), el cual epilogaba: "... que la ley debe amparar, proteger y tutelar, al/ o a los que socialmente se hubieran comportando como padre/s, aunque biológica y genéticamente no fueran el/ la/ los/ progenitores. Se afirma que esta posesión de estado debería, por ello, considerarse como la razón legitimadora de la que se hará depender el ejercicio de las acciones de filiación... Como ha podido desprenderse del examen atinente a las acciones de impugnación y reclamación en relación a su aplicación a estas nuevas técnicas procreativas, el concepto de posesión de estado cobra una relevancia y un papel decisivo en la consolidación y estabilidad de las relaciones familiares."[59]

[59] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 136.

En este sentido, la disociación de la figura de la paternidad en la reproducción humana asistida, redefine el papel del progenitor como simple aportante del material genético, por tanto quien actúa constantemente como padre es simultáneamente progenitor, entonces la manera de reforzar la figura social del padre es a través del concepto jurídico de posesión notoria de estado, la cual no contempla una coincidencia entre la realidad legal o registral, sino que por el contrario, protege y ampara el grupo o unión familiar, en la que la relación paterno y materno-filial, sea un comportamiento ininterrumpido para con el hijo de carácter permanente, a esta situación jurídica se le denomina posesión notoria de estado, la cual se caracteriza por las notas de continuidad, constancia, publicidad, de suerte que en la fecundación asistida, ésta cobra una importancia decisiva amparando, tutelando, protegiendo una realidad social en detrimento de la realidad genética.

Se puede colegir entonces, que la posesión notoria de estado refuerza, el vínculo formal, la relación social y afectiva, y consolida la condición jurídica filiacional.

Por tanto es importante recalcar, que si se establece como regla general el criterio rector de la prohibición de la investigación de la paternidad, con las excepciones antes aludidas, se reducirán los conflictos de filiación, puesto que no se admitiría a trámite ninguna demanda en la que el principio de prueba de los hechos en que se funde, se base en una donación de gametos o embriones.

7. MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LA FECUNDACION *IN VITRO* .

La fecundación *in vitro* , a diferencia de la inseminación artificial heteróloga, se produce mediante la extracción del óvulo humano maduro, para que se fecunde *in vitro* con el semen, bien de su esposo o pareja conviviente, de manera que una vez que hubiera ocurrido la fecundación se transfiere el embrión al útero, bien de la mujer de la pareja comitente, bien al útero de una tercera persona que lleva cabo con aquella pareja un contrato de gestación.

En primer lugar en la fecundación *in vitro* , los gametos, (semen y óvulos), pueden provenir de la propia pareja afectada del problema de esterilidad. En tal sentido puede argumentarse que son válidas, todas las explicaciones que se determinaron en la inseminación homóloga, de manera que el *status* del hijo será, bien el de matrimonial, cuando la pareja estuviera casada, o bien el de extramatrimonial (si la pareja no está formalmente vinculada). El hijo, tanto en un supuesto como en otro, es cosanguíneo de ambos, porque lleva el mismo patrimonio genético de sus progenitores, asimismo padres. Como en estos supuestos no esta disociado el elemento genético del elemento social o afectivo, se sugiere que a estos casos, deberán aplicársele la reglas del Derecho Civil en materia de Filiación vigente, sin ningún tipo de distingos. (Art. 199 al 227 C.C.).

Pero puede haber una notable excepción, aunque después se dedica un apartado específico para tratar este asunto, que ahora solo se describe, y es el supuesto de la fecundación *post mortem* , y que de admitirse tal supuesto, el hijo sería concebido y nacería cuando el progenitor biológico, hubiera fallecido, de modo que no podría aplicársele la presunción de paternidad general, según la cual se considera matrimoniales, presuntivamente, a los que nazcan antes de los trescientos días siguientes a la disolución o separación; luego si ha nacido fuera de ese período, es reputado como no matrimonial, si la pareja es casada, aunque es refutable mediante prueba en contrario. Se puede decir que si el legislador admitiese el supuesto de la fecundación *post mortem* , considerando que sus

enitores estuvieren casados, se recomienda que el hijo solo sea considerado como imonial, siempre y cuando conste claramente el consentimiento del esposo en documento .co, y además que la implantación del embrión de la pareja se produzca en un plazo rminado al efecto, por lo que se observa, que al admitirse este supuesto, la presunción de rnidad se extiende, incluso una vez disuelto el vínculo, por ejemplo con el fallecimiento.

Otro de los problemas que deberán analizarse y legislarse, es el siguiente: Sabido es en la fecundación *in vitro* se producen más embriones que los que van implantarse en el) materno; el problema consiste en dilucidar qué se puede hacer con los sobrantes, y o se analizó en el apartado relacionado sobre las implicaciones jurídicas que generan s procedimientos en la persona, se reitera que el embrión constituye una vida humana a ue debe dispensársele el mismo amparo y protección que a la vida completamente arrollada; es decir con personalidad jurídica, dado que nadie puede dudar que es un bien lico digno de tuición. Y como se reflexionó, el propio texto constituyente otorga al rión, el reconocimiento como vida humana, en virtud que la protege desde el momento de oncepción, por ello el Estado debe garantizar, y tutelar el embrión. (Art. 3).

Por lo tanto se deduce que el embrión en ningún caso puede ser objeto de ipulaciones genéticas no orientadas a la protección; por todo lo cual la investigación con embriones sobrantes no debe estar permitida. Al respecto la Ley española de roducción Asistida Humana, establece que los preembriones sobrantes de una ndación *in vitro* , por no haber sido transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos orizados, por un máximo de cinco años, (Art. 11.2), además preceptúa que toda rvención sobre el preembrión, vivo o en *in vitro* , con fines diagnósticos, solo podrá lizarse si tiene la finalidad de valorar su viabilidad o no, o detección de enfermedades editarias, con el fin de tratarlas o si ello es posible, aconsejar su no transferencia para crear, también agrega que su objetivo debe ser terapéutico para propiciar su bienestar y orecer su desarrollo. (Art. 12.1 y 13.1).

Francisco Lledó al respecto manifiesta, "Es aleccionador y concluyente el artículo 1o. la Proposición de Ley francesa sobre la materia de 1984, que expresa que , desde el mento de su concepción el hijo concebido es sujeto de derecho, su vida es la de un ser nano y debe ser respetada."[60]

En consecuencia no existen polémicas en orden a la atribución de la paternidad y ternidad, puesto que por un lado, el marido de la madre a quien se le ha implantado el ibrión, resulta ser el progenitor genético o biológico, ya que se ha producido la concepción n su propio semen o esperma. Una diferencia, en la que podría pensarse, esencialmente tinta compulsando esta situación con los supuestos de la copulación natural, es que en la cundación asistida con óvulos y semen de la pareja, si dichos gametos resultan ntificados, obviamente no podrá decirse que la paternidad fuera presunta, como ocurre en inseminación natural (Art. 199 C.C.), puesto que se ha conseguido con estas técnicas llegar alcanzar una prueba positiva de la paternidad, de modo que si, con la fecundación natural los procesos de investigación de la paternidad se podían traer a colación la pruebas ológicas, eran fundamentalmente para confirmar la exclusión de la paternidad, sin embargo la fecundación *in vitro* , no existen, o no deben existir dudas, nunca acerca de la ternidad o de la maternidad, puesto que, en algunos casos como el que se analiza ahora, isten, unas pruebas inconcusas, indiscutibles que patentizan que, por ejemplo, el marido de madre es el progenitor genético de los hijos que fecunda aquélla. Asimismo, en relación a madre, tampoco existirá ningún conflicto, dado que en este caso que se desarrolla, existe

---

Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 60.

una total y absoluta coincidencia, entre la maternidad genética y la maternidad uterina o gestante.

En conclusión, en relación al asunto que se trata, resultara notoria y evidente la paternidad o maternidad, cuando los gametos perfectamente identificados, provienen de la pareja que se somete al tratamiento de la fecundación *in vitro* , por lo que la maternidad o paternidad devendrá irrefutable e inimpugnable. Es decir en términos presuntivos, no se deberá admitir prueba en contrario.

Otra de las situaciones que se podrá presentar, es cuando por ejemplo exista una donación de gametos (óvulos o semen). En el supuesto que el óvulo es donado, pero el semen o esperma proviene de la pareja paciente. Esta es una técnica que ha cobrado en los últimos tiempos, un extraordinario auge, (ejem. Australia y en E.E.U.U.); se acude a dicho método cuando la paciente puede dar a luz, pero es incapaz de producir óvulos, o existe el riesgo de que transmita alguna posible enfermedad hereditaria. De esta manera con respecto a la donación ovular, existe, de entrada, un conflicto de maternidades, es decir, por una parte la maternidad ovular o genética, y por otra la maternidad gestante. En este punto se considera razonable establecer la regla según la cual, siguiendo el aforismo *partus sequitur ventrem* , (madre es la que ha parido o gestado al hijo), si bien como se examinara posteriormente, esta regla tiene una excepción en torno a lo que vulgarmente es conocido con el nombre de gestación por alquiler.

La Ley española de Reproducción Asistida Humana, no regula específicamente este aspecto, pero se puede colegir al hacer una interpretación amplia del siguiente precepto: "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". (Art. 10.1). Al respecto María Cárcaba expone: "La ley 35/1988 sobre técnicas de Reproducción Asistida, no contempla expresamente la determinación de la filiación materna en el caso de donación de óvulo, pero sí indirectamente a través de la regulación de la maternidad de sustitución. Es cierto que no es lo mismo la donación de óvulo que la maternidad de alquiler... Vemos, pues, que en un caso hay donación de óvulo y en el otro préstamo de un embrión; pero en ambas hipótesis hay un elemento común: el hijo nacido no procede genéticamente de la mujer que le gestó o alumbró. Por esté motivo, opino que la solución legal en relación a la maternidad de alquiler es aplicable a la FIV con donación de óvulo; la solución legal viene de la mano del art. 10.2 LTRA, conforme a cual la maternidad se determinará por el hecho del parto, lo que por parte coincide con el sistema tradicional civil."[61]

En la donación ovular existirá, por tanto, un progenitor genético que resulta ser e marido de la esposa que recibe el óvulo, pero aquélla, es a su vez el progenitor que ha alumbrado al hijo. En este sentido es importante manifestar que con la aplicación del aforismo anterior, ningún derecho amparará o protegerá a la que se llama madre genética, de modo que no se le podrá admitir a trámite una demanda en la que reclamara la filiación materna que, por naturaleza le corresponde al hijo que ha gestado otra. No resulta congruente que aquélla, la madre genética, aportara como principio de prueba suficiente para fundamentar los hechos en que sustancie su pretensión procesal, el hecho indubitado de la donación de gametos, (óvulos), que tuvo lugar, concretamente para la mujer que posteriormente gestó a hijo. Consecuentemente en la Ley de Reproducción Asistida que se regule en nuestro país deberá quedar nítidamente explicitado la imposibilidad de desencadenar vínculos paterno o maternos filiales con los donantes de gametos, como asimismo embriones.

---

[61] Cárcaba Fernández, María. Op.Cit. Pág. 145.

El Informe Warnock de la Comisión Investigadora sobre la Fertilización Humana y Embriología del Departamento de Sanidad y Seguridad Social, de Londres Inglaterra, (l984), recomiendan en este punto: "la introducción de una normativa legal que especifique que, cuando nazca un niño de una mujer como consecuencia de la donación del óvulo de otra mujer, la mujer que alumbre al niño sea considerada, a todos los efectos, ante la ley, como la madre de ese niño, y que la donante del óvulo no tenga derechos o deberes con respecto al niño en cuestión."[62]

Un segundo supuesto es de la donación de semen con utilización de óvulos de la mujer que se somete al tratamiento de la fecundación *in vitro*, valen para este caso las consideraciones expuestas en relación a la donación de óvulos, pero obviamente, a diferencia de ésta, en aquélla, la maternidad no solamente será gestante o biológica, sino también genética; sin embargo, la paternidad correspondiente al esposo si la pareja esta casada, no será más que jurídica, no genética, es una paternidad asumida, no podrá en ningún caso impugnar aquélla, alegando como principio de prueba suficiente su impotencia para copular y para generar y, consiguientemente, la imposibilidad genética de no ser el progenitor, hablando en términos presuntivos, como se ha referido con anterioridad, para él la paternidad que ostenta es un *iuris de iure* , y no admitirá en ningún caso la impugnación de la paternidad. Solamente se establece ahora, a modo de analógica comparación, que las principales cuestiones que se desarrollaron y explicaron en el momento de examinar la inseminación artificial heteróloga, son aplicables, de modo que para no reiterar, se ahorra en comentarios en la exposición de una de las variantes de la fecundación *in vitro* , cual es la donación de semen.

En cuanto a los argumentos, en pro y en contra, de la donación de gametos (semen y óvulos), se manifiesta en demérito de la donación de óvulos, que puede redundar en un peligro para la donante, y que es fundamental seguir con atención el ciclo menstrual de la donante, de manera que la extracción del óvulo se efectúe en el instante adecuado, la experiencia que se ha adquirido en la fecundación *in vitro* ha demostrado que , si se confía en que el ciclo menstrual produzca los óvulos esperados, el porcentaje de éxitos será menor a la superovulación inducida para estimular la producción de óvulos.

Otro de los aspectos negativos es que, en la actualidad, no se pueden utilizar los óvulos humanos con éxito después de su congelación y descongelación, lo que significa que deben emplearse poco después de su extracción; de esta forma no resulta necesario extraer el óvulo en el momento oportuno considerado el ciclo de la donante, sino disponer de una destinataria apropiada, preparada inmediatamente para recibir el óvulo fecundando. Ahora bien se debe incidir también en un aspecto esencial, y el cual consiste en la dificultad que comporta, en la donación de óvulos, mantener la regla general del anonimato, porque se aduce al respecto que, así como con relación al semen es más fácil su conservación y congelación, en cambio, con los óvulos, en el momento presente el proceso de congelación es más difícil. La doctrina científica expresa que, todavía, no se ha desarrollado un procedimiento seguro de congelación y de descongelación, resultando que los óvulos que han sido congelados y que, posteriormente han sido fecundados *in vitro* , una vez descongelados, no han dado resultados satisfactorios, como, por el contrario, tratándose de embriones no pierden en las circunstancias reseñadas su potencialidad generante.

Lledó Yagüe sobre este punto opina: "Considero que, de admitirse alguna excepción a la regla general del anonimato, sería la concerniente a la donación de óvulos, dejando bien claro desde un principio que a la donante no se le puede imputar responsabilidades en orden

[62] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 63.

a la filiación, ni cualquier otra. Del mismo modo, tampoco creo que fuera pertinente dejar a la pareja comitente o recipiendaria la elección de la donante ideal, o por lo menos que su opción resultara *per se*, vinculante para el director del establecimiento médico encargado del programa o tratamiento de fecundación *in vitro* ; sino que todos estos supuestos se examinarán minuciosamente, analizándose en su caso las diferentes circunstancias concurrentes personales, psicológicas, sociales o cualesquiera otras igualmente atendibles, tanto en la pareja paciente, como en la donante."[63]

La Ley española de Reproducción Asistida Humana, dispone respecto a este aspecto, que la donación de gametos (óvulos o semen), es anónima y solo excepcionalmente podrá revelarse la identidad del donante, y estas circunstancias deben ser extraordinarias y deben comportar un peligro para la vida del hijo, o que proceda con arreglo a leyes procesales, para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto, (Art. 5.5).

Como se observa esta Ley, adopta la posición del anonimato como regla general, con las excepciones para situaciones extraordinarias, para los donantes de gametos. Esta es la posición que se considera más pertinente adoptar, es decir en el momento de regular estas prácticas, se deberá hacer en la misma forma que lo hace la española, por las reflexiones ya anotadas.

Un procedimiento característico, en la fertilización *in vitro* , es el conocido como donación de embriones con gametos provenientes de terceros donantes, pudiendo ser éstos, bien desconocidos entre sí, o bien incluso formar éstos pareja casada o no. En este supuesto el embrión resultante de la fecundación *in vitro* será implantado en una mujer miembro de la pareja o si se admitiese en mujer, que puede gestar, aunque no tuviera óvulos, y el esposo o varón conviviente es infértil, o puede provocar en el hijo alguna afección congénita.

Así pues, ¿Cómo se debe calificar jurídicamente el supuesto aludido?, como adopción del no nacido, porque dicho negocio opera antes del nacimiento cuando la persona *in fiere* es un *nasciturus* .

Naturalmente con la regulación vigente de la adopción, (Art. 228 al 251 C.C.), no se podría recurrir al vínculo adoptivo, pues se precisa que el adoptado hubiera nacido, y por tanto capacidad jurídica, estipula el artículo 228 que la adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otro persona, también se agrega que se puede legalizar la adopción de un mayor de edad. Por lo tanto no se establece el supuesto de la adopción prenatal.

En Inglaterra la Ley vigente, prohibe la preservación de embriones congelados más allá de cinco años, sin el consentimiento de los padres progenitores, el 31 de julio de l996, fueron destruidos más tres mil embriones sometidos a un riguroso congelamiento, en clínicas de Londres. La Comunidad Europea, especialmente Italia, a través del Presidente del Centro de Ayuda a la Vida, Mario Ciampi, con sede en Massa Carrara, pueblo del centro del Italia, calificó como una masacre lo sucedido en Londres, y que la Comunidad Europea, debería presionar a Gran Bretaña para que la detenga. Además el Diario del Vaticano L'Osservatore Romano, dijo que la destrucción de los embriones congelados era una "masacre prenatal". El Papa Juan Pablo II, ha criticado fuertemente en este año (l996), los tratamiento para la fertilidad artificial, diciendo que la vida humana comienza en el momento de la concepción y que por tanto tienen derechos fundamentales.[64] Como se expuso, nuestra constitución,

---

[63] Ibid. Pág. 64.

[64] Diario "El Gráfico". Guatemala, 20 de agosto de 1996. Suplemento Belleza. Pág. 10.

otege la vía humana desde la concepción, por lo cual la destrucción de los embriones es un ocedimiento prohibido, por ello se recomienda la congelación de embriones en cantidades ínimas, en las clínicas autorizadas para el efecto, además se sugiere que sea por un ›mpo máximo de cinco años, de tal manera que transcurrido este plazo, sin que los ›genitores los reclamen, una factible solución, será la adopción de los mismos, es decir que arejas casadas o no, y con problemas o no de infertilidad, pero que deseen desencadenar el esarrollo de los embriones, los adopten, pero para que esto suceda es necesario legislar en uestro país, la adopción del concebido y no nacido.

España , es uno de los países que ha legislado este aspecto, a través de la omulgación de la LEY 42/88 DE DONACION Y UTILIZACION DE EMBRIONES Y FETOS UMANOS O DE SUS CELULARES O TEJIDOS Y ORGANOS, con el fin de evitar la estrucción de los mismos, ya que se viola el derecho a la vida.

La Ley contiene importantísimos principios, se menciona que con ella se dio una ›spuesta positiva a la denuncia hecha por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ue señalaba: "que el progreso de la ciencia y de la tecnología médica habían hecho articularmente precaria, la condición jurídica del embrión y del feto, y que su estatuto jurídico o estaba en esos momentos determinado por la ley."[65]

La donación es la solución que menos problemas éticos plantea en el caso que se ealice a favor de una mujer o pareja estéril, o no, porque en este caso de alguna manera se sta salvaguardando la potencial vida humana de ese ser vivo. María Cárcaba expone al especto que: "Pero está no es la solución ideal por dos motivos: I) porque tal donación no oluciona al 100% los problemas de los embriones sobrantes, pues puede ocurrir que no odos encuentran destinatario, y 2) porque la donación que la Ley contempla no se hace en avor de una pareja, sino que se hace de forma anónima en favor de un Centro autorizado, ue será quien adquiera entonces la facultad de disposición sobre el preembrión, en orden a nplantarlo en otra pareja o destinarlo a otros fines autorizados legalmente."[66]

Se reflexiona entonces, que la donación de embriones, no es la solución ideal, pero es a única que en la actualidad podrá contribuir, para que no exista una discriminada destrucción del embrión.

La donación que regula la Ley española, debe efectuarse en un contrato, con carácter gratuito, formal, secreto, concertado entre el donante o donantes mayores de edad y con olena capacidad de obrar y el Centro autorizado, de forma irrevocable, salvo cuando por una nfertilidad sobrevenida los donantes precisen para sí los preembriones donados, caso éste en el que sí se permite la revocación. También se exige el consentimiento de los progenitores, de modo que dándose tal consentimiento la polémica sobre el destino de los embriones sobrantes sigue en pie.

Para concluir, no se debe olvidar que, como líneas directrices de actuación en la fecundación asistida, se impone destacar criterios tan obvios como los siguientes: que en ningún momento, tanto para la inseminación artificial, como en la fecundación *in vitro*, tiene que existir una finalidad eugénesica, es decir habrá de evitar cualquier manipulación en el embrión no orientada a su objetivo ontológico, cual es el nacimiento, del mismo modo, deberá prohibirse cualquier finalidad lucrativa en la reproducción humana asistida.

---

[65] Cárcaba Fernández, María. Op.Cit. Pág. 146.
[66] Ibid. Pág. 159.

Asimismo, rehuir el posible riesgo de consanguinidad, por ejemplo que el semen de un mismo donante fertilice a varias mujeres, consecuentemente el remedio consistirá en limitar el número de mujeres inseminadas por un mismo dador, por tal motivo será imprescindible conservar la ficha médica del donante, en un Registro Central de datos, donde quedarán gravados los datos del dador.

Sobre este tema, la legislación española dispone que los centros autorizados y el Registro Nacional, adoptarán las medidas oportunas y velarán para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos, (Art. 5.7); además agrega que este Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones esta organizado con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de secreto y que en forma de clave consignará cada hijo nacido de los distintos donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y su localización territorial en cada momento; y cuando hubieren fallecido los correspondientes donantes se debe notificar al registro, y la muestra donada pasará a disposición de los Bancos. (Tercera Disposición final de la Ley de Reproduccón Asistida Humana de España). Respecto a este registro en noviembre de l996, la Sociedad Española de Fertilidad, se dirigió al Ministerio de Salud de España, para advertir que, tal como está proyectado, el modelo de registro puede vulnerar la confidencialidad y el derecho a la intimidad, puesto que obliga a notificar a la autoridad sanitaria el nombre y apellidos de todos los usuarios de estas técnicas, tanto de los donantes de semen o de óvulos, como de las mujeres receptoras."[67]

Como se señaló la notificación del nombre de los donantes, tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Reproducción Asistida, que establece un límite de seis descendientes por cada donante. Este hecho obliga a correlacionar al donante con las posibles receptoras, de modo que se pueda saber en cada momento cuántas fecundaciones se han hecho de un mismo donante y bloquear la posibilidad de que siga donando o pueda utilizarse su semen tras el sexto embarazo, para evitar riesgos de consanguinidad.

También agrega el diario, que Montse Boada del Instituto Dexeus y Joaquin Calag, responsable del programa de Fecundación *in vitro* del Hospital San Pau, expresaron que este registro no garantiza la confidencialidad y que debería buscarse otro procedimiento que no utilice el nombre real del paciente. En este caso se considera que los especialistas dejan por un lado, el valor o principio rector que debe prevalecer en la práctica de estas técnicas, el cual es el respeto a la vida y dignidad del ser humano, por ello el tener consignados los datos biológicos de los donantes, existirán mejores posibilidades para ayudar a resolver enfermedades hereditarias, que comporten peligro para la vida del hijo, igualmente se evitará que con el material germinativo de un mismo donante se produzcan varias o muchas inseminaciones, lo cual tendría como consecuencia que nacieran muchos hijos de una misma persona, y en este supuesto se piensa en el hecho que dos personas contraigan matrimonio, sin saber que son hermanos, es decir sin saber que fueron fecundados por el semen de una misma persona, y por ende resultaran problemas genéticos.

Se debe recalcar que al legislarse en España esta técnicas se tomó en cuenta las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, números 934 y 1046, relacionadas con dichos procedimientos, por lo cual se considera que en el momento de legislar las mismas, en nuestro país se deben tener presente, por ello se sugiere la creación de un Registro Nacional de Donantes, con funciones específicas, además la instauración de un Registro de Establecimientos Médicos, autorizados para aplicar estas técnicas.

---

[67] Diario "EL PAIS", España, 26 de noviembre 1996. Pág. 26.

Igualmente la Ley de Reproducción Asistida Humana española, establece que serán ıncionados como infracciones graves, el fecundar óvulos con cualquier fin distinto a la ocreación humana; también el comerciar con preembriones o sus células, así como su ıportación o exportación; también el utilizarlos con fines cosméticos o semejantes y crear ɜres humanos idénticos por clonación o procedimientos dirigidos a la selección de raza, (Art.)).

Con lo anterior se puede observar que en España, se ha legislado teniendo como ·incipios directrices el respeto a la dignidad del ser humano, el cual comporta el derecho a la da, desde su concepción, por ello se reitera que en el momento de normar estos ·ocedimientos en nuestro país, no deberá obviarse este principio programático. A la vez se ɜberán estatuir las sanciones en forma clara y precisa, y los hechos o supuestos deben estar en determinados, para que no se de lugar a diferentes interpretaciones, ya que la vida es un en jurídico, que el Estado tiene la obligación de tutelar.

. MATERNIDAD SUBROGADA

El recurso a este procedimiento ocurre porque la mujer, miembro de la pareja omitente, arrendataria de los servicios de incubación en útero ajeno, no pueden llevar a cabo l embarazo, de suerte que la propia comitente conviene con una tercera persona, un contrato le gestación, en útero ajeno, con la finalidad de que se implante el embrión en la matriz de ısta y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que, posteriormente en virtud de lo ıstipulado lo entregue a la pareja comitente.

Respecto a este tema, Leal Dávida, expresa: "...el procedimiento que nos ocupa, en ·eces soluciona el problema directo de la pareja infértil, que rehusa volcar su búsqueda en la ıplicación de otras técnicas (IVF o AID) o en la adopción de algún nativo del tercer mundo, londe ciertamente las posibilidades de adopción son mayores, pero paralelo siembra enormes lificultades que hasta hoy no han sido resueltas."[68]

En el procedimiento conocido vulgarmente como alquiler de úteros o locación de ·ientres, se deben destacar tres aspectos, que ayudará a comprender y calificar el aludido supuesto. Se referirá por una parte a la calificación jurídica de dicho contrato, en cuanto a su ɔbjeto, en segundo lugar, las distintas variantes en la posible utilización del método de gestación y finalmente el tema concerniente a la atribución jurídica de la maternidad y paternidad.

8.1 CALIFICACION LEGAL DEL PRESUNTO CONTRATO

Antes de reflexionar sobre la naturaleza contractual, conviene apuntar, que la conflictividad de los derechos individuales en juego no puede perder de vista que el enfoque de la naturaleza real del problema, no debe realizarse desde una perspectiva individual, es decir, el interés de las partes, sino por el contrario, desde una perspectiva más amplia, incidiéndose en el interés y aceptación por parte de la sociedad en su conjunto. Por ello se colige que en la utilización del supuesto de maternidad subrogada, el derecho objetivamente

[68] Leal Dávida. Luis Orlando. Op.Cit. Pág. 23.

no puede aceptar su licitud y legitimidad, porque repugna los principios de orden público aplicables a las relaciones interpersonales, ya que el objeto de este contrato de gestación en útero ajeno es la persona misma, se entiende que sería ofensa a su dignidad ser tratado cual si fuera un objeto, o mercadería, algo de interés primordial y no como alguien que constituye una finalidad *per se* , y no un medio objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales, tales como el derecho a ser madre o derecho al hijo.

El concepto de orden público se integra por principios de la más variada significación, cuales son jurídicos, económicos, políticos, ético-morales, públicos y privados, etc., cuya finalidad es el respeto a los valores establecidos, en aras a la conservación del orden social en cada época. Se reconoce entonces que el orden público esta representado en un conjunto de principios impulsores, por lo que incluso, aunque no exista ley, puede hacerse valer, por lo que como criterio doctrinal, su razón radica en buscar los criterios, o parámetros que sirvan al juez para delimitar el concepto sometido a tenor de las reglas sociales imperantes en cada etapa histórica.

Lledó Yagüe, indica que: "...en el problema de las madres sustitutas, plantea la cuestión de saber si se tiene derecho a concebir un hijo para abandonarlo posteriormente, y si el derecho objetivo, es decir el conjunto de normas de la sociedad, lo autoriza o no. El derecho objetivo rehusa consagrar el derecho para una mujer estéril de pedir a otra que procree un hijo y después lo abandone. El derecho objetivo no puede ponerse al servicio de un pretendido derecho individual."[69]

Ahora bien, analizando el problema de la calificación jurídica, se expresan a continuación cuales son los motivos por que se inclina en afirmar la ilicitud del contrato.

María Cárcaba Fernández, en contra de la licitud de estos contratos indica los argumentos siguientes: "1. Va en contra del orden público, pues ello supone disponer de un ser humano. 2. Es contrario a la ley pues su objeto es defraudar las normas de la filiación natural. 3. Es contrario a la moral y las buenas costumbres, pareciéndose a un contrato de prostitución. 4. Muchas veces supone un fraude a las normas de adopción. 5. Cae dentro del imperio del Derecho Penal, pues se acerca a la compraventa de niños, incita al abandono de los mismos y en ocasiones lleva consigo un delito de suposición de parto. 6. Es remunerado... La nulidad del contrato hace que no se pueda exigir el cumplimiento de lo pactado y que si algo se ha entregado como remuneración, al ser ilícito el contrato, tampoco se pueda reclamar lo entregado como remuneración."[70]

Chehade Aguap, expresa al respecto: "El *nasciturus* sería tratado como simple medio y no como un fin *per se* es decir, como un bien útil y no como un valor en sí mismo, algunos lo catalogan como una compraventa disfrazada."[71]

No se olvide que el objeto del singular negocio jurídico familiar, es la persona, el hombre en sí mismo. En tal sentido, se entiende que no puede constituir un objeto lícito en el negocio jurídico familiar que se analiza, porque la capacidad de procrear, o generar, es material indispensable e intransmisible para las partes. Es evidente que la persona no se puede erigir en sí misma como un objeto de ningún contrato, ya que como tal, debendría en una comercialización. Ahora bien, también es claro que deja de ser un concepto relativo no inmutable, en función de valores éticos morales imperantes en la realidad social en cada

---

[69] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Pág. 147.
[70] Cárcaba Fernández, María. Op.Cit. Pág.169.
[71] Chehade Aguap, César Alfredo. Op.Cit. Pág. 41.

omento histórico, las propias circunstancias han venido admitiendo un determinado tráfico ídico, como el disponer de órganos del cuerpo para trasplantes.

Chehade Aguap, opina que : "De aceptarse se estaría ante una forma de manipulación l cuerpo de la mujer, que atentaría contra la dignidad de la persona. Por otra parte, la brogación se haría mediante contrato, lo que desencadenaría una comercialización del erpo humano, condenable desde todo punto de vista, y a la que sin duda contribuiría al ctor desempleo. "[72]

Igualmente Leal Dávida, expresa que : "...No es posible asemejar el cuerpo humano a ıa cosa, sobre la cual puedan vincularse derechos de terceros. El cuerpo de una persona /a no es una cosa sino que, como parte o substrato de la personalidad, pertenece a ésta, ı constituir nada independiente frente a ella, tampoco el hombre a quien pertenezca el ıerpo es propietario de él, falta aquí un objeto susceptible de apropiación, y no porque el ıbstrato jurídico esté más alejado, sino precisamente por estar más cerca del sujeto que ıalquiera de los objetos sometidos a su propiedad. Sin embargo, no descarta el derecho de ilizar el cuerpo (contrato de modelaje artístico de ropa). "[73]

El Código Civil guatemalteco, estipula: para que un negocio jurídico tenga validez, se quiere: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca e vicio y **objeto lícito** (Art. 1251), además establece el código, respecto al objeto que las osas y los hechos pueden ser objeto de los contratos, y agrega que éstos deben ser eterminados, posibles (Art. 1538). Cuando se preceptúa que el objeto debe ser lícito, se educe que el mismo no debe estar en desacuerdo con la ley, y no debe contravenir el orden ublico, la moral y las buenas costumbres. Ahora bien, como se indicó solo las cosas pueden er objeto de contrato, e igualmente nuestra legislación civil, define en el artículo 442 C.C., ue bienes son la cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en ımuebles y muebles, además determina taxativamente que cosas son muebles o inmuebles. \rt. 446 -451), por lo tanto es obvio que, el cuerpo humano no se puede ubicar como mueble, ıucho menos como inmueble, por lo cual se deduce que el mismo no puede ser objeto de inguna clase de contrato, ya que deviene como consecuencia que es contrario a ley, ontrario a las normas establecidas en el Código Civil, por lo cual debendría en ilícito, y al ıltar este elemento el negocio jurídico sería nulo. "Hay nulidad absoluta en un negocio ırídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o a las leyes prohibitivas expresas y or la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia..." (Art. 1301 :.C.), por lo tanto, los mismos no producen ningún efecto, es decir no generan derechos ni ampoco obligaciones.

Sobre la calificación jurídica del contrato, se entiende que si se tuviera que encuadrar icho contrato de gestación en útero ajeno, dentro de los negocios jurídicos regulados por el Código civil, se podría concluir que la figura contractual más a fin resultaría ser el ırrendamiento. Pero fácilmente se puede descartar, al efectuar el análisis desde el objeto del ontrato de arrendamiento, ya que el mismo es una cosa y como se reflexionó, el cuerpo ıumano no puede ser objeto de ningún contrato, ya que será ilícito. Inclusive se podría ubicar ıl contrato de maternidad gestativa, como un contrato de compraventa de cosa futura. (Art. 805 C.C.), pero igualmente en este caso el objeto es ilícito, por lo expresado anteriormente, ıdemás se remite a lo comentado en torno a la consideración del hijo como alguien y no como ılgo.

---

[2] Ibid. Pág. 40,41.

[3] Leal Dávida, Luis Orlando. Op.Cit. pág. 39.

Expone Leal Dávida en este sentido que: "Otro punto de candente discusión es lo relativo a la remuneración de quién presta el vientre. El M.D. Dr. Ervin Nichols, director del Colegio Norteamericano de Obstetricia y Ginecología, opina que no quisiera pensar que no hubiera lugar a préstamo de vientres, pero es difícil diferenciar entre pagar por este servicio y pagar por un ser humano. Ningún Estado de la Unión, cuenta con un Estatuto propio sobre la materia y 24 de ellos aplican analógicamente leyes viejas que prohiben la remuneración para quien dispone su hijo en adopción. Al otro lado del mundo en Alemania, recientemente los tribunales fallaron en un caso en que se demandaba a un hombre que incluyó en los avisos clasificados de un periódico de amplia circulación propuesta que incluía remuneración tendiente a conseguir voluntaria para ser inseminada y gestar. La Corte conminaron al individuo a pagar una multa por el valor equivalente a US$ 1,750 debido a que en dicho país las normas prohiben publicar este tipo de ofertas. (En estricto sentido de la propuesta se dirigía a que una vez nacido el niño, éste fuera puesto en adopción de manera que una pareja interesada pudiera adoptarlo). Como vemos, la justicia alemana eludió un pronunciamiento sobre el fondo del problema que examinaba y se curó en salud, reprochando con argumentos "sacados del sombrero", la actuación del anunciante." [74]

Por tanto es congruente reafirmarse por la nulidad del contrato, entre otras razones porque queda fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, negociar con una materia cuya indisponibilidad es absoluta, obviamente se traspasarían los límites de la autonomía privada si las partes pretendieren negociar en cuanto a la posible prestación del vientre, uso no solo del útero sino del propio cuerpo; en razón a que el objeto del negocio sería la persona, y no es posible que dicha facultad esté dentro de la libertad de contratación, por lo que dicho contrato resultaría ilícito por ser contrario a los principios de orden público, hoy por hoy vigentes en nuestro país.

La legislación española de Reproducción Humana Asistida, adopta la postura de considerar nulo el contrato de gestación, así el artículo 10.1 establece: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero."

Se reflexiona en este sentido, según que no se aceptaría, por parte del colectivo social, la licitud del contrato, en función se reitera, de la indignidad de su convenio, ya que se utiliza como objeto del contrato la persona misma, la cual se traduce en una humillante instrumentalización del cuerpo, con una evidente finalidad lucrativa, amparada hipócritamente en una falaz actitud altruista de ayuda a la pareja infértil, a la que entregará su propio hijo en virtud de una aparente obligación que no es coercible.

8.2 DISTINTAS VARIANTES EN LA POSIBLE UTILIZACION DEL METODO GESTATIVO.

El supuesto más elemental sería cuando los titulares de la células germinales coinciden totalmente en los miembros de la pareja comitente, es decir la arrendataria de los servicios de gestación, quienes vendrían a aportar ambos, tanto el semen, como el óvulo produciéndose la oportuna fecundación *in vitro* homóloga, para después implantar el cigoto resultante en el útero de mujer gestante, que llevará a cabo el embarazo.

Puede argumentarse al respecto, que aparte de la disociación del concepto de maternidad entre el componente genético y el biológico el hecho de que la concepción se ha

[74] Ibid. Págs. 24,25.

producido en útero ajeno por la fecundación de los gametos masculinos y femenino de los miembros de la pareja estéril, y que por tanto el nacido sería desde un punto de vista consanguíneo de aquélla, puesto que es portador en su totalidad de la herencia genética de aquellos sujetos, aunque biológicamente hijo de la gestante.

El segundo supuesto se caracteriza, porque solo uno de los miembros de la pareja arrendataria de los servicios de gestación, aporta la célula germinal, con lo que se producirá una fecundación *in vitro* ya no homóloga, como en el supuesto anterior sino heteróloga, se producirá tal circunstancia, porque se habría recurrido bien a una donación de semen o bien a una donación de óvulos. Podrá ocurrir, que, en el caso de la donación ovular no es tan seguro que pueda afirmarse el anonimato, porque científicamente se objeta que presenta algunos inconvenientes la técnica, dado que es preciso un seguimiento y control periódico en la donante, lo que puede influir en el posible conocimiento, tanto de la pareja comitente, como en la donante, en razón a lo inmediato del proceso inseminatorio después de la operación quirúrgica de la donante, y por la posible coincidencia física y temporal en el establecimiento médico autorizado.

De lo explicado se deduce que el donante de gametos, titular de la materia genésica puede resultar ser un tercero ajeno o desconocido para la pareja comitente, o por el contrario, conocido en su identidad personal. Así pues, bien cuando el esposo o varón conviviente, de la mujer que presta su vientre para llevar a cabo la gestación aporta su gameto masculino, correspondiendo el femenino a la arrendataria de los servicios de gestación, quien resulta, por tanto, su madre genética, aunque no biológicamente, bien cuando la propia mujer gestante presta o aporta sus propios óvulos, resultando ser inseminada heterólogamente con el semen del esposo o conviviente de la pareja comitente. En este último supuesto no solo resultará ser madre biológicamente, sino también desde un punto de vista genético.

Se deduce de lo expuesto que entrarían en conflicto por una parte la paternidad legal que asume el esposo varón conviviente de la pareja comitente, con la paternidad genética que correspondería al progenitor donante del gameto masculino y por otra parte un triple conflicto de maternidades, en el caso de que el gameto donado fuese el óvulo, dado que entonces genéticamente la donante resultaría ser la madre, enfrentándose con quien lo es biológicamente al llevar a cabo el proceso de gestación, y por último, frente a lo que solo lo es afectivamente, y quizá su único reforzamiento vendría a ser la posesión notoria de estado, de esta manera se puede imaginar que como posible solución se pudiera declarar dicha determinación legal de filiación materna, en razón a la constante y acreditada posesión notoria de estado, de quienes ostentan sin interrupción, tanto el concepto público de padres, como la continuidad en el comportamiento de dicho rol.

Para concluir se examina la hipótesis que comporta un grado de despersonalización y deshumanización más degradante, consistiendo en que la proveniencia de los gametos fuera de donantes desconocidos, tanto de la pareja arrendataria de los servicios, como de la propia gestante. En este caso hipotético, madre sería quien lleva a cabo la gestación, parece en principio que la solución sería la adopción por parte de la pareja arrendataria de los servicios de gestación.

8.3 ATRIBUCION JURIDICA DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

En otras palabras, cuáles son las posturas a adoptar en torno a la atribución jurídica de la paternidad y de la maternidad.

En principio podría interpretarse que el propio contrato sería la causa justificada de la imputación de la filiación materna y paterna, es decir el fundamento de la filiación, habría que buscarlo, no tanto en una base biogenética sino por el contrario, sociocultural y afectiva, en esta interpretación que no se aprueba, se parte obviamente de la consideración del contrato como válido, de suerte que el presente negocio familiar, entendería que no se atenta contra ningún principio de orden público aplicable a dicho contrato.

En el supuesto que dicho negocio no sería ilícito, y reafirmándose la validez del contrato, la cuestión estribara en discernir la atribución de la paternidad y maternidad, en virtud de los estipulado por las partes o por el contrario, el contrato de subrogación materna dará pie para la celebración obligatoria del vínculo adoptivo del hijo en favor de la pareja comitente. En coherencia con lo razonado se entiende que bastaría con el contrato de gestación, ya que de no entenderlo así, la adopción como se tendría que conceptuar, cómo un negocio autónomo o independiente por el contrario, cual si fuera un contrato forzoso que hubiera que celebrar.

En resumen si se adoptara la posición contractualista, se optaría por la validez del negocio familiar de gestación por encargo, puesto que no se infringirá ningún principio de orden público socio-familiar, ni ético o moral para reputarlo ilícito; por lo que la maternidad o paternidad se imputará a la pareja comitente en virtud de lo estipulado por las partes contratantes, igualmente en ningún caso podrá atribuírsele maternidad alguna a la gestante, con base a la renuncia estipulada por ella y la cual sería eficaz y lícita, desde la celebración del contrato, como también si hubiera mediado una donación de gametos por un tercero anónimo, tampoco podría atribuírsele jurídicamente paternidad o maternidad alguna, puesto que la propia finalidad del contrato no se cumpliría.

Naturalmente la determinación legal de la filiación matrimonial o extramatrimonial, iría en función de la existencia, o no, de vínculo conyugal en la pareja comitente, de modo que si estuvieran casados el hijo sería matrimonial y así se inscribiría su nacimiento.

En conclusión se puede colegir de esta postura, su reprobación más absoluta, en razón a que el citado contrato se revela sin una base natural.

La segunda postura está acorde con la reflexiones apuntadas, en catalogar al contrato como ilícito, en virtud de pretender erigir a la persona como objeto de contrato, cual si se tratase de algo material o patrimonializable, en tal caso se entiende que dicho negocio jurídico no surtirá efecto alguno entre las partes que lo suscribieron. Aún así quedaría pendiente determinar legalmente la paternidad y maternidad que compete al hijo, porque aunque se estipule que el contrato es nulo, en supuesto que se haya efectuado la gestación por encargo, el hijo tiene derecho a que se le determine de alguna forma su filiación. Así la legislación española, establece que el contrato será nulo, pero a la vez dispone que "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, y además quedará a salvo la reclamación de la paternidad del padre biológico, conforme las reglas generales." (Art. 10.1-3).

Por lo que se interpreta, que en relación a la maternidad, la mujer gestante es a la que debe atribuírsele la maternidad jurídicamente, porque es más importante el componente de la gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre en favor de la mujer portadora. Se dice que la genética moderna no cree que todo está en los genes, sino en lo que se llama interacción con el ambiente, por ello estas razones conducen a concluir que a la gestante corresponderá la determinación legal de la filiación materna.

En lo que respecta a la paternidad, a quien deberá atribuírsele, se estima que si la ıjer estuviera casada, el hijo se beneficiaría de la condición de hijo matrimonial aún cuando gameto masculino fecundante no proviniese del esposo de la gestante, naturalmente dicho nyuge podría impugnar la filiación matrimonial.

Al concluirse que el hijo es matrimonial, no lo es tanto porque el esposo de la mujer ırtadora hubiese dado un consentimiento, como ocurría en la inseminación heteróloga o ınación ovular, sino porque opera lisa y llanamente la presunción de *pater is quen nuptia ımostrat* en favor del hijo nacido en el seno de una relación familiar matrimonial.

En congruencia con lo manifestado, se remite al articulado vigente de la filiación, a los ectos de atribuir legalmente la paternidad o maternidad, (Art. 199,210 C.C.), de lo cual sultará que madre es la que ha parido, y como está resulta ser mujer casada, el nacido se putará como hijo matrimonial, porque se desencadenaría la presunción de paternidad en vor de aquél, se infiere que en tales circunstancias, el esposo de la gestante podría ıpugnar la susodicha paternidad matrimonial, ya que realmente, él no alega ninguna torpeza no la falta de realidad biológica. Del mismo modo se entiende que esta presunción operaría, nto si hubiese expresado su consentimiento, sin ninguna validez, porque el contrato es nulo, ımo sí, por el contrario, no hubiese sido parte en dicho contrato, es decir no hubiese ınsentido, porque a los efectos legales se le reputa como matrimonial.

Es importante dilucidar sobre la paternidad, es decir quién debe ser el padre. Se ıdría conducir esta reflexión al titular del gameto, pero es necesario hacer la observación, ue si el titular de la célula germinal fue un donante anónimo, siguiendo los principios gestores e este trabajo, los cuales se sugieren como orientadores para el proyecto de legislación ıbre la reproducción humana asistida, en ningún caso podría imputársele responsabilidad aterno-filial alguna, porque el referido donante no es mas que un mero progenitor casual, ue, en ningún momento pretendió atribuirse el rol de padre, aquél hizo una donación sin onocer a la destinataria, por lo que no tendría sentido determinar judicialmente en su contra liación alguna.

Se descarta entonces al donante anónimo de gametos. Ahora bien cuando el gameto rovenga del varón miembro de la pareja comitente (arrendante), en este caso siendo el titular el gameto, como futuro padre, parece que existen más razones para imputársele la ıaternidad jurídicamente hablando, puesto que genéticamente nadie le puede negar que es ırogenitor, porque une a su componente fisiológico su voluntad de ser padre. En conclusión ıtribuida la maternidad jurídica a la gestante y la paternidad al varón comitente, las relaciones ıaterno filiales serían las mismas que el legislador preceptúa para los supuestos de crisis natrimoniales, como separación o divorcio, es decidir el juez deberá determinar, en interés de ıs hijos, con cuál de los progenitores han de quedar aquéllos, atendiendo a las ;ircunstancias del caso.

César Chehade, en relación a la maternidad subrogada opina: "... se considera que las mplicaciones individuales, sociales, éticas, legales, etc., que acarrearía la aceptación de esta ıractica son demasiado complejas, y los riesgos que se correrían no se tomarían en atención ı la satisfacción de una urgencia vital, sino a la de un deseo maternal loable, pero no puede ;er considerado como un derecho absoluto por satisfacer... es fácil concluir que la gestación de sustitución debe prohibirse en cualquier circunstancia, así como aquellas actuaciones que

la propicien. Por tanto las personas que de un modo u otro intervengan en ella, incluidos los equipos médicos y los centros en que se realicen, deberán ser severamente sancionados."[75]

España es uno de los pocos Estados que tiene regulado el tema de madres de sustitución con la Ley de Reproducción Asistida Humana, en el Artículo 10 estipula: "1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. 2) La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales."

Partiendo entonces de la nulidad que establece el citado artículo, se niega acción a la mujer gestante para poder reclamar a la otra lo que está prometido por el embarazo. Por otra parte tampoco podrá reclamarse a la madre gestante lo que en cualquier momento se le entregó como retribución, aún en el supuesto de arrepentimiento. En el supuesto que el hijo fuera habido por maternidad subrogada, este artículo señala que la filiación se determina por el parto y que también queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Se ha distinguido en primer lugar, si la donante de útero está casada o no casada. En caso afirmativo y si el óvulo y el esperma procede de los padres de deseo y el marido de la arrendadora de útero no impugna la paternidad, el hijo será matrimonial de la mujer portadora y su marido. Si la madre sustituta no está casada y el esperma procede de la pareja de deseo, el hijo será inscrito como no matrimonial de la arrendadora y del donante de esperma una vez que éste ha reconocido al hijo habido en tales condiciones; en definitiva la madre legal será siempre la que ha dado a luz, con independencia de que ella proporcione el óvulo o proceda de la madre de deseo o de otra donante; y la paternidad podrá ser atribuida al marido de la mujer portadora si está casada y no impugna el nacimiento del hijo extramatrimonial, dándose la oportunidad de que el padre de deseo que ha aportado el semen lo reconozca en base a los preceptos del Código Civil español.

Por todo lo expuesto se considera que el contrato de gestación en útero ajeno, por la naturaleza de su objeto que es ilícita, consecuentemente deberá ser nulo de pleno derecho asimismo se sugiere que la practica de este procedimiento sea prohibida, porque se instrumentaliza el hijo con un simple objeto o mercancía, fecundado con *animus lucrandi* por lo cual se entiende que se degradará la institución familiar, si se llegará legitimar este procedimiento, conducido a la creación de hijos por encargo, comercializando la maternidad biológica al permitirse la gestación por dinero. Así pues en este proceso no debe olvidarse el interés del hijo, quien ciertamente sufrirá al conocer que la raíz biológica o genética, de su origen se debió a una gestación tan despersonalizante, lo cual puede provocar serios conflictos psicoafectivos, por todo ello se insiste que la futura ley que regula las técnicas de reproducción humana, debe prohibir expresamente la aplicación de este procedimiento.

Para finalizar el apartado de la maternidad sobrogada, se referirá someramente, a la jurisprudencia habida en esta materia, al menos la más relevante, a tal fin se expondrá y analizará la sentencia norteamericana más conocida con el nombre de "*Baby M*". Sentencia del Tribunal Superior de Nueva Jersey, División de Cancillería, Sección Familiar, Condado de Bergen, Expediente No. FM 25314-86-E, y que constituye uno de los documentos judiciales más relevantes, en el momento presente por erigirse en la primera solución mundial en torno al asunto de la gestación por encargo.

---

[75] Chehade Aguap, César Alfredo. Op.Cit. Pág.42.

Refiere la dicha sentencia, que la cuestión jurídica en el pleito, a la que debe ubordinarse cualquier otro interés, es el bienestar de la criatura, su estabilidad psicológica, motiva y desarrollo de la personalidad de forma menos traumática, además agrega, que licho interés incluye la necesidad de determinar si un arreglo singular entre en hombre y una nujer, que no están casados uno con la otra, crea un contrato. En caso afirmativo, sí se uede hacer cumplir el contrato, y si es así, por qué criterios, medio y maneras. En caso egativo, cuáles son los derechos y deberes de las partes por lo que respecta a la custodia, isita y sostenimiento.

Lo apuntado resume toda la problemática de la gestación sustitutiva, a saber, tanto la icitud del contrato sobrogratorio, es decir la admisibilidad del objeto, en cuanto si es válido el rrendamiento de servicios de gestación o si por el contrario se decidiera calificar dicho ontrato ilícito en razón al objeto, por ello al optar por la licitud del contrato, la determinación n cuanto a la atribución del vínculo de filiación al hijo, es decir a la pareja gestante o pareja omitente.

Para finalizar se remite al tenor literal de la propia sentencia; que con evidentemente acierto razona, que no puede existir ninguna solución satisfactoria para todos, en esta clase de casos. Expone que la justicia, objetivo que se persigue para la criatura y la madre, y para a criatura y el padre, no se pueden, conseguir para la madre y el padre, y, que la averiguación de los hechos y la aplicación de las oportunas leyes por parte del tribunal, deben mitigar los deseos sinceros de uno u otro de los padres naturales, porque cuando los tribunales se ven obligados a elegir entre derechos de uno de los padres y el bienestar de la criatura, la elección es y debe ser, el bienestar y los mejores intereses de la criatura.

Agrega también, que esta fórmula conciliadora no trata de buscar la verdad biológica, sino al contrario, ahondar en la realidad afectiva, que mejor redunde en beneficio del menor, de suerte que la custodia, educación, manutención y desarrollo de la personalidad se dirija a la relación familiar que esté en condiciones humana y materialmente hablando, de ofrecérselo, por lo que el juez valorará dicha situación en aras al interés del propio menor.

En conclusión el juez norteamericano mantiene que el acuerdo de parentesco sobrogado es un contrato válido y aplicable de conformidad con las leyes de New Jersey, expresa que los derechos de las partes están protegidos constitucionalmente bajo la enmienda 14 de la Constitución de E.E.U.U. (Derecho Fundamental de Procrear). Además argumenta que la Sra. Whitehead, ha roto su contrato por dos razones: primero no entregando al Sr. Stern la criatura nacida de ella y el Sr. Stern; segundo ella no renunciando a sus derechos de progenitor con respecto a esa criatura. En este punto se argumenta que la única regulación por la cual esa corte debe guiarse, es la aplicación de *la doctrina en el mejor interés de una criatura*. A este respecto razonan que el mejor interés para el niño, es, más que la felicidad de un niño, su bienestar físico, mental y moral, además mejor custodia, desarrollo con la mínima cantidad de desventajas, en ambiente familiar estable. Por ello se preguntaron cuál es la estabilidad emocional de las partes intervinientes y la relación familiar más estable, sólida y segura, y el juzgador se inclinó en favor de los Sres. Stern, quienes demostraron con sus actitudes, capacidad y comportamiento, una mejor sensitividad con la necesidades físicas y emocionales de la criatura.

El pronunciamiento del juez, inducido por el principio de bienestar e interés del hijo, le hace fallar en favor o cumplimiento del acuerdo subrogatorio contraído, y por ende conmina a la obligación de entrega de la criatura al Sr. Stern (padre biológico), atribuyéndole la custodia del hijo. Al mismo tiempo cancela todos los derechos parentales de la Sra. Whitehead en

función a las necesidades del niño, implicando dicha cancelación cualquier posibilidad de la reclamación de la filiación.

Se desprende de lo expresado que no se concede a la madre biogenética ni el derecho de la visita, ni posible comunicación con su hija, razonándose dicha postura en que ello irá en detrimento del desarrollo psicoafectivo de la criatura, como de su estabilidad emocional.

9. REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA *POST MORTEM*

Uno de los aspectos que convulsionan con más profundidad el orden jurídico, en relación a los efectos personales y patrimoniales del grupo familiar, es la aplicabilidad de las técnicas de fecundación humana asistida *post mortem* , lo cual de entrada, se le suman un complejo de consecuencias legales.

De admitirse la postumidad de la inseminación y la fecundación *in vitro*, se consideraría como excepción a la finalidad que debe regir la utilización de las técnicas repoductoras. Es decir antes se ha decantando en pro de la función eminentemente terapéutica de las mismas, para corregir la esterilidad irreversible que sufra algún o los dos miembros de la pareja, cuando ningún otro medio de tratamiento hubiera dado resultados positivos, o existieran posibilidades de transmitir al *nasciturus* alguna enfermedad congénita o hereditaria. En consecuencia cual es la finalidad que justifica la utilización del recurso *post mortem*, cuando ha fallecido quien era estéril.

Existen distintas posturas por parte de la doctrina y las diferentes legislaciones en torno a si debe ser admitida o no la inseminación *post mortem* y la fecundación *in vitro post mortem*.

A) La de aquellos que son partidarios de una radical oposición a que se fecunde a la mujer con el semen o con el embrión previamente obtenido y depositado en el banco; es importante señalar que la Recomendación del Comité *ad hoc* de expertos sobre el Progreso de Ciencias Biomédicas en su Principio 7.4 señala que la procreación artificial con el semen del marido o del compañero muerto no será permitida.

B) Una postura intermedia, se refiere a aquéllos que entienden que no se puede prohibir, pero que se debe evitar en todo lo posible, y en el caso de llevarse a cabo la fecundación, el hijo habido como consecuencia de estas técnicas no debe tener derechos sucesorios del dador del esperma.

C) Y en tercer lugar están los partidarios de que se pueda llevar a cabo la inseminación *post mortem*, aunque bajo ciertas condiciones de consentimiento y plazos dentro de los que debe tener lugar la inseminación artificial después del fallecimiento.

También se puede agrupar a los partidarios de las distintas tendencias en tres grupos: en el primero, al igual que en las distintas legislaciones, se pueden agrupar aquéllos que rechazan formalmente la inseminación *post mortem*.

Lledó Yagüe indica: "A mi modo de ver (*pro me parte)* , la circunstancia de nacer voluntariamente sin padre condena al *nondum concepti* , ya antes de la concepción, a la orfandad deliberada y permitida.. la razón de ser de la técnica ha cambiado sustancialmente, y que su utilización comportaría una distorsión en la finalidad terapéutica... instrumentalizando

l hijo como simple medio subordinado a los intereses personales... contraviniendo el mandato onstitucional, que erige como criterio rector para los padres prestar asistencia de todo orden sus hijos; que éstos encuentren *ab initio* , la existencia en la familia del doble modelo, y no ıonoparental." [76]

Igualmente Ramón Herrera expresa que: "A mi entender, la inseminación *post mortem* o tenía que haber sido aceptada... El hijo es concebido, cuando el productor del semen ya ha ejado de existir; con ello se está condenado a un ser que viene al mundo a luchar con esventaja con referencia a los demás; *a priori* se está atribuyendo la concepción de un hijo un padre que ya no existe... si se dice que la mujer tiene derecho a tener un hijo, también e puede afirmar que el hijo tiene derecho a tener un padre y una madre." [77]

Además adoptan la misma postura, Zarraluqui, Lacruz Berdejo y Pantaleón Prieto.[78] .a doctrina dominante en este aspecto, está contra la inseminación artificial de una mujer con ıl semen de su marido ya fallecido, que ésta es ilícita, aun cuando conste el consentimiento lel difunto a que su esperma fuera utilizado con tal fin a su muerte; y existen dos argumentos undamentales:

El primero, es que la decisión es indudablemente personalísima, no puede tomarse ›ara el futuro de forma irrevocable, ha de ser una decisión actual en el momento en que la nseminación tenga lugar. No cabe, reconocer eficacia a la declaración de voluntad, puesto ıue en el momento del fallecimiento cesa la posibilidad de revocación, y por ende no puede ›redicarse la actualidad de su consentimiento y el cual no puede ser sustituido por el de sus ıerederos o parientes próximos. Se menciona que toda persona tiene un derecho 'undamental a planificar libremente su propia reproducción, pero éste no puede ir más allá de ;us límites normales: termina con el fallecimiento del sujeto.

Y el segundo, es en cuanto que la inseminación *post mortem* , es contraria al deber de os padres a prestar a sus hijos asistencia de todo orden , por cuanto da lugar que venga al nundo un niño sin un padre que haya de cumplir con aquel deber.

Por lo que refiere a la segunda postura, es decir aquéllos que mantienen que no se puede prohibir, pero que el hijo habido como consecuencia de estas técnicas debe ser privado de derechos sucesorios o con otras limitaciones, entre otros se pueden citar a Zannoni y Serrano. En cuanto a la tercera postura, es decir la de admitirla sin reparos, es defendida en la doctrina por Martínez-Calcerrada.[79]

En cuanto a los países que han legislado la inseminación *post mortem* , se encuentra la Ley española, si bien deberá realizarse en los seis meses siguientes al fallecimiento del marido o compañero, siempre que éste lo haya consentido previamente en escritura pública o testamento, para reconocer la filiación legal al niño que nazca.

La legislación alemana la prohibe de forma expresa y la Ley sueca, de forma implícita, ya que el art. 2 dispone: "La IA sólo puede realizarse con la condición de que la mujer esté casada o cohabite con un hombre en circunstancias similares al matrimonio. Debe obtenerse el consentimiento escrito del marido o compañero." Además en el informe previo a la ley, elaborado por el correspondiente Comité gubernamental, rechaza la Inseminación *post*

---

[76] Lledó Yagüe, Francisco. Op.Cit. Págs. 192-194.
[77] Herrera Campos, Ramón. Op.Cit. Pág. 41.
[78] Ibid. pág. 43.
[79] Ibid. Págs. 45,46.

mortem de forma expresa, basándose en la necesidad del niño concebido por inseminación artificial de tener acceso a ambos progenitores.

El resto de los países europeos no se pronuncian sobre este punto en sus leyes específicas.

Respecto a este procedimiento, se llevará a cabo un breve análisis desde la perspectiva actual, aplicando el articulado vigente, y fundamentalmente el artículo 199 del Código Civil guatemalteco.

Se reflexiona entonces, que si la inseminación se produce en vida estaremos en presencia de una inseminación homóloga, como la que se examinó en páginas precedentes, y el hijo nacerá amparado en el *status* de hijo matrimonial o extramatrimonial; pero si la inseminación o fecundación del embrión de la pareja casada o convivientes se produce cuando ya el progenitor varón había fallecido, el hijo al haberse disuelto el vínculo, es, por ende, extramatrimonial y la duda surge al resolver la hipótesis siguiente: se tendrá que considerar con los mismos derechos sucesorios que el hijo póstumo concebido vigente el matrimonio, pero nacido cuando hubiese fallecido el progenitor, en el plazo establecido en el artículo 199 del Código Civil, trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, o por el contrario, se tendrá que considerar amparado en el *favor iuiris* del hijo matrimonial a todos los efectos legales, siempre y cuando el progenitor hubiere expresado formalmente su voluntad.

Antes que nada conviene indicar como punto de partida los presupuestos en los cuales se apoya la filiación matrimonial; los cuales son:

- Matrimonio de los padres,
- concepción o nacimiento durante el matrimonio,
- relación de maternidad, es decir filiación respecto de la mujer casada, identidad del hijo, y
- por último relación de paternidad, o sea filiación del esposo de la madre.

Recurriendo a los presupuestos anotados, la conclusión es que el hijo nacido por inseminación homóloga *post mortem* habría sido concebido cuando ya se había disuelto el matrimonio, luego el hijo nacido en estas circunstancias y más de los trescientos días siguientes al fallecimiento del causante-progenitor, será considerado como un hijo no matrimonial.

A este respecto en nuestro Código Civil, no existe norma alguna que regule explícitamente, que el matrimonio se disuelve con la muerte de uno de los cónyuges, pero de la lectura del artículo I del C.C., que establece: "La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; ... " se puede colegir que con el fallecimiento del ser humano, concluye la personalidad civil, y ésta es la investidura jurídica que nos transforma en sujetos de derechos y obligaciones; por lo tanto un ser humano que ya no existe físicamente por el acaecimiento de la muerte, ya no tiene personalidad civil, por lo cual no puede ser considerado sujeto de derechos y obligaciones, además el hombre o mujer que tiene existencia física, es decir está vivo, no puede conservar un vínculo con un ser inexistente porque obviamente resulta ilógico e irrealizable, que se le pueda exigir el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de sus propios derechos, pero esta regla , tiene sus excepciones, el cual es la sucesión hereditaria por causa de muerte, por la que una persona manifiesta su declaración de voluntad, con respecto a los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, es decir el código no establece en forma concreta cuáles son los derechos que se extinguen con el fallecimiento, pero se entiende que serán todos aquellos en

os cuales se exija el cumplimiento de la existencia de la persona física, además con personalidad civil, para que pueda ejercer sus derechos o cumplir obligaciones. Aunque, diferentes cuerpos legales, también establecen que en casos determinados, los derechos no se extiguen, sino que se transmiten a sus herederos, como el artículo 59 del Código Procesal Civil y Mercantil, que establece: "Cuando la parte desaparece por muerte o por otra causa, el proceso se prosigue por el sucesor universal o en contra suya." Asimismo el Código Penal establece que la responsabilidad civil derivada de delito o falta se transmite a los herederos del responsable, igualmente, se transmite a los herederos del perjudicado la acción para hacerla efectiva. (Art. 115), por ello solo en ciertos casos los herederos deberán cumplir obligaciones del causante, así como exigir derechos que le corresponderían.

Otro de los casos en los cuales se puede exigir el cumplimiento de una obligación a pesar que el cónyuge ya ha fallecido, es el que se realiza con base en la presunción de paternidad que establece el artículo 199 C.C., en la cual se considera que el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, se considera matrimonial. como se observa en este precepto no se indican los casos en que se considera disuelto el vínculo matrimonial, pero el artículo 161 C.C., aclara en cierta en forma, que el efecto propio del divorcio es la disolución del vínculo conyugal, por lo que es necesario remitirse al artículo 206 C.C., que estipula que en casos de separación o disolución del matrimonio, la mujer que esté en cinta deberá denunciarlo al juez o al marido (según el caso), asimismo, si la mujer quedare encinta a la muerte del marido deberá denunciarlo al juez competente. Como se puede observar esta norma no determina específicamente que la muerte es causa de disolución del matrimonio, pero se puede colegir, ya que la norma equipara uno y otro caso, es decir señala que las consecuencias jurídicas serán las mismas, por lo tanto en los dos casos es necesario la previa denuncia a juez, para efectuar la inscripción de la filiación de los hijos como matrimoniales.

Por el contrario la legislación chilena, si establece en forma diáfana, que la muerte es causa de disolución del vínculo matrimonial, el artículo 37 de la Ley de Matrimonio Civil preceptúa: "El matrimonio se disuelve: 1o. por la muerte natural de uno de los cónyuges..." "Por lo que se deduce que disuelto el vínculo matrimonial por muerte de los miembros de una pareja, la criatura fruto de una inseminación artificial *post mortem* en Chile, no puede ser tenida como legítima o matrimonial, ni como sujeto de derecho dentro de la sucesión del padre o madre muertos." [80]

Retomando el supuesto del hijo nacido por el procedimiento de una inseminación homóloga *post mortem* , es decir que cuando el progenitor ya hubiere fallecido, (disuelto el vínculo matrimonial), se realizará efectivamente la concepción, y ocurriera después de los trescientos días siguientes al fallecimiento, la interrogante es que cómo deberá inscribirse la filiación del hijo suponiendo que se debe enjuiciar a la luz del articulado vigente en filiación.

Al respecto se puede pensar en las soluciones siguientes: Como ha nacido disuelto el vínculo y fuera del plazo estipulado en el precepto, (300 días), sería extramatrimonial, significa esto que quedaría determinada legalmente la filiación no matrimonial del hijo, la materna y paterna, pero entonces con derechos sucesorios en la herencia del causante, es decir que estaría en la misma situación que el hijo nacido posteriormente a la disolución del vínculo por divorcio, por lo tanto el hijo ostentaría la filiación paterna y materna correspondiente a sus progenitores, ya no casados.

---

[80] Chehade Aguap, César Alfredo. Op.Cit. Pág. 59.

Otra solución sería considerar al hijo extramatrimonial solo con relación a la madre, es decir que solo se permitiera la determinación legal de la filiación materna, pero no la paterna de esta manera el hijo no tendría derechos de ningún tipo con relación al fallecido.

La última solución sería considerarlo como matrimonial, recurriendo al artículo 202 de Código Civil, que estipula, que la filiación del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrá impugnarse por el marido; pero el hijo y la madre tendrán también derecho para justificar la paternidad de aquél, se deduce que en este supuesto se faculta al padre a impugnar la filiación, asimismo faculta a la madre y al hijo para reclamarla para justificarla, pueden aportar las pruebas que establece el Código Procesal Civil Mercantil, (Art. 128), por ejemplo declaración de testigos, medios científicos de prueba, com las pruebas biológicas. Es decir que si el hijo ha nacido más allá de los trescientos días a l disolución del vínculo no le ampara la presunción del *pater is* , por lo que se invertirá la carg de la prueba, y tendrá que acudirse al juicio declarativo para constatar la paternidad biológic del causante.

Ahora bien, se regulará de la misma manera la aplicación del artículo 199 del C.C., supuesto de la fecundación *post mortem* . Se debe observar lo siguiente, efectivamente, hijo siempre podrá recurrir al ejercicio de la acción de filiación correspondiente, para ell deberá presentar un principio de prueba suficiente de los hechos en que se funde demanda, por ejemplo, prueba de la inseminación efectiva con el gameto identificado, reclamar la filiación paterna que, en el caso genética y biológicamente, le corresponde p naturaleza; y por lo tanto podrá aportar cualquier peritaje biológico que confirm sanguíneamente su generación atribuible al causante en cuestión, es decir no se cuestiona verdad científica, por el contrario la interrogante es cuál es la determinación legal de filiación que le corresponde al hijo nacido *post mortem* y más allá de los trescientos dí siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, deberá ser matrimonial o extramatrimonial.

Para realizar un correcto análisis del problema, se debe reparar, que en los supuest de fecundación por cohabitación carnal se parte de un hecho incuestionable, cual es el h ha sido concebido viviendo el progenitor causante, y sin embargo, ha nacido, quizá más a de los trescientos días siguientes al fallecimiento del progenitor, por lo que se le reputa a *pri* , no matrimonial. Tal presunción podrá rebatirse trayendo a colación cualquier pruel biológica, por ejemplo la prueba de maduración fetal o prueba de la duración del embaraz para que se pueda establecer el tiempo que ha durado la gestación y consecuentemente, fecha más probable de la fecundación. Si esta fecha se sitúa en el momento en que vivía progenitor, podría concluirse en su paternidad, pero se repite que la prueba de la maduraci fetal tiene como finalidad, no tanto probar la generación, sino fijar biológicamente el momer aproximado en que tuvo lugar la concepción, de suerte que si ésta se demuestra que ocur constante matrimonio el hijo resultaría amparado en la presunción del *pater is* . circunstancia es que vivía el procreante cuando fue concebido el hijo; sin embargo na fallecido aquél y después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, modo que, en principio, no le ampara la presunción pero puede demostrarse lo contra biológicamente si la aportación probatoria resulta exitosa (Art. 202 C.C.).

En cambio en la fecundación *post mortem* , el presupuesto que lo origina es distinto que se ha reflexionado, puesto que el hijo no es que haya nacido *post mortem* , sino q además ha sido concebido muerto el generante; entonces el vínculo ha dejado de existir, es que no sea valida solo la presunción de paternidad, sino que, también el vínculo ha deja de existir por el fallecimiento, de cualquiera de los progenitores matrimoniales.

Podría concluirse que el hijo no puede ampararse en ninguna presunción de ıternidad, por mucha prueba biológica que constate científicamente el origen consanguíneo ıl hijo, y, además por la sencilla razón de que la concepción se produjo cuando había ısado formalmente el vínculo por el fallecimiento del causante, y parece razonable, en incipio entender que la determinación legal de la filiación del hijo póstumo, no concebido ıtes de la muerte de aquél sería la de extramatrimonial, asimismo, en cuanto a los ırechos sucesorios, se puede reflexionar que si los tiene en relación al esposo fallecido. ɜ reitera que este estudio se efectúo aplicando los preceptos de filiación vigentes.

9.2 FILIACION EN LA REPRODUCCION *POST MORTEM*

Ahora corresponde estudiar este supuesto, desde el punto de vista, de como debería ıularse, es decir cuál debe ser el *status* jurídico (*status filii*) matrimonial o extramatrimonial.

Como se ha mencionado, España es uno de los países que ha legislado sobre este ɔico, por ello se procede a efectuar un análisis de las normas de la fecundación *post ɔrtem* , contenidas en Ley de Reproducción Humana Asistida, y a la vez se realizaran las nsideraciones pertinentes.

El artículo 9.1 de la Ley española establece: "No podrá determinarse legalmente ación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de te no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón."

Lo primero que se deduce de su lectura es que es aplicable sólo a los matrimonios. Lo gundo el legislador equipara el conjunto de este precepto con los hijos póstumos, porque ra que un hijo sea considerado póstumo es necesario que el fallecimiento del padre se haya ɔducido una vez que se ha realizado la concepción del hijo; y ello es lo que exige este ɔiso, al establecer la necesidad de que los gametos del marido estén en el útero de su posa antes del fallecimiento. Con lo cual la inseminación no sería *post mortem* sino en da, y dando como fruto un hijo póstumo, que nacería antes de los 300 días siguientes a la ɜolución del matrimonio por muerte y que, en consecuencia, se beneficiaría de la ırrespondiente presunción de paternidad, por lo que se considera acertada la labor del gislador en este punto uno.

Además establece que de no darse el presupuesto fáctico, (que el material reproductor ıl marido no se halle en el útero de la esposa en el momento de su muerte), no podrá ɜterminarse filiación, ni producirse efectos, no que una técnica de reproducción asistida con ırácter *post mortem* es imposible efectuarla.

El artículo 9.2, de la citada Ley, dispone que : "No obstante lo dispuesto en el apartado ıterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material productor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar su mujer produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación atrimonial."

En este caso se entiende que es necesario que el esperma del marido esté ɜpositado en un banco de espermas, debe estar congelado o crioconservado. En este tículo se admite lo que se conoce por la doctrina como super póstumo, es decir que el hijo a sido concebido por la mujer después del fallecimiento de su esposo; para llevar a cabo la ɔncepción, la mujer ha sido sometida a una inseminación o fecundación con semen de su

marido, o bien se produce una implantación de embriones procedentes de ambos; por lo tanto, el marido muere sin que su esposa sea fecundada.

Se trata en este precepto de una inseminación *post mortem* claramente consentida por el fallecido, quien ha manifestado expresamente su voluntad positiva en orden a la inseminación de su esposa, bien a través de escritura pública, bien a través de testamento. Además que el semen, o bien los preembriones que se utilicen, procedan del marido fallecido y su mujer; por lo tanto, se excluye en este caso la fecundación *post mortem* con semen de donante. Ahora bien, ese consentimiento ha de dirigirse a que la inseminación artificial se practique dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del esposo, en cuyo caso la generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

De este modo, esta norma introduce una importante novedad, ya que es indudable que el así concebido nacerá, casi con toda seguridad después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio de los progenitores, en cuyo caso ya no se benefician de la presunción del artículo 199 C.C. y, a pesar de todo, y por mandato legal, la filiación se considera matrimonial.

Pero la posibilidad de la inseminación *post mortem* no se reconoce solamente al varón casado respecto de su esposa, sino también al varón por vínculo matrimonial respecto a su compañera, y ello en condiciones semejantes al varón casado, es decir, cuando consienta en escritura pública o testamento que su material reproductor sea utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento. En este caso el artículo 9.3 preceptúa que: "El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del art. 49 de la L.R.C., sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad".

En efecto la Ley, está permitiendo que se inscriba la filiación no matrimonial, por que consideran el documento donde consta el consentimiento para la inseminación *post mortem* como escrito indubitado del padre en el que expresamente reconoce la filiación. Se entiende que ese mismo escrito puede servir como principio de prueba en el ejercicio de una acción de reclamación de la paternidad en la que se solicita la investigación de la misma.

El artículo 9.4 de la Ley española dispone: "El consentimiento de la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquélla. Cuando un hombre deposita su esperma en un banco no cabe duda de que, mientras viva tiene la posibilidad de revocar su decisión, pero en el caso que el donante de semen haya fallecido, la revocación no se puede dar.

Con la prudencia que requiere tan complejo asunto, se procede a resumir las siguientes consideraciones que deberían tenerse en cuenta oportunamente por el legislador al analizar este problema.

En primer lugar, deberá decidir si se admite o prohibe la inseminación *post mortem*, sin perder de vista que éste es un acto médico que es practicado en la actualidad exclusivamente bajo la responsabilidad de quien lo realiza y de hecho más de un niño ha sido concebido después de la muerte de su progenitor, en este país.

Como se ha reflexionado la mayoría de los países no han legislado respecto a este punto, y en los que se ha legislado, se adoptan diferentes posturas, igualmente en la doctrina España recoge una postura en la cual no prohibe la práctica de este procedimiento, si

ıbargo para que se pueda llevar a cabo, es necesario que se cumplan ciertas condiciones, quisitos que ya se anotaron.

Por lo tanto respecto a la admisibilidad de este procedimiento, se considera pertinente optar una postura en la cual no se prohiba, sin embargo para poder efectuarla, deberán mplirse con ciertos requisitos, además de los que la Ley española señala, los cuales se nsideran imprescindibles.

En segundo lugar habrá que distinguir si el consentimiento se ha expresado en crítura pública o testamento, con el fin de identificar cuando procede la notificación a los eresados que se sugiere hacer, si el consentimiento del propietario del semen se ha plicitado en testamento, la notificación procederán el preciso momento de la apertura de la ıcesión del causante, puesto que, en vida de éste, los interesados no tienen derecho a ıpia. Pero si el consentimiento se ha expresado en escritura pública, la notificación depende la voluntad del otorgante.

Además no es prudente entender que existe analogía con el supuesto del conocimiento del hijo extramatrimonial mediante testamento (Art. 212 C.C.), según el cual el conocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que hizo, puesto que, en el supuesto de la inseminación *inseminación post mortem* no se está presencia de un reconocimiento anticipado de paternidad, dado que no se admite, galmente, el reconocimiento del *concepturus*, tampoco el reconocimiento del *nasciturus*, ıda vez que en el supuesto anterior el hijo ya fue concebido en vida del progenitor.

En tercer lugar, además deberán aplicarse a este supuesto las precauciones ontenidas en el Código Civil para cuando la viuda quede en cinta (Art. 206), es decir enunciar al juez para que éste compruebe la efectividad del parto, en el plazo legal (para ste caso seis meses) y así establecer la filiación. Además deberán tomarse otras medidas, omo acreditar que en el momento de la práctica de reproducción de la mujer no ha tenido elación sexual con otro varón e incluso prohibiéndole contraer matrimonio nuevamente, si retende someterse a una técnica de reproducción asistida, en tanto no transcurran los seis ıeses previstos, y ello para evitar posibles conflictos de paternidad.

Igualmente deberá probarse que la fecundación se produjo con el gameto proveniente lel esposo fallecido, por tal razón resulta acertado exigir la prueba que el establecimiento evó a cabo la fecundación con los gametos identificados, de lo contrario se daría un conflicto le paternidad, resolviéndose el caso por medio de pruebas biológicas.

En cuarto lugar, el presupuesto necesario para la calificación del hijo como matrimonial ıs que el nacimiento de éste se produzca dentro del plazo determinado para el efecto, los uales deberán contarse a partir del fallecimiento del esposo, por lo cual se considera que es ıecesario realizar la reforma del artículo 199 del Código Civil, en el sentido de ampliar el plazo le 300 días, en razón a la diferencia del supuesto normal, (concepción constante matrimonio), orque en el caso de la fecundación *post mortem* la concepción se produce disuelto el vínculo, de modo que para dar cabida a la filiación *post mortem* se impone establecer un uevo plazo, ampliando el general para todos los casos (300 días). En ese sentido la Ley spañola tomó en cuenta la Proposición de Ley francesa relativa a las consecuencias jurídicas le la inseminación artificial *post mortem* (1984-1985), el cual amplía este plazo, estableciendo ın período de 180 días, durante los cuales tendrá que procederse a la inseminación efectiva, en virtud de ello la Ley de Inseminación Artificial Humana de España, dispone el plazo de seis meses (180 días), los cuales se consideran suficientes para que la mujer decida si lleva a cabo la inseminación. Se sugiere que el legislador disponga este mismo plazo.

La razón por la cual se decante por esta postura, además de las mencionadas, es porque es necesario prever un tiempo máximo durante el cual la inseminación sea posible después del fallecimiento del marido donante, con el fin de evitar el bloqueo durante mucho tiempo de los procedimientos sucesorios. La viuda entonces dispondrá, pues, de seis meses, durante los cuales podrá procederse a varias inseminaciones.

9.2 REPRODUCCION *POST MORTEM* Y LA SUCESION HEREDITARIA.

Finalmente se efectuará una breve reflexión sobre los problemas sucesorios que la aplicación de las técnicas de reproducción *post mortem* traerán consigo, en cuanto a los sujetos concebidos y nacidos después de la muerte del marido (*ex post mortem maritii*).

En caso de admitirse estos procedimientos, se entiende que los nacidos a través de fecundación *post mortem* tienen los derechos que se derivan de la filiación que se les atribuye y, como se sabe, son idénticos para los habidos dentro y fuera del matrimonio a tenor de lo que dispone el artículo 50 de la Constitución. "Todos los Hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación es punible."

No obstante, se ha de señalar que no todos los informes y la doctrina se manifiesta de una forma unánime. En el Informe Warnock (Comisión investigadora sobre fertilización humana y embriología Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Londres, I984), recomienda que se introduzca legislación en el sentido de que cualquier niño nacido fruto de una fecundación *in vitro* que no estuviera en el seno materno (útero), en el momento del fallecimiento de su padre, no sea tenido en cuenta a efectos de sucesión o herencia de éste.

En el mismo sentido se manifiesta el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana, del Congreso de Diputados español, expresaba que si el material reproductor no estaba en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquéllos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o de la herencia del fallecido.

En la doctrina hay distintas opiniones; así, "Vidal Martínez se manifiesta contrario a la fecundación *post mortem* , y señala que para evitar que las apetencias sucesorias o, en general, el capricho o la arbitrariedad de la usuaria de estas técnicas o de su cónyuge fallecido, que expresó su última voluntad en este sentido, pueda determinar el nacimiento de un niño cuando quizás la herencia del padre ya está repartida, la doctrina pregoniza la regla de privar de derecho sucesorios al hijo por estos procedimientos de inseminación artificial, si el comienzo de la gestación es posterior al de la muerte del padre. "[81]

"Por su parte, Serrano Alonso entiende que no hay más solución que estimar que el hijo nacido *post mortem* dentro de las exigencias de la Ley tiene iguales derechos sucesorios que los hijos póstumos normales concebidos antes del fallecimiento del esposo... Rivero Hernández entiende que el hijo habido de la fecundación *post mortem* no puede ser privado de derechos sucesorios, y que el problema es de filiación y no sucesorio: si es hijo del fallecido, debe de tener los normales derechos sucesorios para ese caso." [82]

---

[81] Herrera Campos, Ramón. Op.Cit. pág. 47.
[82] Ibid. Pág. 48.

En este sentido se acude a la proposición de Ley francesa de Inseminación *post ırtem* la cual especifica en el artículo 4 : "Para suceder es preciso necesariamente existir en instante de la apertura de la sucesión, salvo en el caso de inseminación *post mortem* , ando el marido difunto hubiera expresado claramente su voluntad por acta notarial y con la ndición de que la inseminación haya sido efectuada dentro de los 180 días después de su lecimiento. Fuera del caso de la inseminación *post mortem* son incapaces de suceder: el e no estuviera concebido todavía y el que no hubiera nacido viable."

El texto del precepto citado, hace alusión a la capacidad de suceder, la aptitud para ser jeto de derechos, de suerte que, en principio es requisito *sine qua non* la personalidad civil, or ende la capacidad jurídica, luego a contrario, se desprende del tenor literal del artículo cuestión que la ineptitud, no existir ya en el momento de la apertura de la sucesión, le hace capaz para suceder. Asimismo, reconoce aptitud a los *nascituri* o concebidos aún no cidos. Efectivamente son los mismos presupuestos de los cuales parte nuestro legislador, el sentido de que no son ineptos para suceder los *nascituri,* es decir aquellos que están nparados por lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil guatemalteco, que establece que que esta por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, obviamente los rechos sucesorios, ahora bien es imprescindible que se cumpla el requisito de la viabilidad, condición de nacer. "Sin embargo al que esta por nacer se le considera nacido para todo lo e le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad" (Art. 1 C.C.), por lo tanto si se cumple con esta condición, es incapaz para suceder. continuando con el análisis del ecepto de la proposición de Ley francesa, corrobora el anterior razonamiento, cuando presa que, fuera de la inseminación *post mortem* , son incapaces de suceder el hijo que no ıbiera nacido viable, también el que no está todavía concebido, es decir no habrá mamiento de la herencia a los *concepturus* , y se observa que la diferencia con los *ıscituri* radica en que éstos estaban concebidos al morir el causante; en cambio el *ıncepturus* no existía a más que mentalmente al fallecimiento del causante.

Queda claro entonces, que sólo en la inseminación *post mortem,* se puede estimar ıe el hijo fecundado posteriormente, cuando al fallecer el causante no existía, puede ser estinatario de la oportuna disposición testamentaria, como heredero condicional.

Como se observa, el problema no se centra en discutir si el *concepturus* tiene o no ersonalidad jurídica, aptitud o capacidad, sino en que de la misma manera que el ımamiento al *nascituri* queda supeditada a que se produzca el evento condicional ıspensivo, llegar a nacer, y en esta situación mientras tanto hay que proveer seguridad hasta ıe se verifique el parto, en el caso de la inseminación *post mortem* deberá procederse a ımar las medidas precautorias, si cabe con más rigor, puesto que, a diferencia del supuesto ɔificado, aquí el póstumo ni tan siquiera está concebido al morir el causante.

A este respecto la legislación española en su artículo 9, establece que el hijo habido en sas condiciones tiene derecho a la herencia, al señalar que tal generación produce los fectos legales que se derivan de la filiación matrimonial, entre los que, por supuesto, se ıcluyen los derechos sucesorios. Asimismo aplicando el principio de igualdad de los hijos, en uanto a los hijos no matrimoniales tendrán los mismos derechos hereditarios que los hijos ıatrimoniales nacidos en las mismas circunstancias y en general los mismos derechos de ualquier hijo en relación a su padre.

María Cárcaba Fernández, expresa que: "Estando en idéntica posición los hijos ıatrimoniales y los no matrimoniales, también deben de estar en idéntica posición los habidos

en vida del progenitor y los habidos después de su fallecimiento. Por lo tanto deben reconocérseles idénticos derechos sucesorios." [83]

Por otra parte en nuestro sistema no hay inconveniente para admitir los derec sucesorios del así nacido, ya que nuestro Código Civil, no dispone que para suceder necesario existir en el momento de la apertura de la sucesión, si no por el contrario recon los derechos del no nacido.

Uno de los inconvenientes que presenta el reconocimiento de derechos sucesorio hijo habido por inseminación artificial *post mortem* , es la situación de incertidumbre que crea para los herederos del fallecido. Este inconveniente queda salvado si se entiende qu plazo de 6 meses prescribe. Además se considera oportuno adoptar las medidas precauto previstas para el caso de la viuda que quede en cinta, es decir denunciar al juez para que e tome las medidas necesarias, para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal para este caso se establece (6 meses), para determinar la filiación. (Art. 206 y 436 C. También el juez debe notificar al Notario, en su caso, porque qué ocurriría si ha la mu del esposo se ha abierto la sucesión, por lo que sus herederos, en tanto no transcurr plazo de seis meses señalado para la fecundación *post mortem* , deben adquirir l condición, pues la sobreveniencia de un hermano altera la cuantía de su herencia.

Habrá que distinguir en la fecundación *post mortem* tres etapas, principalmente primer lugar, a diferencia del supuesto de postumidad que establece el legislador en artículo 206 y 224 del Código Civil, el fallecimiento del causante no coincide con el hecho embarazo de la viuda o mujer gestante, por ello se considera preciso que los interesados e herencia tienen que ser conocedores del evento de la operación inseminatoria a la mujer, tendrá que llevarse a cabo en el plazo que se estipule legalmente (se sugieren 6 meses que obligará imprescindiblemente a mantener indivisa o se podría considerar la parti provisional, solo en la parte en que consiste el derecho del pretendiente, (Art. 1052), dur el precitado período, se estima que es lo justo. Por lo que en esta primera etapa tienen ser conocedores los herederos del causante, no ya del embarazo , sino de la posibilidad embarazo. Esta notificación o denuncia, se sugiere que se podrá efectuar al juez o no que lleve a cabo el proceso sucesorio.

La segunda etapa consiste en el embarazo, de suerte que, éste tiene que produc dentro del plazo establecido (6 meses), por lo que al estar en presencia de un caso tan p usual, la viuda o mujer gestante deberán denunciar al juez, y éste deberá tomar las med precautorias que considere pertinentes, como en el caso del reconocimiento de preñez o p (Art. 435 al 437 del Código Procesal Civil y Mercantil), como establecer el momento dentro plazo en que el establecimiento médico va llevar a cabo la fecundación *post mortem* , co esperma del difunto varón, gameto cuya proveniencia tendrá que quedar perfectam identificada para el efecto de determinar la filiación.

Soraya Hidalgo, manifiesta que: "... no se puede aceptar, que de admitirse la legal de este procedimiento, ante el hecho consumado del nacimiento, la sanción del ordenami juridico recaiga sobre ese nuevo ser que llega al mundo con una *capitis diminutio*; s discriminatorio negarle derechos sucesorios, tratando como desiguales a los hijos nacidos esta práctica, aunque sólo sea en materia hereditaria, por culpas que le son totalm ajenas." [84]

---

[83] Cárcaba Fernández María. Op. Cit. Pág. 94.

[84] Hidalgo, Soraya Nadia rita. Ponencia Sobre los Derechos Sucesorios del Hijo Póstumo en la Inseminación *Mortem*. Op.Cit. Pág. 10.

Este tema fue resuelto por la jurisprudencia francesa. El caso es el siguientes: Alain, que padecía cáncer de testículos, depositó su semen en un centro de conservación de esperma, el 7 de diciembre de 1982, y falleció en diciembre de 1983. Su viuda solicitó la devolución del semen para que le fuera practicada una inseminación *post mortem* el banco de semen se negó. Ante la negativa la viuda Corinne Parpalaix, junto con los padres de Alain, demandó judicialmente al centro de conservación del esperma para que les fuera devuelto el semen.

De este modo no se demanda a los tribunales sobre la licitud o ilicitud de la inseminación *post mortem*, sino sobre la existencia o no de un depósito que confería a sus herederos derecho a su devolución. La cuestión que el tribunal debía de resolver era únicamente si procedía la devolución del esperma a la viuda en su condición de tal, o a los padres de Alain como herederos de éste. La práctica de la inseminación *post mortem* se hacía depender de que la decisión judicial resultara favorable a la devolución o no, y en el primer caso su realización dependería de la conciencia de la viuda y de su médico.

"El tribunal de Grande Instance de Creiteil", en sentencia de 1 de agosto de 1984 resolvió el caso. Los puntos fundamentales de su argumentación fueron los siguientes:

1. Aunque no constaba expresamente la voluntad del difunto de procrear, ya en vida, ya después de muerto, se consideró probada su existencia por medio de testigos y a través de presunciones. Se admitió la voluntad tácita del fallecido de procrear *post mortem* , estimando que el Banco de semen había aceptado tácitamente la voluntad del paciente puesto que no le inquirió sobre una posible oposición a una devolución de su esperma a sus herederos en caso de muerte.

2. El tribunal estimó que el llamado depósito de semen en realidad no constituye un verdadero contrato de depósito al que le puedan ser aplicadas las normas contenidas en el Código Civil, y ello porque el semen no es una cosa que entre en el comercio de los hombres, sino una secreción que contiene el germen de vida destinado a la procreación humana. Dada la especial naturaleza del semen como portador de vida humana, estimó que tampoco se podría aplicar la Ley de Donación de Organos. Se consideró que el que habitualmente se denomina depósito de semen en un contrato específico que comporta para el banco de semen la obligación de conservación y restitución al donante, o de entrega a aquella a quien el esperma estaba destinado.

3. También se estimó que ni las condiciones de conservación o devolución del esperma de un marido fallecido, ni la inseminación de su viuda estaban prohibidas, ni reguladas por un texto legislativo, y que siendo uno de los fines del matrimonio la procreación, no va en contra del Derecho Natural.

La importancia de esta sentencia radica en lo siguiente:

A. Fue la primera sentencia que trató de la inseminación artificial *post mortem* .

B. No declaró ilícita la inseminación *post mortem*.

C. Aunque no determinó la naturaleza jurídica del contrato de depósito de semen, rechazó su calificación como de depósito, y puso de relieve su naturaleza específica.

D. Dejó libertad para abordar según la propia conciencia, la problemática de la inseminación *post mortem* .

10. CONTRATO DE INSEMINACION ARTIFICIAL

Este contrato llamado también, "Consentimiento para la Inseminación Artificial", es celebrado entre el médico que pone en práctica la técnica de la inseminación artificial homóloga o heteróloga y la pareja. Lo primero que cabe señalar, es que dicho contrato no es de aquellos que se celebran mediante libre discusión, pues claramente una de las partes tiene preparada una oferta inmodificable, que la otra ha de aceptar o rechazar sin posibilidad de contraposición.

Como se ha mencionado, España es uno de los países que ha regulado la aplicación de las técnicas de reproducción asistida humana, y por ello ha normado cuales son los elementos de este contrato, y para comprender mejor este negocio jurídico, se procede a analizar los preceptos que la Ley española establece.

10.1 CONTRATO DE INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA

A. ELEMENTOS PERSONALES. LA PRESTACION DEL CONSENTIMIENTO.

Sujetos del contrato.

Los elementos personales del contrato de inseminación artificial homóloga lo son, po una parte, los Centros de Servicios en los que se realicen estas técnicas, y que podrán se Centros y Servicios sanitarios públicos o privados, y por otra parte lo será el matrimonio pareja estable, que debe de consentir expresamente la práctica de la inseminación artificial.

Capacidad

En relación a la mujer, la Ley española exige expresamente que sea mayor de edad además se exige que tenga plena capacidad de obrar y buen estado de salud psicofísica (Art. 2.1 y 6.1).

Requisitos del consentimiento

La transferencia de estos consentimientos es tal , que han de ser considerada personalísimos. se exige tanto para la mujer como para el varón, que el consentimiento se libre, consciente e informado.

Revocación

La obligación de información y asesoramiento a quienes deseen recurrir a esta técnicas se recoge en el artículo 2, imponiendo tal obligación al equipo médico y a l responsables de los Centros o Servicios sanitarios donde se realicen. La información s extenderá a consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético y económico. consentimiento de la mujer es claramente revocable (Art. 2.4) y por analogía se entiende qu el del varón también, siempre y cuando que la revocación se realice antes de que se haya practicado estas técnicas.

B. ELEMENTOS REALES. EL SEMEN COMO OBJETO DE TRAFICO JURIDICO.

El equipo médico para prestar su servicio necesita trabajar con semen, lo que hace ıe se pregunte si por su naturaleza es susceptible de tráfico jurídico.

La persona es algo distinto de su cuerpo físico; sin embargo ambos están tan timamente unidos que hasta que no se produce el fallecimiento no son separables. Es por so por lo que estando viva una persona no se le permite que disponga de su propio cuerpo, y stado muerta, no se permite que sea objeto de tráfico jurídico, ni que sobre él se tenga erecho hereditario alguno.

. Ahora bien, nadie duda que el cabello o las uñas, que también forman parte de nuestra ıvoltura física, o los dientes incluso, una vez separados del cuerpo se convierten en cosas ısceptibles de tráfico jurídico sin restricciones. La primera razón para justificarlo es su elativa escasa importancia, no plantea ningún problema moral, ni jurídico y no se causa daño reparable a la persona. También son fácilmente renovables, por lo cual no va en contra de ı integridad corporal, o la salud, desde hace muchos años se permite cierto tráfico jurídico obre la sangre bajo ciertas condiciones. El Decreto 27-95, Ley Sobre Bancos de Sangre y ledicina Transfusional, guatemalteca, dispone que la sangre humana sólo podrá ser utilizada ara el tratamiento de seres humanos y en investigaciones científicas, prohibiendo su omercio, (Art. 2), además regula su donación, la cual es un acto voluntario y gratuito (Art. 9).

Con esto no se quiere decir, que un riñón o la sangre por ejemplo, son cosas y que ólo por está razón pueden donarse o transplantarse, para ello cabe distinguir que el riñón, la angre, un ojo, mientras forman parte integrante del hombre no son bienes sino fragmentos le la persona y constituyen parte integrante de ella. Su naturaleza jurídica carece de ıdividualidad distinta del ser humano, del que forman parte, y están protegidos por el artículo ı de nuestra Constitución, que reconoce el derecho a la integridad física. Sin embargo esos nismos elementos separados del cuerpo son susceptibles de un cierto tráfico jurídico.

En consecuencia el principio que consagra la indisponibilidad del cuerpo humano, por ıo estar dentro del tráfico jurídico, rige en toda su amplitud mientras tales elementos están ınidos al cuerpo humano, pero no después.

Al admitirse un cierto tráfico jurídico (donación) sobre un órgano no regenerable parece que es lógico admitir el mismo tráfico jurídico para el semen que al igual que la sangre, se egenera fácilmente, y cuya extracción no causa ningún perjuicio.

Este tráfico jurídico, aunque restringido, permite la práctica de las nuevas técnicas de orocreación humana, obviamente posibles únicamente a través de la manipulación de espermatozoides y óvulos.

Por lo tanto se puede observar que el servicio prestado por el médico al practicar la inseminación no queda teñido de ilicitud por trabajar con semen, puesto que éste es susceptible de un tráfico jurídico, aunque como se mencionó restringido, porque al no ser susceptible de valoración económica, no pueden formar parte de un patrimonio, sin ser enajenados.

C. ELEMENTOS FORMALES

Este contrato, por su naturaleza y trascendencia, deberá constar por escrito. Y Así lo dispuso el legislador, pues el artículo 2.3, de la Ley, establece que la aceptación de la realización de estas técnicas o sus derivaciones por parte de los donantes o usuarios, deberá recogerse obligatoriamente en un formulario al efecto, completado y firmado por aquéllos previamente y con capacidad y libertad para actuar.

10.2 CONTRATO DE INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA.

Lo expresado con ocasión del contrato de inseminación artificial con semen del cónyuge o compañero es aplicable a esta nueva hipótesis. Sin embargo cabe hacer algunas matizaciones, pues no se debe olvidar que en este caso el semen utilizado es de un donante. En consecuencia la primera cuestión que se plantea, es la de si el donante es parte del contrato de inseminación artificial.

La respuesta ha de ser negativa. El donante de semen no es parte en el contrato de inseminación artificial. Pero es parte en otro contrato, previo e indispensable para que la inseminación heteróloga, pueda tener lugar, el cual es la donación de semen.

Excluido el donante como parte en el contrato de inseminación artificial, y en coherencia con las ideas ya expresadas, este contrato será consensual y formal, y el consentimiento debe ser informado y emitido de forma personal por persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar, sin que quepa que pueda ser prestado por representante y considerando que la inseminación heteróloga tampoco puede ser autorizada judicialmente.

Las partes en el contrato, por lo tanto, lo serán: la mujer a quien se le va practicar la técnicas, su cónyuge o compañero y el Centro donde se va realizar la técnica.

A. EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO O COMPAÑERO

Valor del consentimiento.

El consentimiento del marido tiene un doble objetivo: hacer posible la práctica de la inseminación en la mujer y asumir la paternidad del hijo que nazca como consecuencia de la misma, siendo este último su fin primordial. Pero el objetivo principal del consentimiento no es el que la mujer pueda ser inseminada, sino asumir las consecuencias de tal inseminación.

Con la entrada en vigor de la Ley especial de Reproducción Artificial española, el consentimiento dado para la inseminación es título de atribución y además es una renuncia de la acción de impugnación, y ello supone facilitar la determinación de la filiación a través de las presunciones de paternidad o del reconocimiento (Art. 7.1). Por ello preceptúa la imposibilidad del marido que consintió la inseminación heteróloga para impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de la filiación (Art. 8.1) y en el caso de la pareja no casada, el documento donde se encuentra plasmado el consentimiento del varón, se considera escrito indubitado, como medio para determinar la filiación no matrimonial. (Art. 8.2).

B. EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER

El consentimiento de la mujer es requisito indispensable para que pueda practicarse la inseminación artificial heteróloga. El artículo 6.1, establece que ha de ser libre, consciente, expreso y por escrito.

10.3 DONACION DE SEMEN

A. LICITUD

Para que una inseminación artificial heteróloga sea posible es necesario que previamente un varón haya realizado una donación de su semen. Dicha donación plantea problemas éticos y morales, pues aunque en sentido amplio debe de incluirse dentro de las decisiones de los productos del cuerpo humano, no hay que olvidar que lo que en este caso se está cediendo son células susceptibles de engendrar vida.

"La extracción de semen en sí puede ser censurable por motivos morales o religiosos, pero jurídicamente no veo por qué atenta a la dignidad si se destina a una inseminación artificial heteróloga y no si es homóloga. Por otra parte, aunque tal atentado a la dignidad se produzca, puede que no sea un obstáculo insalvable, al igual que el derecho a la integridad física no lo han sido para permitir la donación de un órgano no vital, probablemente porque se destina a salvar una vida, y en la jerarquía de derechos proclamados constitucionalmente el derecho a la vida debe ser considerado superior al derecho a la integridad. Por la misma razón, entendiendo que si el semen se destina a crear una vida, este hecho debe ser argumento de más peso que la dignidad dudosamente ofendida." [85]

Por otra parte, no es totalmente cierto que no se puede ceder una paternidad porque el estado civil de las personas es indisponible; porque que otra cosa presupone la adopción.

B. CONDICIONES DE LA DONACION

La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Asistida, española considera que la donación de semen es un contrato gratuito, formal y secreto, concertado entre el donante y el centro autorizado (Art. 5.1).

La propia Ley, lo cataloga como contrato, por lo tanto, su primer elemento ha de ser el consentimiento.

El consentimiento

Para que haya consentimiento en orden a la donación de semen se exige la declaración de voluntad tanto del emisor del semen como del centro receptor del mismo.

En relación al donatario, habrá que señalar que su consentimiento constituye un acto personalísimo, que no puede ser sustituido ni en cuanto a su formación ni en cuanto a su emisión.

La Ley exige que el consentimiento sea emitido por una persona mayor de edad y plenamente capaz, exigiendo, además, que el estado psicofísico del donante cumpla los

[85] Cárcaba Fernández, María. Op.Cit. Pág. 103.

términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, el cual incluirá las características fenotípicas del donante, en previsión de que no padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles (Art. 5.6).

Por otra parte, el consentimiento debe ser emitido libremente, y para que sea válido se exige que el donante sea informado de los fines y consecuencias del acto (Art. 4.5).

La forma

Previa la información de los fines y consecuencias del acto, el contrato de donación se formalizará por escrito entre el donante y el Centro sanitario autorizado (Art. 4.5), corroborando así el carácter formal.

Gratuidad

"La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial" (Art. 5.3). Este requisito tiene fundamento más de conveniencia práctica que de exigencia jurídica, y no por la remuneración en sí que en cada caso pudiera darse, sino porque es una garantía de seguridad. La gratuidad revaloriza la donación de semen, pues si la retribución es el único móvil que mueve al donante, el ánimo de cobrar puede conducirle a disimular todo aquello que sería un factor de exclusión.

"Por otra parte, admitir la venta de semen conduciría a una comercialización en la que el semen de un premio Novel valdría más caro que el de un simple donante." [86]

Por regla general se le compensa por su falta al trabajo o bien por lo gastos de desplazamiento.

Secreto

"La donación de gametos y preembriones para la finalidad autorizadas en esta Ley es un contrato gratuito, formal y **secreto** concertado entre el donante y el centro autorizado."(Art. 5.1).

El secreto mencionado tiene relación directa con el derecho a la intimidad de quien se ofrece como donante, y supone que no debe ser revelado el hecho de haber donado su esperma.

El anonimato

La regla del anonimato juega en un doble sentido: ni el donante debe de conocer el destino de su semen, ni los beneficiarios deben de llegar a saber de quién procede.

Como se mencionó en España se ha adoptado un sistema de anonimato relativo, pues aunque los datos de identidad del donante deben custodiarse en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y el Registro Nacional Donantes (Art. 5.5), se consagra el derecho de los hijos nacidos por estas técnicas, por sí o a través de sus representantes legales, a obtener información general de los donantes, correspondiendo igual derecho a las receptoras de los gametos (Art. 5.5).

---

[86] Ibid. Pág. 107.

Se excluye expresamente la posibilidad de conocer la identidad del donante, pero ni ıiera el anonimato es absoluto en relación a la identidad, pues está puede llegar a ser 'elada en circunstancias extraordinarias y mediando un comprobado peligro para la vida del , o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales (Art. 5.5)

En todo caso, la excepcional revelación de la identidad del donante mediando esas unstancias extraordinarias, en ningún caso implica publicidad alguna, (Art. 5.5), ni ıpoco determinación legal de filiación (Art. 8.3).

Por último, es importante mencionar que la Ley estudiada establece que los centros orizados y el Registro Nacional adoptarán las medidas oportunas y velarán para que de un ımo donante no nazcan más de seis hijos. (Art. 5.7), lo que se ha querido con este cepto es limitar que de un mismo donante no nazcan más que un determinado número de 'sonas: con ello se quiere evitar el peligro de que existan muchas personas de un mismo ıre, y por otro, restar toda posibilidad de que se produzcan incestos.

10.4 DONACION OVULAR. ADMISIBILIDAD Y CONDICIONES.

Si se admite la donación de semen, por un principio de igualdad habrá que admitir la ıación de óvulos en los mismos términos. Ello supone que la donación de óvulos sólo ede ser admitida como lícita cuando se realiza libre y conscientemente, por mujer mayor de ad, de forma gratuita y anónimamente.

Como se abordó, el gran problema que se plantea es el del anonimato, pues la cultad que entraña la extracción de óvulos y la no posibilidad de congelación sin riesgos cen que, al igual que en el caso de donación con semen fresco, la identidad de la donante eda ser fácilmente conocida.

La Ley española de Reproducción Artificial, regula la donación de gametos, por lo tanto son aplicables los mismos preceptos analizados para la donación de semen.

Dado que la donación de óvulos, no es tan sencilla como la de semen, se puede ıtinguir a las donantes de óvulos, atendiendo a las circunstancias en las que ha hecho la nación, de la siguiente manera:

Donante relacional

Se trata de una mujer que está estrechamente unida por los lazos de parentesco o nistad a otra mujer que no produce óvulos. La primera mujer (amiga, hermana...) se presta sufrir una pequeña intervención quirúrgica para ayudar a la segunda. La transacción puede ır directa, en cuyo caso no existe anonimato, o indirecta, caso en el que los ovocitos de la ınante se destinan a una mujer desconocida, recibiendo la mujer estéril unos óvulos ıónimos obtenidos en las mismas condiciones.

Donante pasional

Esta no conoce a ninguna receptora y su único móvil es el altruismo desinteresado ıcia una persona que no conoce.

Donante ocasional

Se da cuando, con ocasión de una intervención quirúrgica programada por razone médicas o de una ligadura de trompas, la paciente consiente en la extracción de uno o vario de sus óvulos.

Donante adicional

Se trata de una paciente que en el transcurso de un tratamiento por fecundación *i vitro* acepta donar algunos de sus óvulos suplementarios, a partir del umbral de tres.

Aplicando las normas de la donación gametos, se deduce que se excluye la llamad donante relacional, del ámbito de la Ley, puesto que no se respetaría ni el secreto ni anonimato.

CAPITULO IV

LEGISLACION COMPARADA

A nivel internacional existen algunos intentos para crear pautas de legislación comunes ›bre la procreación asistida y la embriología humana. La Asociación Internacional de Leyes, ı la 60 Conferencia de agosto 1988, adoptó una resolución en este sentido, proponiendo un ódigo internacional de conducta en materia de tecnologías de reproducción humana. En ella, ıgerían que el cuerpo competente de la Organización Mundial de la Salud, adoptara las ›comendaciones propuestas en su Resolución como Código Internacional para la protección el material genético humano. Dichas recomendaciones recogidas en cinco artículos, versan ›bre:

. La seguridad del material genético humano.

Se protegerá el patrimonio genético de cada persona desde la concepción, con el fin e asegurar la individualidad y continuidad de la especie humana.

Solo se acepta la experimentación o manipulación del genoma humano con fines ›rapéuticos, y bajo la aprobación y control de un Comité ético.

. La dignidad del ser humano.

Debería prohibirse toda experimentación no terapéutica sobre el embrión humano.

. La inviobilidad de la persona humana.

En el momento de la donación de gametos o de embriones, el donante debería indicar ›xpresamente el uso para el que dona sus gametos o embriones.

. La inalienabilidad del cuerpo humano.

Debería prohibirse la comercialización de gametos o embriones humanos.

5. Debería penalizarse cualquier infracción de los principios mencionados en la resolución.

1. REGULACION DE LA REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA EN EL AMBITO DEL DERECHO EUROPEO.

Según el tipo de normativa promulgada en materia de reproducción asistida, se pueden agrupar los distintos países de la siguiente forma:

1.1 PAISES CON LEGISLACION ESPECIFICA VIGENTE SOBRE LA TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA Y/O EXPERIMENTACION EMBRIONARIA.

Estos países son: Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra y Alemania, y el enunciado de las leyes correspondientes es el siguiente:

- Suecia: Ley sobre la Inseminación Artificial, diciembre 1984.

Ley sobre la Fecundación *in vitro* , junio 1988.

- Dinamarca: Ley sobre el establecimiento de un Consejo Etico y la regulación de alguno experimentos biomédicos, junio 1987.

- Noruega: Ley sobre Fertilización Artificial, 1987.

-España: Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, noviembre 1988.

- Alemania: Ley sobre Protección del Embrión Humano, 1990.

- Inglaterra: Ley sobre Fertilización Humana y Embriología, 1991.

1.2 EN OTROS PAISES EXISTEN PROYECTOS DE LEY.

Como Francia, Portugal, Italia, Austria o Bélgica, siendo Francia la nación donde discusión del Proyecto en el Parlamento es inminente.

1.3 EXISTEN MEDIDAS LEGALES QUE REGLAMENTAN ASPECTOS GENERALE DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA DE TIPO ADMINISTRATIVO EN LO PAISES SIGUIENTES:

- Portugal: Decreto Ley de septiembre de 1986 sobre reglamentación de Centros donde lleven a cabo técnicas de procreación asistida humana.

- Checoslovaquia: Instrucción dictada por el Ministerio de Sanidad en 1982, sobre Inseminación Artificial.

- Hungría: Ordenanza sobre la Inseminación Artificial, 1981.

- Austria: Decreto Ley de junio 1988 de la Chancillería Federal sobre las pruebas que de someterse el semen para la Inseminación Artificial.

- Francia: Decreto Ley de abril 1988, relativo a las actividades de la procreación asisti médicamente. Decreto que lleva consigo la creación de la Comisión Nacional Medicina y Biología de la Reproducción. Orden de agosto de 1980, sobre la Inseminaci Artificial (exámenes a los donantes).

- Cantones suizos: Ley sobre la Salud Pública de 1985 y directivas del Consejo de Salud 1986 sobre la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro* .

- Holanda: Decreto de 1988 enmendando las regulaciones administrativas generales so competencias hospitalarias.

1.4 PAISES EUROPEOS QUE INCLUYEN ENMIENDAS EN EL CODIGO CIV RECONOCIENDO LA PATERNIDAD LEGAL DEL VARON QUE CONSINTIÓ INSEMINACION DE SU MUJER CON SEMEN DE DONANTE:

- Bélgica, Bulgaria, Checoslovaquia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Sue Suiza, Antigua Yugoslavia, Bosnia, Croacia, Servia, España.

1.5 PAISES EUROPEOS SIN LEGISLACION VIGENTE, QUE SE RIGEN POR OMENDACIONES DE TIPO ETICO EMITIDAS POR ASOCIACIONES DE FESIONALES MEDICOS.

nda: Recomendaciones promulgadas por el Instituto de Obstetras y Ginecólogos del Real legio de Médicos.

za: Recomendaciones de la Academia Zuisa de Medicina.

1.6 ADEMAS EN ALGUNAS NACIONES OTRAS INSTITUCIONES TIDISCIPLINARIAS DESEMPEÑAN UN PAPEL IMPORTANTE EN LA REGULACION DE ECTOS ETICOLEGALES DE LA PROCREACION HUMANA ASISTIDA.

Consejo Nacional ético danés: Establecido en la Ley de 1987, tiene competencia para oponer medidas legales que deberán ser aprobadas por el parlamento.

Comité Nacional de Etica francés: Es un órgano consultivo para las cuestiones éticas que antean las técnicas de reproducción asistida; indirectamente ha influido en el proceso de gislación nacional, ya que sus recomendaciones se han tenido en cuenta en la elaboración los proyectos de ley.

En cuanto a los países europeos con legislación específica vigente sobre las técnicas reproducción asistida y embriología humana, se considera de interés el análisis parativo de dicha normativa , sobre los puntos más relevantes en esta materia. Entre s, se han seleccionado los siguientes:

A. Técnicas de Reproducción Asistida que contempla la Ley y procedimientos acionados.

En este apartado, cabe destacar que todos los países legislan la Inseminación Artificial Fecundación *in vitro* , en Dinamarca no se mencionan de forma expresa. Suecia no hace nción de la experimentación de embriones humanos. En Alemania las técnicas de romanipulación se prohiben con fines experimentales.

B. Ambito de aplicación de la Reproducción Asistida. Usuarios.

En el ámbito de aplicación de las técnicas de Reproducción Asistida se reduce al trimonio legal en la Ley noruega; matrimonio o pareja heterosexual estable en Suecia; en paña además de lo anterior pueden acceder a estas técnicas la mujer sola. En Dinamarca, nque la Ley no contempla este apartado, las recomendaciones publicadas en 1990 por el nsejo Etico, también aceptan el acceso de la mujer sola a las técnicas. Inglaterra y mania no se pronuncian al respecto.

C. Inseminación Artificial *post mortem* .

La Reproducción Asistida española, autoriza la inseminación, pero deberá practica dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del cónyuge o compañero. Alemania prohibe expresamente y la sueca se infiere, ya que el artículo 2 de la Ley establece: Insemianción Artificial sólo puede realizarse con la condición de que la mujer esté casad cohabite con un hombre en circunstancias similares al matrimonio. Debe obtenerse consentimiento escrito del marido o compañero." Los demás países no se manifiestan en e punto.

D. Donación y Crioconservación de gametos.

Todos los países europeos con legislación, aceptan la donación de semen, si bien el caso de la fecundación *in vitro* , en la Ley noruega y sueca los gametos han de proce de la propia pareja que se somete a la técnica, es decir aceptan la donación de semen sólo el caso de la inseminación artificial.

La Ley española aprueba un período para mantener el semen crioconservado superior a 5 años y la inglesa a 10 años. En el informe del Comité sueco sobre inseminación artificial no propiamente en la Ley se recomienda un período no superior al a

- Límite en el número de donaciones/inseminaciónes por donante.

En la legislación española se recoge que deberá limitarse el número de hijos nazcan de un mismo donante a seis. En otros países como Inglaterra o Dinamarca limitación no queda recogida en la Ley, sino en el Informe Warnock, en el primer cas limitará el número de donación a diez por donante, o en las Recomendaciones del Con Etico danés, se limitará el número de inseminaciones realizadas por donante no espec cifra. En Suecia, el Informe del Comité gubernamental previo a la Ley de Insemina Artificial de 1984, considera que no debe utilizarse el semen de un mismo donante pa procreación de más de 6 niños.

- Screening en el donante de semen.

En cuanto al estudio que debe practicarse al donante de semen, en Españ contempla que deberá realizarse despitaje de enfermedades hereditarias o infecci transmisibles. En leyes de Noruega y Suecia se recoge de una forma un tanto genérica selección de donante. En la primera puede leerse: "es competencia del médico la sele del donante"; la Ley sueca sobre Inseminación Artificial de 1984 dispone: "El médico eleg adecuado donante de semen." No obstante, las regulaciones y recomendaciones s aspectos de la Inseminación Artificial de 1987, aclaran un poco más los criterios de selec "el médico debe verificar que el donante no padece enfermedad detectable alguna entrañe riesgos para la salud de la mujer y del hijo así concebido. "En estas recomendaci se establece la determinación de anticuerpos frente al virus del SIDA en el semer donante, con carácter obligatorio".

- Derecho del donante de semen al anonimato.

La Ley sueca reconoce el derecho del hijo nacido por inseminación artificial, a co la identidad de su padre biológico, al alcanzar la mayoría de edad. Es pues, el único pai legislación sobre la procreación humana asistida, que niega el derecho del donante de s al anonimato, en favor de lo que considera un bien para el hijo.

La Ley española y la inglesa, aún reconociendo el derecho al anonimato del donante, contempla el acceso, por parte del hijo que nazca procedente de semen de donante, a cierta información general (identidad genética), acerca de éste, al alcanzar la edad de 18 años. España además acepta que excepcionalmente se revele la identidad biológica del donante: "si existe peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales"

-Congelación y Donación de óvulos.

Respecto a la congelación y donación de óvulos, son aceptadas en la Ley inglesa ambas. La ley española y noruega prohiben la congelación especificando en España, cuando se lleve a cabo con fines de procreación y hasta que deje de considerarse una técnica experimental. En la Ley noruega se prohibe de forma implícita la donación de óvulos, ya que sólo se realizará la fecundación *in vitro* con gametos de la pareja que los solicite y en la legislación alemana se prohibe expresamente. En las leyes de los países restantes no se contempla este aspecto.

E. Donación y criopreservación de embriones.

Sólo la Ley noruega prohibe de forma expresa la donación de embriones, permitiendo la crioconservación de los mismos durante un período superior a 12 meses y con el fin de ser transferidos. Alemania y Suecia no se pronuncian. Esta última rechaza la donación de embriones en un informe gubernamental. España e Inglaterra aceptan la congelación y donación de embriones de forma expresa. En ambas legislaciones se contempla que el período durante el cual podrán mantenerse congelados los embriones no ha de ser superior a 5 años.

F. Experimentación embrionaria.

Respecto a este aspecto fundamental, cabe señalar que aquellas legislaciones que respetan la vida humana desde la fecundación prohiben, de forma coherente, la experimentación embrionaria en un sentido amplio. Es el caso de Alemania, Noruega, y Dinamarca. En este último país, aunque la ley dispone textualmente que el Consejo ético "deberá llevar a cabo su trabajo asumiendo que la vida humana comienza en el momento de la fecundación", y somete a moratoria toda experimentación efectuada en embriones humanos, otorga al propio Consejo el poder para elaborar futuras medidas legales sobre esta materia. España e Inglaterra consideran en sus legislaciones respectivas que la vida humana comienza a partir del día 14 de la fecundación. La Ley española otorga el *status* biológico al embrión humano en esa fecha, en la que ha finalizado la implantación en un embarazo natural.

G. Maternidad de sustitución.

Inglaterra es el único país europeo que tiene una ley específica sobre este punto: Acta de Acuerdos o disposiciones de subrogación de 1985. En ella condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios. La ley alemana prohibe la maternidad de sustitución; tampoco sanciona a la madre sustituta ni a los padres. La Ley noruega y sueca la prohiben de forma implícita. España considera nulo el contrato de subrogación; y la maternidad se determina por el parto.

H. Desviaciones en el uso de las técnicas de reproducción asistida.

Algunas desviaciones en el uso de las técnicas de reproducción asistida, se prohib expresamente: la clonación, la creación de híbridos y quimeras, casi de forma unánime (sal la Ley noruega en la que se sobreentiende, ya que se prohibe toda experimentación embriones humanos; y en la ley inglesa, que prohibe los dos primeros procedimientos). Ley sueca no contiene prohibiciones legales en este campo. Además se prohibe la selecci de sexo en el embrión obtenido *in vitro* cuando no exista el riesgo de transmitir u enfermedad hereditaria ligada al sexo, en las leyes española y alemana. Además Espa prohibe la ectogénesis y la transferencia de gametos o embriones humanos en útero animales o viceversa.

I. Sanciones.

Las leyes alemana y noruega contemplan pena de prisión no superior a tres años multa o prisión no superior a 3 meses respectivamente aplicables a las personas q incumplan la ley. La ley danesa sanciona con pena de multa o prisión la experimentación embriones humanos y las desviaciones de la fecundación *in vitro* . Estas se consideran de en la ley inglesa. La ley española trata de las infracciones graves y muy graves. Hasta promulgación del nuevo Código Penal, cuya discusión esta en curso, no se tipific penalmente como delito ninguna de estas infracciones.

2. REGULACION DE LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN EL AMBITO D DERECHO AMERICANO.

En el continente americano, especialmente en el Sur y Centro América, no ex normativa que regule la aplicación de estas técnicas. A la fecha se han efectuado estuc médicos y legales en cuanto a los aspectos e implicaciones que generan la práctica de es procedimientos, especificamente son dos: El VII Congreso Mundial sobre Derecho de Fam efectuado en el Salvador, en el mes de septiembre de 1992, y cuyo tema se denom "Nuevas Tecnologías de Reproducción Humana y su Control Legal", para lo cual diferer países a través de juristas especializados en la materia, presentaron estudios éticos, y leg de los aspectos más conflictivos. Igualmente la Red Lationamericana de Reproduc Asistida, realizó un "Consenso Latinoamericano en Aspectos Etico-Legales relativos a Técnicas de Reproducción Asistida , en Chile, en 1995, el cual tiene como objetivo prese un documento de consenso de los temas éticos más conflictivos en las discusiones lega para que sirva de referencia a legisladores y autoridades de salud.

Por lo tanto se puede inferir que en el campo del derecho americano, a la fecha existen normativas especificas. Por ejemplo en Colombia "La legislación establece que bancos seminales podrán existir, pero su utilización con fines de inseminación artificial podrá hacerse con sujeción a las disposiciones legales que se dicten sobre la materia, aún no se han dado."[87] Es decir que hay preceptos que regulen el funcionamiento de bancos seminales, pero no existe ley específica que regule la reproducción artificial.

Al igual en Chile tampoco se ha legislado. En Argentina, en la actualidad no hay ley específica sobre los procedimientos de reproducción humana asistida, sin embargo e Congreso Nacional se encuentran dos proyectos. Costa Rica de la misma forma Argentina, no cuenta con una ley, pero existe un proyecto de ley, en la Asamblea Legislati

[87] Leal Dávida , Luis Orlando. Op.Cit. Pág.16.

En el Salvador en el anteproyecto del Código de Familia, existían ciertas odificaciones en materia de filiación y maternidad sustituta, la cuales no fueron incorporadas Código de Familia, el cual está vigente desde el uno de octubre de 1994.

En Estados Unidos de Norteamérica, existe una ley Federal llamada Investigaciones etales, la cual tiene el objeto de establecer una guía y los límites para las investigaciones y perimentos con embriones y fetos humanos; esta ley fue promulgada en el año 1988, y rma aspectos relativos a la criopreservación y donación de embriones.

Además en 5 estados, Florida, Kentucky, Luousiana, Michigan y Nebraska, la gislación promulgada recientemente proclama de forma especifica la invalidez de un ntrato de subrogación en el que haya habido pago de una cantidad determinada. Los tados de Indiana y de Dakota del Norte, prohiben llevar a cabo contratos de subrogación n o sin pago. La legislación de Michigan adoptó un estatuto penalizando la subrogación n fines comerciales. Sin embargo en Arkansas la Ley contempla que cuando una pareja aliza un contrato con una madre subrogada que no esté casada, ellos serán los padres gales del hijo que nazca, y no la madre subrogada. Recientemente, en 1990, en el estado ew Hampshire, se promulgó un estatuto aprobando los contratos de subrogación no merciales en parejas casadas.

. RECOMENDACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA Y DEL PARLAMENTO EUROPEO ARA LA REGULACION DE LA REPRODUCCION ASISTIDA.

Los principios y recomendaciones propuestas por el Consejo de Europa y el arlamento Europeo para la regulación de la reproducción asistida han influido sólo en lgunos aspectos. Se ha observado que la regulación no es uniforme en los países europeos algunas leyes existentes no se pronuncian en puntos fundamentales o lo hacen de forma mbigua.

En algunos principios propuestos sí hay consenso, como en el rechazo de la clonación, le la creación de híbridos o de la manipulacion genética. También hay consenso en lo eferente al reconocimiento de la paternidad legal en caso de Inseminación Artificial leteróloga; rechazo de la maternidad de sustitución y reconocimiento de la maternidad legal le la mujer que dé a luz al niño; donación gratuita de gametos; estudio del donante de semen; ausencia de derechos y deberes del donante respecto al hijo que nazca mediante nseminación artificial heretóloga. El derecho del donante al anonimato se contempla también le forma mayoritaria (salvo Suecia).

En sus principios sobre Procreación Artificial Humana, el Consejo de Europa , rechaza a Inseminacion *post mortem* y aconseja como usuarios de las técnicas de reproducción asistida a la pareja heterosexual. En ese sentido la Ley española contradice de forma expresa lo expuesto por el Consejo de Europa, al aceptar la Inseminación *post mortem* y el acceso de la mujer sola a las técnicas de reproducción asistida.

En cuanto a la investigación en embriones humanos y otros procedimientos elacionados, cabe señalar, que en el marco del Consejo de Europa, se rechaza de forma mplícita el concepto de preembrión: "... el desarrollo humano se lleva a cabo de forma continua desde la fecundación", y afirma que el "embrión humano debe ser tratado en toda

circunstancia de forma que se respete su dignidad humana". Igualmente España contradi
este principio, ya que considera que la vida humana inicia a partir del día catorce desde
fecundación.

CONCLUSIONES

- Los procedimientos de Reproducción Asistida Humana son practicados en Guatemala, por lo tanto la necesidad de una legislación *ad hoc* es manifiesta, en virtud de que al no existir una legislación específica, puede ponerse en juego el principio según el cual lo no prohibido podría entenderse permitido, y ello es una interpretación totalmente falsa, toda vez que la Ley del Organismo Judicial establece que los jueces tienen el deber de resolver y en caso de falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, debe resolver en orden de prelación atendiendo: a la finalidad y espíritu de la institución; a su historia fidedigna; a las disposiciones de otras leyes; o del modo más conforme a la equidad y los principios generales del derecho. Todo lo expuesto demuestra que es inminente la intervención del legislador para regular el recurso de la procreación asistida, porque el hecho que exista respuesta jurídica al margen de una legislación específica, no implica que ésta no sea necesaria, ya que si lo que el jurista pretende es hacer justicia, lo primero que debe plantearse es lo injusto que resulta aplicar a unas situaciones completamente nuevas, normas que no habrían ni siquiera imaginada tales situaciones.

- Las técnicas de fertilización asistida humana, tienen como finalidad solucionar la esterilidad irreversible de la pareja humana, facilitando la procreación mediante la actuación médica, cuando las demás técnicas terapéuticas han sido descartadas, por ineficaces, inadecuadas o imposibles de realizar, por lo que, no deben considerarse como métodos alternativos de procreación. Además, su práctica sólo se permite a la pareja cuando haya posibilidad de éxito y no suponga riesgo para la salud de la madre o la descendencia.

- La Familia es el fundamento del ordenamiento social, por lo cual el Estado debe regular las relaciones familiares de acuerdo a su propia realidad, para así lograr su protección social y jurídica. Por ende la rama del derecho que reconoce y disciplina esta institución, es el Derecho de Familia, quién con los avances científicos, especialmente en materia genética, se ve realmente afectado, en virtud que se replantean definiciones clásicas, básicas y fundamentales, al recorrer los itinerarios conceptuales de la figuras jurídicas del Derecho de Familia, especialmente el de paternidad y maternidad, por ello se afirma que la aplicación de estas nuevas técnicas nos sitúan en el umbral de un nuevo Derecho de Familia.

- La base del mundo de las normas jurídicas es la realidad social, la cual evoluciona constantemente, y la realidad social del Derecho de Familia ha avanzado en forma abrumadora, por los enormes adelantos científicos en materia genética. Debido a la complejidad de las relaciones que nacen, el Estado que garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, tiene que normar estas consecuencias, para estar al nivel de estos progresos, y así adecuar estas nuevas circunstancias, los nuevos problemas y los nuevos intereses en juego.

- El estudio de la problemática de los procedimientos de reproducción asistida humana, constituyen una gama amplia y compleja de tópicos a regular, de ahí que al momento de su interpretación imponen una valoración, no sólo desde una dimensión biomédica, sino particularmente de la interrelación de los aspectos antropológicos, psicológicos, jurídicos y fundamentalmente la concepción ética, elementos que en ningún momento se pueden divorciar de la percepción del legislador en función de que el respeto a la

[redacted]

vida y dignidad de la persona deben ser requisito *sine qua non* para su respectiva ponderación.

6. El Estado de Guatemala, protege la vida humana, desde el momento de la concepción, desde la fusión del esperma y el óvulo, considerando que existe un ser distinto e independiente que como ser humano, tiene derecho a la vida, por lo tanto la tutela y protección jurisdiccional debe llegar al momento embrionario, por lo cual el contenido ético de actuación en la fecundación asistida humana, no puede desconocer la dignidad del *nasciturus* , debiendo respetar su derecho primario, natural y óntico derecho a nacer. Por ello se deberá rechazar la destrucción de embriones, pues constituyen vida humana y merecen tutela jurisdiccional, tampoco se podrán utilizar con fines de investigación y experimentación por ser contrarios al respeto que merece la persona humana, igualmente no pueden ser considerados como objetos susceptibles de apropiación, por lo que se deberá prohibir su comercialización.

7. En Guatemala es absolutamente imprescindible la regulación legal de estas técnicas, porque al no contar con un cuerpo legal específico, que norme lo relativo al *status* jurídico del embrión , los médicos y biólogos guatemaltecos efectúan investigaciones y experimentos sin que exista forma de verificar o constatar si se observan los derechos constitucionales que el embrión ostenta , de ahí que un órgano de carácter especial y público, integrado por personas especializadas en la materia deberá dictaminar sobre la conveniencia o no, de cualquier actividad o proyecto científico, que lleve consigo una manipulación genética.

8. Se afirma que la manipulación genética, que comprende la criopreservación y las actividades de experimentación , requieren además de una regulación legal a nivel de derecho interno, otra internacional, especialmente en Latinoamérica, con el objeto de coordinar las legislaciones nacionales e impedir así, que algunos Estados se transformen en asilo de conductas no recomendables en la manipulación genética del embrión.

9. Los destinatarios *ad hoc* de los procedimientos de reproducción asistida humana, deben ser las parejas heterosexuales unidas por vínculo matrimonial o las parejas unidas de hecho declaradas legalmente, que padecen de esterilidad irreversible, en virtud que el hijo ostenta un derecho irrenunciable y fundamental, el cual es el tener potencialmente un padre y una madre, y este valor es primario y no debe prevalecer en la jerarquía de valores el derecho de toda mujer a ser madre, porque se instrumentaliza al hijo, quien será un medio y no un fin individualmente considerado, por lo que este derecho se debe condicionar a que exista un padre, y se debe atender preeminentemente al bien del hijo, quien tiene derecho a un contexto familiar estable e integral, y con la complementariedad de sexos, lo cual deviene en un mejor desarrollo de la personalidad del hijo.

10. La fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana disocian el elemento genético del elemento biológico en el nacimiento del ser humano, porque estas prácticas posibilitan que el nuevo ser esté dotado de un patrimonio genético correspondiente a distintos progenitores, que al final no resultan ser sus padres formales. Por lo tanto con la admisibilidad de estas técnicas se distorsiona el criterio imperante, según el cual la maternidad y paternidad esta condicionada a la copulación para atribuir la progenitura, lo cual obliga a conceptuar de nuevo el orden familiar establecido, que entiende que la paternidad y maternidad es una consecuencia que se infiere por la sangre, genética y cromosomáticamente, que subsume en un mismo rol la

realidad fisiológica con la realidad jurídica, es decir que las repercusiones o implicaciones de la fecundación humana artificial en el campo de las relaciones familiares o filiación, se transforman en relaciones socioafectivas, en la que el factor volitivo, debe tener mayor consistencia y significancia que la mera realidad de ser procreante.

Los conflictos de paternidad y maternidad, no se presentan en la inseminación artificial homóloga, puesto que se da la más absoluta congruencia o coincidencia entre la verdad biológica-genética y la verdad formal, ya que el hijo es portador del patrimonio genético correspondiente a sus progenitores, de ahí que si la pareja es casada el hijo concebido es matrimonial, y si por el contrario no estuviera casada la determinación legal de la filiación será extramatrimonial.

Para determinar la filiación matrimonial o extramatrimonial del hijo nacido mediante inseminación artificial heteróloga y fecundación *in vitro* , el derecho extranjero europeo, se fundamenta en los principios siguientes:

a) El respeto absoluto a la declaración de voluntad prestada libremente sin vicios. Dan relevancia al consentimiento prestado por los sujetos para someterse o beneficiarse de estas técnicas.

b) Preeminencia del principio del interés o bienestar del hijo, en cualquier conflicto de intereses que se presente.

c) La regla que nadie puede ir contra sus propios actos (*venire factum contra propium*) que en caso contrario sería un ejercicio antisocial del derecho.

Es congruente decantarse por la nulidad del contrato de maternidad subrogada, conocido vulgarmente como arrendamiento de útero ajeno, porque repugna a los principios de orden público familiares, ya que el objeto del contrato es la persona misma, quien no puede ser sujeta a ninguna clase de comercialización, ya que el ser humano no es susceptible de apropiación por su naturaleza ontológica, lo cual constituye una ofensa para su dignidad, el ser tratado como mercancía, y no como alguien que constituye una finalidad *per se*.

Referente al procedimiento de inseminación artificial *post mortem* no debe perderse de vista que es un acto médico que es practicado en nuestro país actualmente, bajo la exclusiva responsabilidad de quien lo realiza , por lo cual es pertinente adoptar la postura según la cual no debe prohibirse esta práctica; no obstante para que se pueda llevar a cabo será imprescindible que se cumplan presupuestos esenciales, tales como: Autorización sólo para parejas unidas por vínculo matrimonial; que se determine un plazo prescriptivo, además que el consentimiento para la misma se preste por el cónyuge en escritura pública o testamento, para no ocasionar graves desordenes legales y sociológicos.

Con relación a la legislación comparada en materia de reproducción humana asistida, se afirma que en el continente americano, especialmente en Latinoamérica, no hay normativa específica en ningún Estado, que regule este tópico. En los países europeos ha existido una evidente preocupación por las repercusiones que genera la aplicación de estas técnicas en el ser humano, por lo cual en la actualidad varios

países como España, Suecia, Dinamarca, Australia, cuentan con un ordenamie específico para estos procedimientos de reproducción asistida humana, leyes en cuales el legislador ha tomado en cuenta las recomendaciones propuestas por Consejo de Europa, a la vez se observa que la normativa no es uniforme, sin emba se evidencia algunos principios en los cuales hay consenso, tales como el rechazo a clonación, de la creación de híbridos o de la manipulación genética, reconocimiento la paternidad legal del cónyuge o pareja conviviente de la mujer que acceda inseminación artificial heteróloga , rechazo a la maternidad de sustituci reconocimiento de la maternidad legal de la mujer que dé a luz al niño, donac gratuita y secreta , ausencia de derechos y deberes del donante respecto al hijo.

16. Los nuevos contratos, como el de donación de gametos (semen y óvulo), y el inseminación artificial, son considerados de trascendencia jurídica, y por ello de aparecer regulados en la Ley específica de Reproducción Asistida. Se debe te presente que el contrato de donación de gametos por la naturaleza especial de objeto, debe ser gratuito, secreto; y este contrato debe ser anónimo tanto para pareja receptora como para el hijo.

17. Es evidente que la legislación actual resulta inaplicable, a los supuestos com inseminación artificial homóloga y heteróloga, o la fecundación *in vitro*, en virtud qu ordenamiento jurídico guatemalteco, especialmente en la rama del Derecho de Fam no fue establecido para resolver esta clase de conflictos, toda vez que no se pensa mucho menos existían estas formas de procreación, en el momento de su creaci por lo que se deberá legislar para evitar un vacío legal. Para ello no deberá efectu en forma precipitada o improvisada la promulgación de la Ley específica, es ide aconsejable un estudio con unificación de criterios y la correspondiente jerarquiza de valores, partiendo del interés que se considera debe primar, el cual es el del nu ser. La ciencia sigue su curso y el legislador competente debe sin demora alg definir, regular, prohibir, admitir o rechazar todo cuanto se relacione con las nu prácticas científicas y que puedan lesionar de alguna forma la dignidad del humano.

RECOMENDACIONES

1. La Universidad de San Carlos de Guatemala, debe ejercitar su derecho de iniciativa de ley, por medio del Consejo Superior Universitario, para elaborar un Proyecto de Ley, con base en recomendaciones y reflexiones propuestas por una Comisión multidisciplinaria, la cual será creada e integrada por profesionales médicos, sociólogos, antropólogos, psicólogos y juristas versados en la materia, quienes deberán realizar estudios de los diferentes conflictos que presenta la reproducción asistida humana, en sus diferentes ámbitos, especialmente los éticos, para lo cual deberán analizar el derecho comparado y tener presente que nuestra Constitución, protege a vida humana desde la concepción y este principio pragmático se debe cristalizar en el límite para la autorización y aplicación de estos procedimientos.

2. Para observar los principios rectores, el derecho a la vida y el respeto a la dignidad del ser humano, la ley que regule estos procedimientos, deberá ordenar la creación de un órgano de naturaleza pública y de carácter nacional, integrado por personas especializados en la materia, que deberán regular, verificar, inspeccionar y autorizar el cumplimiento de las normas que en el futuro se deberán emitir para regular la reproducción asistida humana, especialmente el derecho a la vida del *nasciturus* a partir de su concepción, para lo cual este órgano deberá autorizar el funcionamiento de los centros médicos o clínicas, los bancos de semen, los centros de criopreservación, previo al cumplimiento de los requisitos que se indiquen en la ley específica y en la normativa administrativa correspondiente.

3. En el momento de promulgarse esta ley específica, la percepción de los legisladores, deben fundamentarse en los principios siguientes:

   a) Al ser la finalidad de éstas técnicas solucionar de la esterilidad irreversible de la pareja humana, no podrán ser utilizados como métodos alternativos de procreación, extremo que resuelve el problema de quienes deberán ser los destinatarios *ad hoc* de los procedimientos de reproducción asistida, quienes deberán ser la parejas heterosexuales unidos por vínculo matrimonial o las unidas de hecho declaradas judicialmente.

   b) Que el valor primario de estas técnicas de reproducción, debe ser el bienestar del hijo, lo cual solucionará los conflictos de intereses que se presenten como los referentes a la maternidad subrogada, la inseminación *post mortem*, así como el de si la mujer sola puede acceder a estos procedimientos, o bien si el donante de gametos (semen y óvulos), tienen derechos que hacer valer con respecto al hijo nacido por método de inseminación artificial heteróloga. Así como si las parejas homosexuales o lesbianas pueden ser receptoras de estos procedimientos.

   Además el proyecto de ley, deberá establecer los parámetros siguientes:

   a) Determinar específicamente cuales serán los métodos o técnicas autorizadas en materia de reproducción artificial.

   b) Legislar en lo referente a la protección jurídica del embrión o *nasciturus* . Para ello se debe preceptuar todo lo relativo a la investigación o experimentación genética en embriones .

c) Disponer la forma legal para determinar la filiación matrimonial o extramatrimonial, cuando sean utilizados por las parejas estériles.

d) Ordenará la creación de un Organo o Comisión Especial de carácter público y nacional, que deberá supervigilar la aplicación de los procedimientos de reproducción humana asistida autorizados. También deberá crearse un Registro Nacional de Donantes, con el objeto de ejercer un control más directo por parte del Estado.

e) Establecerá expresamente qué contratos, métodos o procedimientos son prohibidos y las consecuencias legales a que se harán acreedores las personas que incumplan estas disposiciones, igualmente determinará qué contratos son admisibles y los requisitos que deberán cumplir para tener validez jurídica.

f) Determinará los derechos y obligaciones de la pareja comitente, como los de los donantes de gametos , especialmente en materia de filiación.

g) Deberá disponer sanciones para los casos de incumplimiento de las normas contenidas en la ley.

4. Debido a las implicaciones o repercusiones que generará la práctica de los procedimientos de reproducción asistida humana sobre el Derecho, especialmente en el Derecho Familia, y por su trascendencia jurídica y social, se sugiere su estudio con mayor detenimiento en el Curso de Derecho Civil I, que se imparte en la Carrera de Abogacia y Notariado, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala; por lo que se hace necesario reestructurar el programa del curso en el punto citado.

BIBLIOGRAFIA

:XTOS

AUTORES NACIONALES

BRAÑAS, Alfonso. Manual de Derecho Civil. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1985.

RODRÍGUEZ VILLATORO, Hilda. Lecturas Seleccionadas y Casos del Derecho Civil IV. Editorial de la Cooperativa de Ciencia Política R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala.

AUTORES EXTRANJEROS

BELLUSCIO, Augusto César. Manual del Derecho de Familia, Tomos I, II y III. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1979.

BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia, Tomo II. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1993.

BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. Universidad Autónoma de México. Imprenta Universitaria. México, 1985.

BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Argentino. Derecho de Familia. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1959.

CARCABA FERNANDEZ, María. Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana. Editor José María Bosch, S.A., Barcelona, España, 1995.

CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo V, Derecho de Familia. Editorial Reus S.A., Madrid, España, 1987.

. CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa S.A., México 1984.

. CHEHADE AGUAP, César Alfredo. La Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro* Nuevo Desafío para el Derecho Civil Chileno. Santiago de Chile, Chile, 1993.

. CORRAL TALCIANI, Hernán. Ponencia sobre la Configuración de un Derecho a conocer la Identidad del Progenitor Biólogico. VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Tema: Nuevas Tecnologías de Reproducción Humana y su Control Legal. El Salvador, septiembre 1992.

0.ESPIN CANOVAS, Diego. Manual del Derecho Civil Español. Familia, Vol. IV. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1975.

1.FERRER, Francisco A. Enciclopedia de Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina, 1991.

2.GONZALEZ, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. Editorial Trillas, México, 1987.

3.HERRERA CAMPOS, Ramón. La Inseminación Artificial. Aspectos Doctrinales y Regulación Legal Española. Editorial, Servicio de

Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, España, 1991.

14.HIDALGO, Soraya Nadia Rita. Ponencia Sobre los Derechos Sucesorios del Hijo Póstumo en la Inseminación *post mortem*, VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Tema: Nuevas Tecnologías de Reproducción Humana y su Control Legal. El Salvador, septiembre, 1992.

15.LEAL DAVIDA, Luis Orlando. La Reproducción Artificial Humana Frente al Derecho Civil Colombiano. 2a. Parte. Bogotá, Colombia, 1991.

16.LLEDO YAGUE, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1988.

17.LLEDO YAGUE, Francisco. La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Anuario de Derecho Civil. Editado por Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, España, 1988.

18.LÓPEZ Y LÓPEZ, y otros. Derecho de Familia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1991.

19.MANZZINGUI, Jorge A. Derecho de Familia. Editorial Abeledo-Perrot S.A. Buenos Aires, Argentina, 1981.

20.MENDEZ COSTA, y D'ANTONIO. Derecho de Familia, Tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Argentina, 1990.

21.MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A., México 1984.

22.PETTIGIANI, Eduardo Julio. Familia. Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo I. Buenos Aires. 1990.

23.PUIG PEÑA, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Familia y Sucesiones, Tomo V. Ediciones Pirámide S.A., Madrid, España, 1976.

24.ROMO PIZARRO, Osvaldo. Medicina Legal. Elementos de Ciencia Forense. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Chile, 1992.

25.VEGA, M., VEGA, J., MARTINEZ, P. Reproducción Asistida de la Comunidad Europea. Legislación y aspectos Bioéticos. Universidad de Valladolid. Secretaría de Publicaciones. Valladolid, 1993.

26.ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1981.

TESIS PROFESIONALES

1. BARRIENTOS URIZAR, Marta Ruth. Libertad de Procreación, Inseminación Artificial y su Regulación en el Proyecto del Nuevo Código Penal de Guatemala, 1993.

2. DIAZ LEMUS, Ana Vilma. Necesidad de Legislar Aspectos Novedosos en Materia de Fecundación Humana. 1993.

3. FONG CONTRERAS, Anabel. El Llamado Contrato de Madre Subrogada y sus Incidencias en el Derecho de Familia en Guatemala. 1995.

MAZARIEGOS CASTELLANOS, Luis. Las Modernas Técnicas Biológicas de la Fecundación Artificial y sus Incidencias Jurídicas. 1986.

DICCIONARIOS

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. 14a. Edición. Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1979.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Política y Sociales. Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1981.

PUBLICACIONES

DIARIO, LA HORA. Para los que todavia tienen dudas. Guatemala, 30 de mayo 1990.

DIARIO, PRENSA LIBRE. Suplemento Desfile, Nueva Esperanza para Hombres infértiles. Guatemala, febrero 1, 1996.

DIARIO EL GRAFICO. Suplemento Belleza. Adopción de Embriones. Guatemala, 20 agosto, 1996.

DIARIO EL PAIS. El registro de Embriones no garantiza la Confidencialidad. Barcelona, España, 26 noviembre, 1996.

REVISTAS

GUIA DEL PACIENTE HACIA LA TECNOLOGIA DE REPRODUCCION ASISTIDA. Sociedad Americana de Fertilidad. Alabama, Estados Unidos de Norte América, 1991.
CONCENSO LATINOAMERICANO EN ASPECTOS ETICO-LEGALES RELATIVOS A LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA. Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Recaña, Chile, 1995.
REVISTA LA GACETA DE "FUNDETI" No. 1, Guatemala, marzo 1996.
REVISTA MEDICA. EL MILAGRO DE LA VIDA. Editorial Emiesa. Guatemala, marzo/abril 1996.

LEGISLACION NACIONAL

Constitución de la República de Guatemala, 1985.
Código Civil. Decreto Ley 106.
Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107.
Ley de Tribunales de Familia. Decreto 206.

LEGISLACION EXTRANJERA

Ley de Reproducción Asistida Humana de España, número 35/1988.
Ley de Inseminación Artificial, del Estado Sueco. 1985.
Código de Familia de El Salvador. 1984.
Código de la Niñez y la Juventud de la República de Cuba. Ley No. 16.

DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;

., seis de marzo de mil novecientos noventa y -

ıte, pase a la LICDA. ELISA SANDOVAL DE AQUECHE,

proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la Ba-

RUTH LILIANA RODRIGUEZ GONZALEZ y en su oportuni

a el dictamen correspondiente.---

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DECANATO
GUATEMALA, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIA
GUATEMALA, C. A.