

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TÉCNICA REPRODUCTIVA DE
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU POSIBLE REGULACIÓN EN
EL DERECHO CIVIL DE GUATEMALA”**

LICENCIADA LUISA ELENA PALMA CÁMBARA

CHIQUIMULA, GUATEMALA, MAYO DE 2016

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TÉCNICA REPRODUCTIVA DE GESTACIÓN
POR SUSTITUCIÓN Y SU POSIBLE REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DE
GUATEMALA”**

Informe final de tesis para la obtención del grado de Maestro en Ciencias, con base al Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el día dos de abril del año dos mil catorce.

LICENCIADA LUISA ELENA PALMA CÁMBARA

CHIQUMULA, GUATEMALA, MAYO DE 2016

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**



RECTOR

DR. CARLOS GUILLERMO ALVARADO CEREZO

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	MSc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera
Representante de Docentes:	MSc. José Leónidas Ortega Alvarado Lic. Zoot. Mario Roberto Suchini Ramírez
Representante de Graduados:	Lic. Zoot. Oscar Augusto Guevara Paz
Representantes estudiantiles:	Br. Carla Marisol Peralta Lemus PAE. Alberto José España Pinto Licda. Marjorie Azucena González Cardona

COORDINADOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

MSc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	Ph.D. René Arturo Villegas Lara
Secretaria:	M.Sc. Dina Azucena Cerín Miranda
Vocal:	Ph.D.. Melvin Giovanni Portillo Arévalo
Asesora:	Ph.D. Gabriela Patricia Portillo Lémus

Razón: "El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada". (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, del Centro Universitario de Oriente, de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

Chiquimula, 22 de septiembre de 2015

MSc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Coordinador del Programa de Postgrados
Centro Universitario de Oriente
Su despacho

Respetable Coordinador:

Por resolución que dictó el Departamento de Estudios de Postgrado de ese Centro a su digno cargo, se me designó para ejercer la tutoría del trabajo de investigación que propuso la licenciada **LUISA ELENA PALMA CAMBARA**, sobre el tema: **"ANÁLISIS JURIDICO DE LA TÉCNICA REPRODUCTIVA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU POSIBLE REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DE GUATEMALA"**, con el fin de presentar el resultado como tesis para obtener el grado académico de Maestra en ciencias en Derecho Civil y Procesal Civil.

Sobre la realización de la investigación del tema, la investigadora consultó la bibliografía necesaria y fundamental y se cumplió con el protocolo de tesis que se aprobó en su oportunidad. Todo estudioso de la Ciencia Jurídica sabe de antemano que los problemas trascendentales del Derecho evolucionan conforme a la evolución de la sociedad. El avance de la ciencia médica y de las técnicas de reproducción asistida no solo han revolucionado el campo de la medicina, sino que también han venido a plantear nuevos problemas en la ciencia del Derecho, específicamente en la rama del Derecho civil y específicamente en el campo de la filiación, esta fue la problemática abordada por la investigadora quien a lo largo de su investigación cumplió con todos los requisitos reglamentarios y con los principios, métodos y técnicas de la metodología de la investigación científica.

Ante este panorama especulativo, la licenciada Palma Cambara, ha hecho una investigación bibliográfica suficiente para plantear el tema y sostener una tesis sobre el problema y la hipótesis de la cual partió su investigación. El informe final de la misma está bien fundamentado, lo cual denota el esfuerzo de la sustentante por haber desarrollado un trabajo meritorio. En resumen, señor director, expreso mi aprobación a la tesis aludida, debiéndose continuar el trámite reglamentario, para que se sostenga el examen privado, previo a conferirle el grado académico de Maestra en Ciencias en Derecho Civil y Procesal Civil.

Atentamente,

Dra. Gabriela Patricia Portillo Lemus
Asesora de tesis

"Id y Enseñad a Todos"

"39 AÑOS SIRVIENDO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN EL NORORIENTE"

Finca El Zapotillo Zona5, Chiquimula.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
CERTIFICACIÓN DE ACTA DE EXÁMENES PRIVADOS

CERTIFICACIÓN.ACTA.EPT.DEPG-03-2016

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, folios veintisiete y veintiocho donde se encuentra el Acta EPT guion catorce guion dos mil quince (ACTA EPT-14-2015), que copiada literalmente dice:—"Acta EPT-14-2015: En el salón J-9 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, Doctor René Arturo Villegas Lara (Presidente), Maestra en Ciencias Dina Azucena Cerin Miranda y Doctor Melvin Giovanni Portillo Arevalo (Vocal), el día sábado siete de noviembre de dos mil quince (2015), siendo las ocho horas, para practicar el EXAMEN PRIVADO DE TESIS, de la Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria Luisa Elena Palma Cámara (Postulante), inscrito con carné No. 100023747, en la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil de esta Unidad Académica, como requisito previo a optar el grado de Maestra en Ciencias en Derecho Civil y Procesal Civil del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente.-----

PRIMERO: Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce.-----

SEGUNDO: El examen privado de tesis fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis intitulado: "**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TÉCNICA REPRODUCTIVA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU POSIBLE REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DE GUATEMALA**", elaborado por la postulante, Licenciada Luisa Elena Palma Cambara-----

TERCERO: El resultado del examen fue APROBADO, por UNANIMIDAD por los miembros de la Terna Evaluadora, con palabras de felicitación por parte de la terna evaluadora. En fe de lo cual firmamos la presente acta, en la ciudad de Chiquimula, siendo las diez horas con treinta minutos del día siete de noviembre de dos mil quince." Firmaron el acta Ph.D. René Arturo Villegas Lara, M.Sc. Dina Azucena Cerin Miranda, Ph.D. Melvin Giovanni Portillo Arévalo y Licenciada Luisa Elena Palma Cámara.

Para los efectos que al interesado convengan, extendiendo y firmo la presente en dos hojas de papel bond tamaño carta, en la ciudad de Chiquimula, quince de marzo de dos mil dieciséis.


M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director
Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente

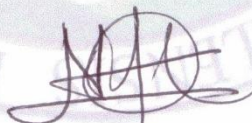


D-TG-MADP-015/2016

EL INFRASCRITO DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Informe Final de Tesis de la maestrante LUISA ELENA PALMA CÁMBARA titulado “ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TÉCNICA REPRODUCTIVA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU POSIBLE REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DE GUATEMALA”, trabajo que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados de esta Unidad Académica. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Informe Final de Tesis** a Nivel de Postgrado, previo a obtener el título de **MAESTRA EN CIENCIAS** en la rama de **DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a quince de marzo de dos mil dieciséis.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



MSc. Nery Waldemar Galdámez Cabrera

DIRECTOR

CUNORI - USAC



c.c. Archivo

NWGC/ars

DEDICATORIA

A NUESTRO SEÑOR JESUCRISTO:

Por darme las virtudes y fortaleza necesaria para salir adelante, por colocarme en el mejor camino iluminando cada paso de mi vida.

A MIS PADRES:

Miguel Alfredo Palma y Odilia Cámbara, por sus sabios consejos y haber inculcado en mí un espíritu luchador en concluir las metas que me proponga.

A MI ESPOSO:

Douglas Salguero, gracias por su paciencia y apoyo en todo momento.

A MIS HERMANOS:

Regina, Diana y Miguel, por ser parte de mi vida, mi triunfo también es suyo, los quiero mucho.

A MIS MAESTROS:

Ph.D René Arturo Villegas Lara, MSc. Ronaldo Porta España y Ph.D. Gabriela Patricia Portillo Lemus, por su dedicación, compromiso y valioso aporte en la formación de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil.

A MI ALMA MÁTER:

Universidad de San Carlos de Guatemala, Centro Universitario de Oriente, por haberme abierto las puertas al amplio y maravilloso mundo del Derecho Civil y al equipo del Departamento de Estudio de Postgrado, mis agradecimientos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

i

CAPÍTULO I

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1.1 Generalidades	15
1.2 Antecedentes históricos	16
1.3 Definición	21
1.4 Factores que originan el sometimiento a las técnicas de reproducción humana asistida	22
1.5 La impotencia absoluta y relativa según el Código Civil de Guatemala	25
1.6 Clases de técnicas de reproducción humana asistida	28
1.6.1 Inseminación artificial	28
1.6.2 Fecundación in vitro (FIV)	31
1.6.3 Maternidad subrogada	33
1.6.4 Clonación	36

CAPÍTULO II

EL DERECHO GENÉTICO Y EL DERECHO CIVIL

2.1 El Derecho Genético	39
2.2 El Derecho Genético y su relación con el Derecho Civil	41
2.3 Valoración ética de las técnicas de reproducción asistida (TERAS)	42
2.4 La Dignidad de la persona frente a las TERAS	44
2.5 La Bioética frente a las TERAS	51

CAPÍTULO III

LA TÉCNICA REPRODUCTIVA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

3.1 Generalidades	55
3.2 Denominaciones	56
3.3 Definición	58

3.4 Formas o tipos de gestación por sustitución	59
3.4.1 Gestación por sustitución tradicional	59
3.4.2 Subrogación de la gestación propia o subrogación gestacional	59
3.5 Causas que dan origen a la gestación por sustitución	62
3.6 Fundamentos de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de Guatemala en torno al caso de gestación por sustitución acontecido en el ámbito nacional	64

CAPÍTULO IV

CONSIDERACIONES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO CONTRATO, O BIEN, COMO UN ACTO JURÍDICO

4.1 Generalidades	71
4.2 Contrato y acto jurídico	71
4.3 Fundamentos de las posturas cuales rechazan al contrato de gestación por sustitución	74
4.4 Fundamentos de las posturas cuales aceptan a la gestación por sustitución como un contrato	75
4.5 La relación médico-paciente	78
4.6 La declaración de voluntad en la gestación por sustitución	80

CAPÍTULO V

DERECHOS INVOLUCRADOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN - A FUNDAR UNA FAMILIA, A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y A LA NO DISCRIMINACIÓN-

5.1 Derecho a la familia	85
5.2 Derecho a la salud sexual y reproductiva	89
5.3 Del derecho a la igualdad y a la no discriminación	92
5.4 El derecho a la familia y su protección en la Constitución Política de la República de Guatemala	94

5.5 Contenido y aspectos de la libertad de procrear en otras legislaciones	100
--	-----

CAPÍTULO VI

LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

6.1 Aspectos relevantes	102
6.2 La filiación y reproducción humana asistida	103
6.3 Clases de filiación	104
6.4 La voluntad procreacional como filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida	108
6.5 Tendencias en el derecho comparado en relación a la gestación por sustitución	110
6.6 Las técnicas de reproducción humana asistida y la filiación en el Código Civil de Guatemala	113
6.7 Situación de la gestación por sustitución en Guatemala	120
CONCLUSIÓN	129
BIBLIOGRAFÍA	133

INTRODUCCIÓN

El avance científico que ha experimentado en los últimos años la ingeniería genética en el campo de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), han planteado interrogantes y problemas desde la perspectiva moral, ética y jurídica; algunos países han adoptado una regulación permisiva o prohibitiva, según el caso. De allí la necesidad de investigar el tema relacionado a la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida, por separar radicalmente a la reproducción artificial de la reproducción sexo-genital. La utilización de estas técnicas, en la actualidad, hacen posible la reproducción sin sexo; lo cual viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas de la filiación y del Derecho de Familia, cuyas normas dentro del Derecho Civil existentes y dentro de las normas de derecho civil de Guatemala, en particular, nos lleva a plantearnos las interrogantes siguientes: ¿Qué tipo de filiación genera esta técnica de reproducción humana asistida por la influencia de la ingeniería genética? ¿Este tipo de filiación podría encuadrarse dentro de las normas de filiación vigentes de nuestro ordenamiento jurídico Civil o será necesario regularla?

Debe reconocerse que quienes acuden como usuarios de estas técnicas, lo hacen inspirados en ejercer sus derechos reproductivos, del mismo modo como quienes procrean de una manera natural. Existen casos en que la gestación por sustitución es el único medio al alcance de una pareja, para tener un hijo cuando la mujer carece de la posibilidad de llevar a cabo a buen término un embarazo, siempre y cuando aporte su óvulo, caso contrario de no aportar la pareja sus gametos, la mujer no puede alegar su derecho reproductivo porque carece de la posibilidad biológica para hacerlo.

La elección del tema del presente trabajo de investigación para la maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, surgió por ser una técnica reproductiva novedosa, extensa y de la que poco se conoce, a contrario sensu, de la inseminación artificial y fecundación in vitro, en sus diversas modalidades que son comúnmente practicadas en los centros o clínicas de reproducción humana.

Se ha planteado la siguiente hipótesis relacionada a la gestación por sustitución: *“La forma de adecuar la voluntad procreacional, implica modificaciones al Derecho Civil, en cuanto a la determinación de la filiación, en la técnica reproductiva de gestación por sustitución, que permite distinguir tres criterios perfectamente diferenciados: lo genético, lo biológico y lo voluntario”*. Por ser una técnica reproductiva amplia, al considerar su práctica de forma homóloga y heteróloga (en algunos países), incluye aspectos que inciden en el Derecho Civil, que se ve influenciado por una nueva modalidad de filiación: la voluntad procreacional sobre la base de la intención, el deseo, el querer ser padre o madre.

Se ha dividido el estudio del tema investigado en seis capítulos, que a continuación se esbozan:

El primer capítulo, se denomina técnicas de reproducción humana asistida, analizándose los antecedentes históricos, exponiéndose los avances que han tenido las técnicas reproductivas con el paso de los años; la definición de estas técnicas, según algunos autores; los diversos factores que originan el sometimiento a estas técnicas; la impotencia absoluta y relativa según el Código Civil de Guatemala; y las clases de técnicas de reproducción asistida que existen, permitiendo conocer aspectos importantes de cada una de éstas técnicas.

El segundo apartado trata del Derecho Genético y el Derecho Civil, exponiéndose la relación de ambas ciencias y las consecuencias que origina el primero al Derecho Civil, debido a que tiene como fin a la persona humana, de allí que el derecho de las personas (el inicio de la vida, la teoría del concebido, los actos de libre disposición del cuerpo humano), el derecho de familia (el parentesco y filiación) y el derecho de sucesiones (la transmisión hereditaria del hijo póstumo en la inseminación post mortem) se han visto influenciados por los avances que ha tenido la ciencia genética. La valoración ética que fundamenta los principios ha seguir en la aplicación de cualquier técnica reproductiva; la dignidad humana frente

a su aplicación, estableciéndose que se daña la dignidad, cuando se atenta a los principios de respeto, de beneficencia y de justicia; la Bioética frente a las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS), en que debe aplicarse los principios éticos a cualquier intervención en medicina reproductiva.

Después de exponerse y analizarse definiciones centrales en materia de reproducción asistida, se establece en el capítulo tercero la determinación de la gestación por sustitución, mediante la información recopilada de diversos autores que han definido esta técnica y que se ha considerado importante establecer con amplitud en esta investigación para conocer de qué se trata, empleándose el término para efectos del presente trabajo el de “gestación por sustitución”, denominándose en otros países como: “maternidad subrogada” siendo una expresión errónea, debido a que la maternidad no puede subrogarse, tendiendo a confundir mujer gestante y madre intencional; así también, se analiza su aplicación desde una postura a los fines del matrimonio heterosexual. Este capítulo es de gran ayuda para efectos de determinar una correcta denominación de esta técnica de “gestación por sustitución”, debido a que se hace referencia a la mujer gestante, quien lleva a cabo el proceso de gestación y de la mujer quien tiene la intención y voluntad de tener un hijo, convirtiéndose en madre legal; se expone un caso suscitado en Guatemala y cuáles fueron los fundamentos de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia para resolverlo.

El objetivo específico planteado en la investigación está en: especificar si ante la aplicación de esta técnica de reproducción humana asistida nos encontramos ante un contrato o ante un acto jurídico; el capítulo cuatro denominado “consideraciones sobre la gestación por sustitución como contrato o bien como un acto jurídico” hace referencia como eje central a la declaración de voluntad procreacional, dada la intención y voluntad de querer ser padres, originando así un acto jurídico de declaración de voluntad, ajeno a una connotación de tipo contractual que comercialice a un nuevo ser.

En el apartado cinco, se exponen los derechos involucrados en la gestación por sustitución: a fundar una familia, a la salud sexual y reproductiva y a la no discriminación, definiéndose diversas posturas de tratadistas quienes defienden el derecho a procrear o mantener la prole, ya sea por medios naturales o por medio de la utilización de técnicas reproductivas; se hace referencia a tratados y convenios internacionales que amparan el derecho a fundar una familia; analizándose también, desde una postura de la Constitución Política de la República de Guatemala; así como el contenido y aspectos de la libertad de procrear en otras legislaciones.

La orientación jurídica de algunas legislaciones permite considerar a la gestación por sustitución no como negocio jurídico, sino como una manifestación al derecho constitucional de procrear, en salvaguarda de la dignidad humana, pues hay que pensar también en la protección del matrimonio y de la familia, particularmente en su finalidad procreadora”, es decir, la voluntad procreacional que da origen a las técnicas de reproducción humana asistida, toma su base en el derecho a procrear y la protección de la familia. Este supuesto, nos permite considerar que países cuales aceptan la aplicación de la gestación por sustitución, fundamentan su regulación en el derecho a procrear y fundar una familia que no puede ser desconocido, ni limitado por el Derecho.

Por último, el capítulo seis, comprende el punto medular de esta investigación, al estudiar a la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida, desde el punto de vista de diversos tratadistas, las clases de filiación, la voluntad procreacional, las tendencias en el derecho comparado; se analiza el sistema actual de filiación en el Código Civil, ante un posible caso de aplicación de técnicas reproductivas como la inseminación artificial y fecundación in vitro homólogas y heterólogas, según el caso. Al finalizar este apartado, se expone la situación de la gestación por sustitución en Guatemala, estableciéndose que su falta de regulación, puede analizarse desde dos perspectivas: la primera, ante un caso en particular y la segunda ante una posible regulación, aplicándose un análisis científico del derecho; en el primer supuesto, de acuerdo a la teoría de la norma de

clausura: a pesar del vacío legal que existe, ante un conflicto de ésta técnica reproductiva, nuestro sistema legal no permite que se vaya a dejar de administrar justicia, sino que el Juez está en la obligación de resolverlo según el artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial, siempre y cuando su fallo lo adecúe de acuerdo a las reglas establecidas en los casos de interpretación de la ley y se ponga en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, para efectos de ejercer la iniciativa de ley; y desde la segunda perspectiva, ante una posible regulación de la gestación por sustitución: se establece que nuestro ordenamiento jurídico no está acorde al avance científico en materia de reproducción asistida. Este último apartado, es de gran utilidad para resolver la hipótesis planteada, debido a su relación con la voluntad procreacional como un nuevo tipo de filiación, teniendo relevancia el aspecto de impugnación fundada en el elemento volitivo lo que significa que, independientemente del vínculo biológico y/o genético, el que consintió la aplicación de alguna técnica de reproducción humana asistida (TERAS), no puede impugnar o sólo puede impugnar quien no consintió.

CAPÍTULO I

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1.1 Generalidades

Antiguamente, hablar de la familia, era sencillo pues sólo existía la familia nuclear lo que hacía fácil dirimir los conflictos de filiación que surgen dentro de ésta, pues la única forma de reproducción era a través de las relaciones sexo-genitales entre el padre y la madre. Actualmente las relaciones familiares son objeto de profundos y permanentes cambios, los cuales tienen consecuencias dentro del Derecho de Familia. El Derecho de Familia está en constante evolución y los cambios a los cuales se enfrenta ante el avance de la ciencia reproductiva, ha dado origen a que otros países actualicen la legislación adecuándose a éstos.

La ciencia experimental en los campos de la biología, la genética, la embriología, etc., ha producido que la sociedad tenga que abordar estudios que le permitan discernir y tomar decisiones sobre dichos adelantos científicos, generando así una nueva rama del Derecho, denominada Derecho Genético.

Las técnicas de reproducción asistida, en adelante denominadas de forma abreviada como TERAS, han generado opiniones contradictorias entre el Derecho y la moral, ya que propician nuevas formas de “dar vida” o de “transmitir vida”. Estas nuevas técnicas biológico-genéticas, provocan problemas morales y legales, que de alguna manera deben ser solucionados. Esta investigación hará énfasis en esos problemas legales, ya que el derecho tradicional no ha logrado colocarse a la par de estos avances científicos.

Los problemas legales que la gestación por sustitución (maternidad subrogada) provoca, merecen que se profundice en su estudio, para que se pueda acortar la distancia entre la norma jurídica como elemento de control social y la realidad científica y social que pretende regir. La ciencia, sobre todo la genética, en su desarrollo dinámico se aleja cada vez más de la realidad jurídica existente; el

derecho siempre está atrasado con relación a la dinámica científica, como afirma Luis Díez-Picazo citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, que: *“constituye un tema muy conocido la afirmación de que el Derecho, por naturaleza conservador, va siempre a la zaga de las nuevas realidades creadas una vez como consecuencia de la operación y puesta en aplicación de las nuevas tecnologías¹”*.

1.2 Antecedentes históricos

Desde la antigüedad, las parejas han procurado concebir hijos para que la descendencia continúe, pese a la infertilidad que les afecte han intentado por todos los medios concebir un hijo para que sea el heredero, esta era una situación que prevalecía en el derecho romano, *“decían los romanos que el heredero sostiene y continúa la personalidad jurídica del difunto, formando con él una sola persona, de donde se dice que el heredero sucede en todas las relaciones jurídicas del difunto”*²; esto en relación a que el patrimonio no se extinguiera con la muerte.

El primer caso de una mujer subrogada en la gestación conocida en la historia se remonta desde hace unos dos mil años aproximadamente, antes de Cristo en la tierra árida de Canaán, cerca de Hebrón. Al respecto, la Biblia en el Antiguo Testamento, en el Libro de Génesis capítulo 16, indica que: *“Saray, la esposa de Abrán, era infértil y le ofreció a su marido una esclava egipcia de nombre Agar, para que le gestara un hijo. Saray dijo a Abrán: ya que el Señor no me deja tener hijos, únete a mi sierva a ver si ella me da hijos.³ Abrán accedió al deseo de Saray. En aquel entonces Abrán tenía 86 años, pero su edad avanzada no impidió la concepción. Agar dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael. Saray le sentó en sus rodillas como si fuera su hijo propio”*. Este es uno de los dos casos de gestación subrogada tradicional, mencionado en el libro de Génesis de la Biblia, y

¹ Kemelmajer de Carlucci, A. El derecho de familia y los nuevos paradigmas. (Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.Tomo III), p. 17.

² Medellín, Carlos J. & Medellín F., Carlos. Lecciones de derecho romano. (Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A, 1997), p. 7.

³ Más adelante en el capítulo 17 del libro de Génesis, toman el nombre de: Abrahán y Sara. En otras versiones aparece la traducción como Sarai y Abraham. Versión Biblia de Nuestro Pueblo (Bilbao, España: Ediciones Mensajero S.A.U. 10ª. Edición, 2011), p. 95.

de lo cual se manifiesta que a consecuencia de la infertilidad, las parejas deciden recurrir a otra mujer que geste con la finalidad de dejar descendencia. Es tradicional, porque los óvulos son aportados por la mujer gestante.

También en el libro de Génesis, capítulo 30, se menciona otro caso de gestación subrogada tradicional: *“Y viendo a Raquel que no daba hijos a Jacob [...] y ella le dijo: he aquí mi sierva Bilha; entra a ella y parirá sobre mis rodillas y yo también tendré hijos de ella [...] Y concibió Bilha y parió a Jacob un hijo. Y dijo Raquel: Juzgóme Dios y también oyó mi voz y dióme un hijo”*.

La especialista María Eleonora Cano (2010), en la publicación electrónica de la Revista Persona⁴, comenta: *“La maternidad subrogada comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita a una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por ese servicio ofrecía una remuneración. Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y desde luego surgieron conflictos que fueron resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social, el caso más resonante fue el denominado “Baby M.” (Pseudónimo utilizado en el caso, nació el 27 de marzo de 1986). Inicia en 1985 cuando el matrimonio Stern contrata los servicios de Mary Whitehead, gestándose una niña por medio de inseminación artificial utilizándose el semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso por parte de la madre portadora de no crear ninguna relación materno-filial con el bebé y la obligación de abortar si del test de amniocentesis salía que el feto presentaba anomalías. El 27 de marzo de 1986, se produjo el nacimiento de Baby M. pero la madre portadora (además dueña del óvulo), se negó a entregar al bebé al matrimonio Stern y la señora Whitehead, procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse del bebé y en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de*

⁴ Cano, M. Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada (Revista Persona, 2010). Consultado 25 de ago. 2014. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

suscribirse el contrato, no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Así mismo, un estudio de su personalidad determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedían desprenderse del bebé. El Juez de New Jersey, quien actuó en primera instancia entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido; sin embargo, esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo procedió a la revocación del fallo, declarando la nulidad del contrato, aunque se mantuvo una posición favorable a los padres contratantes, es decir al matrimonio Stern, por razones de proporcionar al bebé un hogar con mejores condiciones económicas. Posteriormente, luego de diez años la Corte reconoció a Mary Whitehead como madre biológica y le concede derecho de visita”.

El fallo de Baby M. constituye un precedente dentro de la técnica de gestación por sustitución (maternidad subrogada), con la característica relevante que la mujer gestante aporta su propios óvulos, teniéndose desde el punto de vista natural como madre biológica y desde el punto de vista científico como madre genética (en virtud que se utiliza su propio material genético), el tribunal de primera instancia falla a favor del matrimonio que solicita la gestación, en el sentido que se refleja un matrimonio sólido con una capacidad económica estable, quienes pueden brindar un mejor futuro en interés de la niña; sin embargo, posteriormente el Tribunal Superior, revoca la sentencia del inferior, aduciendo la invalidez del contrato, pero la niña queda bajo la custodia del padre biológico, es decir, siempre bajo el cuidado del matrimonio Stern y la madre biológica la señora Whitehead, logra diez años después, que le otorguen el derecho de visitar a su hija. Siendo un fallo que sentó un precedente en los Estados Unidos de Norte América, en materia de gestación subrogada. Otro aspecto importante de considerar para utilizar la gestación subrogada, es la no utilización de los mismos óvulos de la mujer gestante, pues se pierde la naturaleza de ésta técnica, porque de lo contrario se trata de una inseminación artificial.

El 25 de julio de 1978, se marca el acontecimiento más trascendental en el área: el nacimiento de Loise Brown, la primera “*bebé probeta*”, hecho acaecido en el Oldham General Hospital de Manchester, y cuya fecundación artificial, utilizando técnicas desarrolladas por el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe, consiguieron el primer éxito en la fecundación in vitro (FIV) de un óvulo humano usando los gametos de los padres legales de la niña Lesley y John Brown. Utilizando estas técnicas en Estados Unidos nació en 1981 Elizabeth Jordar Carr; en Francia, Amandine en 1982 y dos años más tarde en España Victoria Anna Perea. Desde entonces, según Marta Font, citada por Ricardo Contreras, han nacido mediante fertilización in vitro miles de bebés en el mundo. Con ellos daba sus primeros pasos la reprogenética, como área de la medicina que combina las tecnologías en biología reproductiva y genética⁵.

El desarrollo de la fertilización *in vitro*, ha conseguido satisfacer el deseo de tener hijos a numerosas parejas, pero sigue planteando casos que desafían los límites éticos y legales, así lo resalta el Doctor Ricardo Contreras en su publicación *Bioética: Reto de la Postmodernidad*, al destacar un caso debatido por Diane Blood, una mujer inglesa que dio a luz dos hijos concebidos a partir del semen de su esposo, quien falleció en 1995. La legislación británica no le permitía someterse a la fertilización in vitro, dado que el esposo no podía dar el consentimiento por escrito, razón por la cual, Blood optó por trasladarse a Bélgica, nación que no regula ninguna restricción. En marzo de 2003, Diane Blood consiguió el reconocimiento de la paternidad de su esposo fallecido en favor de sus dos hijos⁶.

Estas técnicas de reproducción humana, abren camino a maternidades que antes se creían imposibles, Contreras, menciona el caso en que una mujer italiana posmenopáusica de 63 años, quien en julio de 1994 alcanzó llevar a término un

⁵ Contreras, Ricardo, R. Bioética reto de la postmodernidad. (Venezuela: Universidad de los Andes. Mérida, 2005), p. 147.

⁶ Contreras, Ob. Cit. Pág. 148.

embarazo a partir de un óvulo donado y artificialmente inseminado, convirtiéndose en la primera madre-abuela⁷.

Otro acontecimiento importante, se marca el 17 de febrero de 2000, cuando una jueza del Tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja utilizar los servicios de una mujer de gestante. Este caso presenta a una mujer que debido una malformación genética en su aparato genital se encontraba impedida de llevar adelante un embarazo, aunque sí podía producir ovocitos. En 1995 la pareja procedió a congelar embriones, en espera de encontrar a una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante ese tiempo la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un Código Deontológico que prohibió expresamente la maternidad subrogada. Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la mujer sustituta (gestante). El fallo accedió a la petición, aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacía cuatro años que estaban congelados; no obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo de quien lo ha dado a luz, esta mujer procederá a no reconocerlo y de éste modo los padres biológicos podrán adoptarlo⁸.

Como lo enfatiza Carlos Cárdenas Quirós, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci: con el nacimiento de Louis Brown se produjo una gran conmoción en la humanidad, similar a la que casi veinte años después, en febrero de 1997, suscitó la clonación de la oveja Dolly y que dio lugar a que otras parejas que se encontraban en la misma situación que los Brown quisieran someterse a este procedimiento. Con la práctica de la fecundación *in vitro*, el jurista se encuentra frente a una realidad

⁷ Contreras, Ob. Cit. Pág. 154.

⁸ Cano, María E. Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada. (Revista Persona, 2010). Consultado 25 ago. 2014. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>.

ante la cual no puede mostrarse indiferente y que, sin duda debe ser objeto de un tratamiento normativo adecuado⁹.

Como puede apreciarse, a lo largo de la historia las TERAS han tenido diversas connotaciones en el campo de la ciencia, dando lugar a que su utilización sea aceptada en algunos países con libertad o restrictivamente, hasta llegar a ser prohibidas en otros. Sin embargo, lo preocupante es en cuanto al riesgo de no legislar sobre la materia de gestación por sustitución (maternidad subrogada), existiendo un vacío legal que puede generar inseguridad jurídica y cuyas consecuencias legales serían nocivas, si se tiene en habida cuenta el principio general que dicta: “todo lo que no está prohibido, está permitido”.

1.3 Definición

Las técnicas de reproducción humana asistida, son conocidas de forma abreviada por algunos especialistas como TERAS, ya mencionada, o simplemente como TRA.

En la doctrina se encuentran diversas definiciones relativas a las TERAS y se hará mención a dos de ellas consideradas relevantes en la materia genética. La primera definición la proporciona Enrique Varsi Rospigliosi, al indicar que: “ *son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia*”¹⁰; esta definición indica que se trata de métodos técnicos, pues se asiste de métodos científicos llevados a la práctica, así estas técnicas se aplican bajo la responsabilidad médica y profesional del establecimiento o laboratorio donde se efectúen, abarcando incluso la información, tratamiento e investigaciones para evitar cualquier riesgo o complicación dentro de la reproducción asistida.

⁹ kemelmajer de Carlucci, A. El derecho de familia y los nuevos paradigmas. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I, 2000), p. 265.

¹⁰ varsi Rospigliosi, Enrique. Derecho genético. Principios generales. (Perú: Editora normas legales, 1ra. Edición, 1995), p. 62.

La segunda definición la plantea Eleonora Lamm, en la publicación de la Revista de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, España, quien afirma que se trata de: *“técnicas reproductivas, las cuales permiten ser padres a quienes no lo pueden ser, habilitan paternidades y/o maternidades inconcebibles o imposibles años atrás, separando radicalmente la reproducción humana de la sexualidad, debido a que es posible la reproducción sin sexo, además abre las puertas a una reproducción que permite evitar la transmisión de enfermedades congénitas, decidir el momento en que se quiere tener hijos, el sexo de los mismos y la maternidad en mujeres a edades avanzadas”*¹¹. La definición anterior, es amplia, pero al igual que la primera contienen aspectos relevantes, ambas concuerdan que se trata de técnicas aplicadas prescindiendo del contacto sexual de la pareja y en casos en que la misma no pueda tener descendencia, como es el caso de la infertilidad es decir, que existen situaciones o causas que dan origen a someterse a dichas técnicas.

1.4 Factores que originan el sometimiento a las técnicas de reproducción humana asistida

La esterilidad e infertilidad, son las causas más comunes que impiden a parejas procrear, en su propósito de tener descendencia, no les queda otra alternativa más que recurrir a las técnicas de reproducción asistida permitiéndoles una maternidad o paternidad.

Patrick Wagner, indica que se entiende por esterilidad la incapacidad de una pareja para lograr un embarazo, luego de un año de búsqueda sin medidas anticonceptivas. Mientras que la infertilidad, es aquel problema en que las parejas conciben, pero cuyos fetos no alcanzan viabilidad¹².

¹¹ Lamm, Eleonora. Gestación por sustitución, realidad y derecho. (Argentina: Revista para el análisis del derecho, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, 2012). Consultado 30 ago. 2014. Disponible en: <http://www.indret.com/es/index.php>, p. 78

¹² Wagner Grau, Patrick. Técnicas de reproducción asistida: aspectos médicos, éticos y deontológicos, en bioética y biojurídica. (Lima, Perú: Ediciones Jurídicas Unife, 2002), p.97.

Diversos son los problemas de fertilidad que originan la utilización de técnicas que ocupan el mismo material genético de la pareja, hasta la utilización de espermatozoides u óvulos mediante la donación. La Sociedad Española de Fertilidad, en la publicación “Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida”, afirma que en medicina reproductiva se suele preferir el término “factor causal” al de “causa” para designar los trastornos responsables de una alteración de la capacidad reproductiva y así, se habla de factor tubárico, factor masculino, factor ovárico, etc.¹³ Dentro de los factores causales de esterilidad, mencionados en la referida publicación se encuentran:

a) Alteraciones en la producción de gametos:

Masculinas:

- Ausencia de producción de espermatozoides.
- Alteración del número, movilidad y morfología de los espermatozoides.

Femeninas:

- Anovulación (síndrome del ovario poliquístico, fallo ovario prematuro, etc.).

b) Alteraciones que impiden o dificultan el contacto entre los gametos:

- Alteraciones de la erección y la eyaculación.
- Alteraciones vaginales que impiden o dificultan el coito.
- Alteraciones del transporte espermático en el aparato genital masculino o femenino.
- Alteraciones de la captación del ovocito por la trompa del Falopio.
- Alteraciones de la fecundación.

c) Alteraciones de la implantación:

- Alteraciones del transporte del embrión hasta la cavidad uterina.
- Alteraciones de la implantación embrionaria

¹³ Sociedad Española de Fertilidad. Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida. Consultado 10 Oct. 2014. Disponible en: http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf

En este apartado no se pretende ahondar de forma específica sobre cada factor causal de esterilidad masculina y femenina, en virtud que existe variedad de documentos científicos que abarcan de forma especializada este tema. Las TERAS se utilizarán cuando otras técnicas terapéuticas resulten inadecuadas e ineficaces.

Otros autores, describen ciertos factores, que pueden ser tratados con la inseminación artificial conyugal (IAC)¹⁴ o bien, con la fecundación *in vitro* de carácter homóloga, utilizando el material genético de la pareja, unida en matrimonio o en pareja estable (en Guatemala, se refiere a la unión de hecho), que se expresan a continuación:

1. Cuando sea imposible mantener relaciones sexuales con normalidad.
2. Cuando la mujer presenta acidez vaginal que no favorece a la ascensión de los espermatozoides.
3. La mujer que sufra de anovulación, también llamada ausencia de ovulación. Esto puede ser consecuencia de varias causas como la hiperprolactinemia, déficit de estradiol, enfermedad poliquística del ovario, anorexia, bulimia, entre otras.
4. Infertilidad femenina por causa tubárica, esto se produce cuando existe una obstrucción física o funcional en las trompas de Falopio.
5. Infertilidad femenina por endometriosis.
6. Esterilidad o infertilidad idiopática femenina.

¹⁴ IAC, es la abreviatura de inseminación artificial conyugal. En la investigación efectuada por Luis Meneses Ortiz, et. al., relacionada a: Los efectos legales de los procedimientos de fecundación humana asistida heteróloga cuando no existe consentimiento del marido o compañero permanente, se expone: "Inseminación artificial conyugal (IAC): Es la que se realiza con esperma del compañero o cónyuge, obteniendo una criatura que presenta un patrimonio genético donde no hay una disociación del elemento genético y biológico, por cuanto los aportantes son sus mismos padres y en donde, por la misma razón no se presenta disociación respecto a la filiación. En este caso el hijo nace dentro del matrimonio o unión y genética y biológicamente de ambos cónyuges. Para la realización de esta técnica se debe contar con el consentimiento del marido o compañero permanente, puesto que si éste da la aprobación, no podría retractarse". (2007: pp. 28, 29).

El tratamiento y el remedio de la esterilidad humana, no es la única finalidad de las TERAS, aunque sí la más importante, porque también pueden utilizarse para prevenir y tratar enfermedades de origen genético o hereditario.

En los factores que se exponen a continuación, no queda más alternativa que la de recurrir a las TERAS utilizando material genético (esperma u óvulo, según el caso) de un tercero, mediante la inseminación artificial heteróloga:

- a) Esterilidad irreversible como la inmunológica.
- b) Azoospermia (ausencia definitiva de espermatozoides)
- c) Radiaciones e intervenciones quirúrgicas que ocasionen esterilidad total y definitiva.
- d) Factor RH incompatible.

1.5 La impotencia absoluta y relativa según el Código Civil de Guatemala

El Código Civil en su artículo 78 define al matrimonio como: la institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

Por el matrimonio los cónyuges se obligan a constituir una comunidad doméstica, es decir, vivir bajo un mismo techo y se prometen recíprocamente guardarse fidelidad y respeto. Dicha promesa forma parte del matrimonio y no puede omitirse bajo ningún aspecto.

Al tenor de lo que establece el Código Civil, el matrimonio sólo puede celebrarse entre hombre y mujer, no entre más de un hombre y una mujer. Se contempla así una monogamia en la familia, dicho sistema matrimonial predomina en la mayor parte de legislación familiar comparada.

En tal sentido, el matrimonio implica la cohabitación (vivir juntos), vale decir la mutua satisfacción de índole sexual de los cónyuges, de ello se deriva la procreación de los hijos. El matrimonio está orientado a ello, aunque cabe la hipótesis que se llegue a contraer matrimonio, sin que exista la intención de ambos cónyuges de tener hijos.

Entendiendo las finalidades intrínsecas del matrimonio, el Código Civil regula en los artículos 145 inciso 2 y 155 inciso 13, los casos de impotencia absoluta y/o relativa que pueden estar presentes antes de la celebración del matrimonio o incluso, sobrevenir con posterioridad al mismo.

Para Guillermo Cabanellas, el término impotencia, tiene diversas acepciones, indicando: “Falta de poder; incapacidad. Imposibilidad de obrar. Más concretamente, por impotencia o impotencia sexual, se entiende la incapacidad física para la cópula o acceso carnal con persona del otro sexo”. La impotencia se reduce a la masculina. Ante todo debe distinguirse de la esterilidad o infecundidad, compatible con la plena aptitud para el acto sexual en todas sus fases.¹⁵

Los canonistas, continúa Cabanellas, consideran la impotencia como impedimento dirimente, la clasifican así:

- a) Por el tiempo: en antecedente o anterior al matrimonio, y superveniente, la contraída después y que no anula el vínculo;
- b) Por la duración: en perpetua, que no puede desaparecer por medios lícitos y naturales (una operación o ciertos medicamentos), como en casos de carencia del miembro viril y temporal susceptible de curación;
- c) Por su grado defectivo: en absoluta, que impide la unión carnal con toda persona del otro sexo. Y relativa, que la imposibilita con una o algunas personas tan sólo y que suele ser de carácter psíquico, salvo peculiares deformaciones;

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L, 11ª. Edición, tomo II, 1976), p. 343.

- d) Por su origen patológico: en natural, por defecto de nacimiento o desarrollo durante la infancia o pubertad; y accidental o adquirida después, por enfermedad, operación necesaria u obra criminal.

Es de hacer notar un aspecto relevante, en relación a la impotencia, entendida por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) como “Falta de poder para hacer algo. Incapacidad para engendrar o concebir”. Imposibilidad en el varón para realizar el coito”. Siendo esta definición más amplia de la proporcionada por Guillermo Cabanellas en el Diccionario de Derecho usual, en virtud de comprender la impotencia masculina: la imposibilidad de realizar el coito, como la impotencia femenina: la imposibilidad de concebir.

La impotencia sexual según los grados de gravedad puede originar una impotencia absoluta o relativa, según lo establece el Código Civil al reconocer estos dos tipos de impotencia. Ahora bien, en el artículo 78, expuesto con anterioridad establece como uno de los fines del matrimonio el de “procrear”; es decir, de alguna manera nuestra legislación determina la finalidad de dejar descendencia permitiendo la perpetuidad de la familia, de un apellido, etc. Cuando existe alguna causa que origina una impotencia absoluta o relativa para la procreación, el Código Civil contempla que el matrimonio puede ser anulable, siempre y cuando esa impotencia sea perpetua, incurable y anterior al matrimonio. Aunado a ello, cuando sobreviene una impotencia absoluta o relativa dentro del matrimonio, es decir, ambos son fértiles antes de contraer matrimonio, pero con posterioridad a alguno de los cónyuges o a ambos puede sobrevenirles alguna enfermedad u otra causa que origine problemas de impotencia, este supuesto constituye una causa común para obtener la separación o el divorcio.

En relación a la impotencia, el Código Civil de Guatemala, preceptúa en el Artículo 145 inciso 2, como uno de los casos en que puede solicitarse la anulabilidad del matrimonio, del que adolezca impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza, sea perpetua, incurable y anterior al matrimonio.

Para ejercer la acción solicitando la anulabilidad del matrimonio, puede pedirse por cualquiera de los contrayentes si la impotencia es relativa, pero si fuese absoluta, el cónyuge impotente no podrá demandar la nulidad. Así mismo, el Artículo 148, establece: “La acción será ejercida dentro de seis meses de haberse efectuado el matrimonio”.

Matrimonio anulable, según la definición proporcionada en el Código Civil anotado y concordado, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar (2010): “es aquel que nace a la vida jurídica, pero adolece de algún vicio que lo invalida, pero mientras no se dicte sentencia firme que declare la nulidad, el matrimonio surte efectos jurídicos y si no se ejercita la acción, dentro del término señalado en la ley, la prescripción borra el vicio y el matrimonio queda revalidado”. La sentencia que declara la anulabilidad del matrimonio, se publica en el Diario Oficial y se comunica al Registro Civil de las Personas y de la Propiedad, para que se hagan las cancelaciones y anotaciones correspondientes.

Desde otra perspectiva; los cónyuges, que no desean desistir a su propósito de tener descendencia, y así formar una familia, pueden optar por la utilización de las técnicas de reproducción asistida, las cuales ofrecen una alternativa viable para la procreación, sin perder de vista el enfoque de este trabajo a la gestación por sustitución (maternidad subrogada), cuando la cónyuge mujer es quien no puede llevar a término el embarazo, pero no quiere renunciar a ser madre genética.

1.6 Clases de técnicas de reproducción humana asistida

Varias son las técnicas de reproducción asistida, no obstante solamente se hará referencia en el presente trabajo a las más conocidas, siendo las siguientes:

1.6. 1 Inseminación artificial humana

La inseminación artificial, también llamada “eutelegenesia” por Nicolás Pérez Serrano, en la publicación Eutelegenesia y Derecho de la revista Foro Canario, prefiere utilizar esa denominación, definiéndola como: “el modo de introducir el

esperma del varón en el organismo de la mujer de manera que resulte apta para la fecundación, distinto a la forma natural”. Así pues, la inseminación artificial propiamente dicha, sólo tiene de artificial o no de natural, el modo de conexión del espermatozoide con el óvulo, ya que el resto de las funciones orgánicas o de génesis permanecen bajo las leyes de la naturaleza o con un soporte intrauterino¹⁶.

La inseminación artificial, entonces, se refiere a la introducción del esperma en el interior de los órganos genitales femeninos mediante un procedimiento distinto del contacto sexual normal. María del Rosario Rodríguez, citada en la tesis doctoral de Rolando Humberto Canessa Vilcahuamán, indica que por inseminación artificial, se entiende: “la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un contacto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación¹⁷”.

Para Eduardo Zannoni, citado por el doctor en derecho Víctor José Castellanos Estrella, “es la técnica o método que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer¹⁸”.

Se distinguen las siguientes modalidades de inseminación artificial:

- Inseminación artificial conyugal u homóloga (IAC), el esperma procede del marido o conviviente.
- Inseminación artificial con semen de un donante o heteróloga (IAD), el esperma proviene de un donante anónimo.¹⁹

¹⁶ Pérez Serrano, Nicolás. “Eutelegenesia y Derecho” Revista Foro Canario. (9): 7.

¹⁷ Canessa Vilcahuamán, Rolando Humberto. La filiación en la reproducción humana asistida. (Tesis doctoral. Facultad de derecho y ciencia política. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú, 2011), p. 36.

¹⁸ Castellanos, Víctor José. et. al. Derecho de familia en el siglo XXI: fecundación humana asistida y filiación adopción (República Dominicana: Editora Corripio, 1ª. edición, 2006), p. 12.

¹⁹ Meneses Ortíz, Luis et. al., indica que la inseminación artificial con esperma de donante, también conocida por sus siglas como I.A.D, o heteróloga: “Es aquella que se realiza a una mujer casada o a la compañera permanente en existencia de la unión marital de hecho, con esperma de un tercero o donante. Se utiliza por ejemplo en los casos de esterilidad masculina. Es decir que la concepción se logra con la intervención de un tercero, en este caso el marido no es el padre biológico”. (2007: 29).

- Inseminación artificial post-mortem, se utiliza el esperma criopreservado (congelado) del marido o conviviente fallecido.

La inseminación artificial homóloga es admitida por ciertos juristas, por los factores médicos y éticos que confluyen en la materia, en tal sentido, Moctezuma Barragán en la publicación electrónica La reproducción asistida en México, indica: “Así tenemos que la inseminación homóloga, es decir, aquella que se efectúa con el esperma del esposo aplicado a su esposa, no presenta ningún problema jurídico en particular, puesto que técnicamente se trataría de la disposición de componentes de tejidos para inseminación artificial que sigue las reglas generales aplicables para los trasplantes [...] así mismo, la legislación civil tomará que el hijo concebido bajo este método es producto del matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural”²⁰.

Javier Gafo, sostiene: *“En concreto se considera que el acto sexual tiene, por naturaleza, un aspecto unitivo y un aspecto procreativo. Estos dos aspectos que de suyo van unidos, son los que se separan artificialmente en la inseminación artificial conyugal (IAC); es verdad que la vida sexual humana tiene esta doble vertiente y que se deshumaniza esa vida sexual si se suprime una de las dos facetas para realizar exclusivamente la otra. Pero esta verdad antropológica no debe entenderse de cada acto sexual, pues entre otras cosas no es verdad que siempre y en todo caso vayan o deban ir unidos y realizarse simultáneamente ambos aspectos. Si pensamos en la unión entre sexualidad y reproducción en el conjunto de la vida matrimonial, tendremos que reconocer que la IAC realiza la dimensión procreativa de un matrimonio que por otros medios no estaría en condiciones de tener un hijo. La naturaleza humana, por lo demás, no está fija y cerrada sobre sí misma de una vez por todas, ni se la puede ni debe separar de las configuraciones culturales que ha ido teniendo a lo largo de la historia. El Dios que nos dio la naturaleza nos dio la capacidad de reparar sus anomalías y deficiencias, de configurarla de diferentes maneras, de potenciarla y quizás reinventarla. El hombre que descubre los*

²⁰ Consultado el 28 de ago. 2014. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/81/4.htm>.

mecanismos del proceso reproductor humano y es capaz de intervenir positivamente en ellos, no ha escapado al dominio del creador, ni está tratando de suplantarle o sustituirle”²¹.

Gafo, continúa enfatizando lo siguiente: *“La IAC, como procedimiento terapéutico hecha por personal competente y con las garantías debidas, merece una valoración ética positiva: a través de ella se realiza uno de los valores centrales del matrimonio y de la vida humana, como lo es la procreación”²².*

1.6.2 Fecundación in vitro (FIV)

Esta técnica de procreación asistida es también denominada, fecundación extrauterina, artificial, extracorpórea o en laboratorio. Es una técnica por medio de la cual se provoca fuera del cuerpo de la mujer la unión de un óvulo con un espermatozoide, creando un cigoto, es decir la fecundación de una probeta, para dar como resultado un embrión, el que será implantado posteriormente en el útero de la mujer. Entre las técnicas de fecundación artificial se distinguen:

- Fecundación in vitro homóloga, del mismo modo que la inseminación artificial homóloga, los doctrinarios reconocen la fecundación interconyugal u homóloga, como aquella que se realiza con componentes genéticos (espermatozoides u óvulos), provenientes de la pareja ligada por vínculo matrimonial o *more uxorio*²³.

²¹ Gafo, Javier. Nuevas técnicas de reproducción humana (España: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1986), p.62.

²² Gafo, Op. Cit., p. 63.

²³ La convivencia *more uxorio*, suele definirse como aquella que ha de desarrollarse en régimen vivencial, de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma extensa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los convivientes, creándose así una comunidad de vida amplia de intereses y fines en el núcleo del mismo hogar (consultado el 27 de nov. 2014. Recuperado de: <http://www.ic-abogados.com/m/concepto-juridico-de-la-union-de-hecho/72>). El jurista uruguayo Gustavo Ordoqui Castilla en la obra derecho de familia y los nuevos paradigmas coordinada por Kemelmajer de Carlucci, tomo segundo, para referirse a la unión de hecho prefiere utilizar los términos matrimonio de hecho, familia de hecho, convivencia *more uxorio* o matrimonio no registrado. Indica no compartir los términos “unión libre” o “unión de hecho”, pues con esta denominación se alude a los casos de relaciones pasajeras no estables y sin ánimo de integración familiar (2000: 133)

- Fecundación *in vitro* heteróloga, cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta, de espermatozoides de un tercero, ó de óvulos y espermatozoides de terceros. Esta fecundación extracorpórea a decir de Enrique Varsi: “*crea situaciones en nada seguras ya que con el cedente se carece de una relación jurídico familiar reconocida, para exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (sucesión hereditaria) o deberes naturales (reconocimiento), ofrece dificultades y crea conflictos. A pesar de ello en determinados casos es necesario, por tanto dársele márgenes de permisibilidad*”.

En relación a la fecundación homóloga, Carlos Cárdenas Quirós, afirma: “parece indudable que existe un legítimo derecho a que, con fines terapéuticos, se fecunde *in vitro*, es decir en el laboratorio un óvulo extraído de una mujer con espermatozoides del marido, para que pueda conseguir un embarazo”.

Fernández Sessarego, citado por Cárdenas Quirós, en la obra El derecho de familia y los nuevos paradigmas, coordinada por Aída Kemelmajer, indica que la fecundación homóloga no presenta ningún problema, ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el punto de vista científico. Los fines que la provocan no rozan la falta de ética profesional que establece la deontología médica, ya que se trata de suplir o corregir una deficiencia de la naturaleza²⁴. Se comparte la opinión de los autores citados, en relación a la aplicación de la fecundación *in vitro* homóloga, cuando se utiliza para suplir la infertilidad de la pareja, en su noble propósito de procrear, unida por el vínculo del matrimonio o *more uxorio*.

La utilización de la fecundación heteróloga, aunque los autores mencionan a la homóloga a utilizarse ante una ineficiencia o incapacidad para concebir dentro del matrimonio, sin embargo, no se descarta la posibilidad que también pueda utilizarse gametos de terceras personas, exclusivamente en casos que lo ameriten, para evitar la transmisión de enfermedades genéticas al embrión.

²⁴ Kemelmajer, Op. Cit., p. 266.

1.6.3 Maternidad subrogada

Xavier Hurtado, quien prefiere utilizar la denominación de maternidad subrogada, al referirse a esta técnica de reproducción humana, expone el primer caso que suscitó un debate ético y legal, tildándolo como: insólito, el 15 de abril de 1975 fue publicado en el diario *The San Francisco Chronicle* un anuncio que exponía: “Marido sin hijos, casado con mujer infértil, desea obtener un hijo de probeta. La mujer de descendencia inglesa o del Noreste europeo que se interese en colaborar, deberá indicar los honorarios que pretenda y su edad”.

El anuncio que antecede aunque se refería a *test tube baby*²⁵, en realidad lo que el anunciante pretendía era que una mujer con las características señaladas se prestara a ser inseminada artificialmente con los gametos del anunciante hasta embarazarse y al nacimiento su hijo le fuera entregado, renunciando la madre biológica a sus derechos maternales.

La técnica de la fecundación in vitro, de dónde provino el término “niños de probeta” empleado en la solicitud, no había aún tenido éxito en seres humanos al tiempo del anuncio, sino, hasta 1978, con el nacimiento de Loise Brown. 180 mujeres respondieron al llamado y entre ellas fue seleccionada una del área de la bahía de San Francisco, quien por la suma de diez mil dólares entre honorarios y gastos, aceptó ser inseminada y al dar a luz a un niño lo entregó a su padre renunciando a sus derechos conforme lo pactado. “El caso no tiene nada de extraordinario, declaró el abogado del anunciante, si se toma en consideración que desde hace muchos años se utilizan donadores anónimos para embarazarse a las esposas de hombres estériles. El presente caso es la contraparte de la inseminación artificial por donador; un hombre fértil casado con una mujer estéril que desea tener descendencia propia”.²⁶

²⁵ Tubo de ensayo bebé (bebé probeta), se refiere a un bebé concebido mediante fertilización in vitro.

²⁶ Hurtado Oliver, Xavier, El derecho a la vida ¿y a la muerte?. Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos (México: Editorial Porrúa, 2da. edición, 2000), p. 53.

La novedad de esta técnica en ese momento es que permitía a una mujer gestar por otra que era incapaz de concebir; sin embargo, el caso anterior es un claro ejemplo de una inseminación artificial utilizándose el espermatozoides del solicitante. Pero la gravedad del problema como lo señala Xavier Hurtado es que sea utilizada esta técnica por una mujer físicamente capaz de concebir al recurrir a otra para que se embarace por ella, esto con el fin de evitar las molestias y riesgos de un embarazo, descalificando dicha circunstancia por considerarla ilegal, pues puede surgir el riesgo que se haga de la gestación una forma de explotación de la mujer.

La maternidad subrogada es una figura que se ha utilizado en diversas partes del mundo como: España, Suecia, Francia, Reino Unido, India, Estados Unidos, México (Estado de Tabasco), algunos de ellos han prohibido esta práctica, otros la regulan bajo ciertas condiciones o de forma amplia. Es definida por el Informe Warnock elaborado en 1982, como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”²⁷. Es una técnica de reproducción humana, que acoge una fecundación *in vitro* de una mujer que proporciona su vientre con la intención de introducirle un embrión fecundado con el óvulo de otra mujer, llevando a cabo la gestación de un bebé con la finalidad de entregárselo después que nazca.

Para el doctor en química Ricardo Contreras, la fertilización *in vitro* se ha concentrado en satisfacer la necesidad de algunas parejas de tener hijos a través de la transferencia de embriones. En principio el método no involucra a ninguna tercera persona extraña al matrimonio en el proceso de gestación del embrión. Con la transferencia de embriones se abre el camino a un sinnúmero de posibilidades y de combinaciones en las que podrían participar, de alguna forma, personas distintas

²⁷ Warnock, Mary, presidió la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana” (1982-1984) en cuyo informe se basó la ley británica sobre reproducción asistida. Se conoce a Warnock como responsable del término jurídico –no biológico ni médico- de “pre-embrión”, que ha servido a los legisladores de varios países para permitir la reproducción asistida por el método de fecundación *in vitro* y transferencia de embriones, que conlleva la creación, manipulación y destrucción de embriones humanos, hasta el 14 día de la fecundación.

de la pareja²⁸; una de estas posibilidades, fue la “donación o venta de óvulos a mujeres estériles”, la cual consiste en utilizar a una mujer, que pueda llevar a término el embarazo, tomando en consideración que la condición del útero de mujeres que recurren a la fertilización *in vitro* les impide la gestación.

En esta técnica entran en juego una serie de aspectos, que plantean un debate ético y legal, que permite una regulación de forma libre o restrictiva en algunos países, exponiendo cada punto relevante de la investigación, sin perder de vista el punto que interesa en relación a la imputación de la maternidad, por consiguiente, en el presente trabajo se prefiere utilizar la denominación de “gestación por sustitución”, en virtud de que la mujer quien actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro, pues hablar de maternidad en esta técnica resulta incorrecto; como establece el *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* (USCACA, por sus siglas en inglés), de 2002, que la maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación.

La terminología de maternidad subrogada o sustituta, ha adquirido una connotación negativa en la sociedad estadounidense, lo que confunde más que aclarar el debate. El término es engañoso, cuando “sustituto” se refiere a una mujer que suministra su óvulo y vientre, es decir confunde lo genético y gestacional a la vez, esa combinación es ahora típicamente evitada por la mayoría de practicantes de esta técnica, con el fin de disminuir la posibilidad de que la mujer gestante renuncie a favor de los futuros padres.

En contraste, la expresión “gestante” es a la vez más precisa y más inclusiva, se aplica a una mujer que a través de la reproducción asistida lleva a cabo la función de gestar a un niño sin estar genéticamente relacionada a él.²⁹

²⁸ Contreras, Ricardo, Rafael., Op. Cit., p. 153.

²⁹ *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*. Consultado el 29 de agosto de 2014. (En línea). Disponible en: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf

1.6.4 Clonación

El día 27 de febrero de 1997, un grupo de genetistas, encabezados por el doctor Ian Wilmut, del Instituto Roslin de Edimburgo, Escocia, anunció haber tenido éxito en diferenciar una célula diferenciada, encontrando el camino para clonar organismos más complejos. Dolly, una oveja reproducida a partir de una célula de la mamá de otra oveja de seis años de edad, se convirtió en el primer mamífero sometido con éxito a ese procedimiento.

Clon, viene de la palabra griega que significa retoño. La enciclopedia virtual Wikipedia, lo define como el proceso por el que se consiguen de forma asexual, copias idénticas de un organismo, célula o molécula ya desarrollado³⁰.

Ricardo Contreras, indica que: *un clon resume las aspiraciones de algunas personas por predeterminedar a otro ser humano en grado absoluto, haciéndolo una copia genéticamente fiel y exacta de quien donó el material humano, persona que no puede ser definida como progenitor, ni como padre o madre, ni como hermano, es, simplemente, “el donante”*³¹.

Para Víctor Pérez Vargas, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, “la clonación es uno de los mayores atentados al derecho a la propia identidad genética de que goza el individuo, es decir, el derecho a ser sí mismo y no una mera copia de otro individuo³²”.

Conocido es el tema que la clonación abre paso a un temor escalofriante, que podría rebasar la frontera ética hacia la clonación de seres humanos, situación que desencadenaría un tormento científico. Como lo afirma Xavier Hurtado: “el proyecto de clonar seres humanos es por ahora rechazado universalmente,

³⁰ Wikipedia, indica además que el término fue creado en 1903 por H. J. Webber, con la explícita intención de contribuir al desarrollo léxico de la entonces nueva ciencia de la genética, y ese uso es el único válido en el lenguaje científico. (Consultado 29 ago. 2014; recuperado de <http://es.wikipedia.org/wiki/Clonaci%C3%B3n>).

³¹ Contreras, Ricardo, Op. Cit., p. 149

³² Kemelmajer, Op. Cit., p. 257.

principalmente porque implica un cambio total en la forma de procreación, por la eliminación de la sexualidad en el proceso y la posibilidad de no solamente prescindir del hombre completamente para la procreación, sino también de la mujer cuando la ectogénesis sea capaz de suplir su placenta y su vientre, procedimiento que sigue siendo una meta científica ³³

Por ello es que países que regulan la aplicación de técnicas de reproducción asistida, prohíben expresamente la clonación de seres humanos, por contrariar el principio de individualidad genética. Actualmente existen en el Congreso de la República, dos iniciativas de ley que disponen aprobar la ley que prohíbe la clonación humana en Guatemala, la primera iniciativa con número de registro 2532³⁴, fue conocida por el pleno del Congreso el 26 de septiembre de 2001; sin embargo, no pasó de su primera lectura. Ahora bien, la segunda iniciativa con número de registro 2976³⁵, fue conocida por el pleno el 19 de febrero de 2004 y a pesar de contar con el dictamen favorable de la comisión de salud y asistencia social del Congreso de la República, no ha pasado a segundo debate; esta situación es preocupante debido a que la última de las iniciativas ha permanecido por más diez años sin ser aprobada por los legisladores, mostrando con ello, la falta de preocupación en un tema éticamente complejo.

A pesar de que la misma comisión analiza la iniciativa reconociendo al Convenio Universal de los Derechos Humanos y la Biomedicina, al indicar que “se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto. A los efectos de la expresión ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, significa compartir con otro la misma carga nuclear genética”. En una de las consideraciones del análisis la comisión de salud y asistencia social, reconoce: “Se considera necesaria la

³³ Hurtado O., Xavier, Op. Cit., p. 76.

³⁴ Dirección Legislativa, Congreso de la República de Guatemala (Iniciativa de ley del representante Rafael Eduardo Barrios Flores) 26 de septiembre de 2001.

³⁵ Dirección Legislativa, Congreso de la República de Guatemala (Iniciativa de ley de los representantes Rafael Eduardo Barrios Flores y Conchita Mazariegos) 19 de febrero de 2004.

incorporación de reformar el Código Penal que podría denominarse de los delitos de manipulación genética, ya que por el principio de la no-extensión de las normas penales por analogía, no es posible asignarle una sanción penal a los excesos de la manipulación genética sino están expresamente tipificados en la ley”³⁶.

³⁶ Dictamen de la Comisión de Salud Pública y Asistencia Social del Congreso de la República de Guatemala, 1 de abril de 2004.

CAPÍTULO II

EL DERECHO GENÉTICO Y EL DERECHO CIVIL

2.1 El Derecho Genético

Para Enrique Varsi, el derecho genético como tal es reciente. En una primera etapa se le consideró como un derecho de excepción aplicable sólo a los seres humanos, en lo pertinente a su identidad, a efectos de determinar los nexos de paternidad. Luego amplió su ámbito de aplicación a las técnicas de reproducción humana asistida, siendo posteriormente utilizado para ceñir los principios del inicio de la vida humana. Finalmente, la integridad humana se vio fortalecida por las nuevas orientaciones que otorga la genética³⁷.

Actualmente una de las ciencias que influye de manera determinante en el Derecho es la ciencia médica. Así, la biología ha determinado el inicio de la vida humana, el momento del nacimiento, el de la muerte de una persona y la investigación negativa de la paternidad; la cirugía, los trasplantes de órganos y la adecuación de sexo; la procreática, las técnicas de reproducción asistida, la ingeniería genética y la investigación del genoma humano; por último, la genética ha aportado la determinación biológica de la paternidad.

En la literatura comparada, el derecho genético como disciplina jurídica ha recibido varias denominaciones: bioderecho, biojurídica, biotecnología jurídica, biolegislación, derecho biológico, derecho de la genética, derecho de las biotecnologías, derecho y genoma humano, derecho genómico, derecho médico, derecho tecnológico, iusgenética, entre otros.

Varsi, propone analizar algunos conceptos con la finalidad de encontrar la conexión del derecho con la genética: El derecho, mediante una coordinación ética-imperativa, regula la vida humana recurriendo al auxilio de las demás ciencias, a fin de crear un marco eficiente de protección de la persona. La genética, es la ciencia

³⁷ VARSÍ Rospigliosi, Enrique., Op cit., p. 19.

encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación. La ingeniería genética, es aquella ciencia que se dirige al estudio, trabajo y modificación del material genético (ADN) en los organismos vivos, su finalidad es mejorar las condiciones de vida y las funciones biogenéticas del hombre.

Esta rama especializada del derecho ha sido relacionada con el término bioética. Como refiere Luis Guillermo Blanco, citado por Enrique Varsi: “si bien, no podemos negar que la bioética, es una disciplina cosmopolita, un fenómeno cultural, un movimiento social y un estilo intelectual, no es menos cierto que, dada su naturaleza inminente interdisciplinaria, el contexto normativo de la bioética no es sólo ético-filosófico, sino también jurídico, constituyendo el bioderecho o biojurídica una dimensión insoslayable para configurar la bioética en la cual el derecho no se limita a realizar un simple aporte o contribución, sino que su rol es dar una respuesta jurídica”³⁸.

De esta manera, es claro como lo enfatiza Varsi, que “el bioderecho importa la institucionalización jurídica de la bioética, en otras palabras, el primero es parte integrante del segundo”³⁹.

Ante esta revolución científica, se debe reconocer que han surgido planteamientos éticos, en torno a la aplicación de las TERAS, aquí entra el Derecho Genético tallando las bases indispensables para una regulación normativa éticamente acorde a la conciencia social imperante.

³⁸ Varsi, E., Fundamentos básicos del derecho genético. Consultado 24 nov. 2014. (En línea). Disponible en: <https://issuu.com/evarsi/docs/varsicap2>

³⁹ *Ibíd.*, p. 22.

2.2 El Derecho Genético y su relación con el Derecho Civil

El Derecho Genético como rama del derecho viene a normar las actividades científicas relacionadas con la composición genética del hombre, brindando una protección y seguridad jurídica al ser humano ante la manipulación de los genes.

Por otro lado, el derecho genético está íntimamente relacionado con el derecho civil, pues su aplicación tiene como fin a la persona humana, de allí que el derecho de las personas (el inicio de la vida, la teoría del concebido, los actos de libre disposición del cuerpo humano), el derecho de familia (el parentesco, la filiación) y el derecho de sucesiones (la transmisión hereditaria del hijo póstumo en la inseminación post mortem), se hayan visto influenciados por la ciencia genética.⁴⁰

Como afirma Varsi, en el párrafo anterior, los avances científicos en genética humana tienen repercusiones jurídicas, incidiendo principalmente en el derecho civil, sin excluirse el campo del derecho de familia, en la aplicación de técnicas de reproducción asistida, por las consecuencias que conllevan, principalmente en materia de filiación.

Asímismo, Rosario Rodríguez-Cadilla Ponce, realza que: en el proceso de reproducción humana asistida los sujetos implicados están divididos en dos grupos: i. los padres iniciales que son la pareja estéril a quienes se les ofrecen los servicios profesionales para la práctica médica; y ii. Los nacidos como resultado de la práctica médica. Sin embargo, no se descarta la aparición de un tercer grupo constituido por el o los donantes de gametos y las mujeres sustitutas o subrogadas.

En tal razón el derecho tendrá que ofrecer soluciones a los conflictos resultados o derivados de estas prácticas médicas, he ahí el derecho civil juega un papel fundamental para regular las implicancias derivadas de la utilización de estas técnicas de reproducción ante la determinación de la filiación de quienes desearon

⁴⁰ Ibíd., p. 26.

ser padres, la inseminación post-mortem, el derecho al nombre, las relaciones contractuales, entre otras instituciones jurídicas”⁴¹. Es importante el análisis que realiza Rosario Rodríguez-Cadilla en torno a la relación del derecho genético con el derecho civil, pues menciona a la filiación y a la relación contractual que puede originarse en el momento en que las personas quienes desean ser padres, convienen en someterse a alguna técnica de reproducción humana asistida, acordando con el médico especialista las condiciones para someterse a dichas técnicas así como del consentimiento pleno e informado para hacerlo.

2.3 Valoración ética de las técnicas de reproducción asistida (TERAS)

Ética proviene del griego *Ethos*, que significa análogamente “modo de ser” o “carácter”. Cabanellas, señala a la ética como la parte de la filosofía que se ocupa de la moral y de las obligaciones del hombre⁴².

Se pueden constatar una serie de valores que son generalmente admitidos como orientaciones básicas para el juicio ético en el campo de la bioética. Así por ejemplo, Javier Gafo, indica que el principio de buscar siempre “el bien del sujeto” o en su formulación negativa “no causar daño al sujeto” se traducen en el axioma “*primum non nocere*”, es una expresión fundamental del *ethos* de la medicina desde el código hipocrático hasta nuestros días⁴³.

Para el profesor Junquera, en su obra Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos, se dilucidan diversas cuestiones éticas en el área de biomedicina, la mayoría de las veces terminan alcanzando una solución, al albur de los diversos puntos de vista, esta diversidad de puntos de vista éticos no es equiparable, sin más, con una situación moral de relativismo, pues puede suceder que distintos puntos de vista condenen moralmente, por ejemplo, una muerte, por considerarla un asesinato, en virtud de razones distintas. Así mientras uno condena

⁴¹ Rodríguez –Cadilla Ponce, María del Rosario. Derecho Genético. Técnicas de reproducción humana asistida, su trascendencia jurídica en el Perú (Perú: Editorial San Marcos, 1997), p. 23.

⁴² Cabanellas, Guillermo, Op. Cit., p. 132.

⁴³ Gafo, Javier, Op. Cit., p. 50.

esta muerte en virtud del atentado, que se opone a una idea de dignidad humana; otro puede hacer la misma condena atendiendo a razones derivadas de las consecuencias a las que puede llevar la ejecución de tal tipo de actos. Los dos condenan en términos morales el asesinato, pero por razones distintas.⁴⁴

Para resolver los casos conflictivos planteados en la tensión entre la ética y ciencias de la salud, existen una serie de principios:

- a) El principio del respeto por las personas, tiene que ver con la voluntariedad de éstas a la hora de ser sujetos de investigación y con la exigencia de haber sido informadas correcta y adecuadamente sobre los límites y objetivos de la misma.
- b) El principio de la beneficencia traduce la idea de buscar el bien del paciente, como objetivo de la ciencia médica, según reza una de las sentencias del Juramento de Hipócrates, en virtud de la cual el médico queda comprometido, a buscar el bienestar del paciente; y añade: “Según mi capacidad y mi recto entender”.
- c) En la plasmación práctica de esta idea del juramento hipocrático, se halla una explicación del por qué la tradición médica ha desarrollado una actitud paternalista en el trato con el paciente. Con todo, la beneficencia asume el mandamiento hipocrático de “no hacer daño”, con la consiguiente exigencia de asegurar, de manera máxima, los posibles beneficios y de minimizar los posibles riesgos.
- d) El principio de justicia se refiere a las cuestiones relativas y derivadas de la distribución. Son casos, pues, amparados en lo que se denomina justicia distributiva, pero aplicada a las cuestiones de distribución de beneficios y cargas de la investigación. En este sentido, lo que hace justa una distribución dependerá

⁴⁴ Junquera de Estéfani, Rafael. Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos. (España: Ed. Comares, 2008), p. 27.

de la aplicación de los siguientes criterios: 1) a cada persona una participación igual; 2) a cada persona de acuerdo a sus necesidades individuales; 3) a cada persona de acuerdo a sus esfuerzos individuales; 4) a cada persona de acuerdo a su contribución social; 5) a cada persona de acuerdo a sus méritos; 6) a cada persona de acuerdo a las reglas de intercambio en un mercado libre. Este principio intenta corregir una situación, a todas luces injusta, en la medida en que mientras los sujetos de investigación han sido, sobre todo durante los dos últimos siglos, pacientes pobres, los beneficios de la investigación han ido a parar, de modo preeminente, a los pacientes ricos.

En cualquier caso, la aplicación de estos tres principios han realizado tres aspectos que han pasado a convertirse en otros tantos “temas estrella” de la ética biomédica. Se está refiriendo a los requerimientos de: el consentimiento informado, la evaluación de los riesgos y beneficios y la selección imparcial de los sujetos de investigación como referentes de cuestiones morales que la bioética ha tenido que abordar.

El derecho genético surge como una respuesta a los avances de la ciencia y la tecnología, así como la necesidad de determinación de la ética que fundamenta los principios que deben seguirse, a fin de no vulnerar la esencia social y la dignidad humana. De esta manera, el derecho genético fija las pautas para la aplicación de las técnicas de reproducción humana.

2.4 La dignidad de la persona frente a las TERAS

El tratadista Narciso Martínez Morán, refiere que la palabra dignidad significa *excelencia (eminencia, importancia, sublimidad), grandeza (grandiosidad, realce, importancia), decoro (honor, nobleza, respetabilidad)*. El Diccionario de la Lengua Española, define la dignidad como “*gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse*”. De aquí que la dignidad se predique en los cargos honoríficos o de autoridad de las personas. Téngase en cuenta que entendida así la dignidad humana, se refiere a la perspectiva ética de la misma, dado que se relaciona con la

acción personal y con los comportamientos prácticos o se asimila al rol social que cada uno desempeña⁴⁵.

Martínez Morán, citando a Kant quien refiere a la personalidad reflejada en la autonomía y en la libertad, indica que la dignidad de la persona radica, en su actuar libre. El hombre por ser persona puede actuar responsable y libremente. No obstante, la teoría kantiana que sitúa la dignidad humana en la autonomía presenta algunas lagunas e interrogantes para este tratadista: ¿Qué sucede con aquellas personas que aún no han llegado a su madurez, al pleno desarrollo de su autonomía? ¿Qué dignidad atribuiremos a las personas cuya conducta sea inmoral? Si para Kant la medida de la dignidad humana viene determinada por el comportamiento moral en libertad, en autonomía, ¿qué pensar entonces del malvado? ¿Qué puede hacerse con los que se califican de infra-hombres (embriones, dementes, enfermos, ancianos...)?⁴⁶

Como puede apreciarse, cuando se habla de dignidad del comportamiento moral de la persona, existe un cierto grado de confusión con la dignidad de la persona en sí misma considerada. Por esta razón, Martínez Morán coincide en introducir el neologismo de “digneidad” para referirse a la dignidad ontológica, pre-moral, de la persona, como ser digno por el solo hecho de ser persona, e incluso al margen de su comportamiento moral. La digneidad de la persona le acompaña siempre por el hecho de ser cualitativamente distinta de los entes que le rodean en el universo de lo creado: por su racionalidad, su relacionalidad, su libertad, su etnicidad, etc., es decir, aquello que la persona y solo ella posee en el orden de la naturaleza.

La distinción establecida por el tratadista Martínez Morán goza de una especial significación, dado que de ella depende el respeto que se tenga a los derechos de todos los seres humanos, especialmente en el ámbito de las

⁴⁵ Martínez Morán, Narciso. *Bioética, filosofía y derecho*. (Revista *Aldaba*, 2004. Consultado 24 nov. 2014. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1958838>, p. 177

⁴⁶ MARTÍNEZ Morán, Narciso, Loc. Cit., p. 180

investigaciones y nuevas tecnologías médicas, a las que se ha venido refiriendo en el presente trabajo de investigación y he aquí la diferencia:

- a) La dignidad ética, hace referencia no al ser sino al obrar. En este sentido, el hombre se hace él mismo digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que es considerado moralmente bueno. Esta dignidad es el fruto de una conducta conforme al bien y no es poseída por todos de la misma manera.
- b) En esta concepción de la dignidad ética, el ser humano no nacido, es decir, el embrión no posee una dignidad intrínseca, sino que vale en la medida en que posea una cierta significación para quienes esperan su venida al mundo; de los seres humanos todavía no nacidos no puede decirse que sean dignos, pues carecen de autoconciencia y de autonomía.
- c) La dignidad ontológica o “digneidad” es la dignidad intrínseca inseparablemente unida al propio hombre y es la misma para todos los seres humanos. Desde esta perspectiva, todo ser humano es un ser digno y por tanto, no puede ser sometido a tratamientos degradantes como tortura, malos tratos, manipulaciones de su propio ser. Las personas son dignas *per se* y no solo son dignas éticamente, porque, para quien no puede realizar conductas libres, sus actos no son ni dignos ni indignos, pero su ser, su personalidad, sí contiene dignidad.
- d) Es decir, bajo esta concepción no es posible fijarse en la autonomía de los actos para afirmar que toda persona, e incluso los dementes, criminales, entre otros, tienen o no dignidad, pues igualmente son personas dotadas de dignidad total e igual a todos los seres humanos, lo que hace que deba respetarse su vida, su integridad física y todos los derechos inherentes a la persona humana.

Es necesario tomar en consideración en este apartado de la dignidad de la persona frente a las TERAS, lo que para el efecto establecen Declaraciones y Pactos Internacionales relacionados con la bioética y que han sido citados por

Martínez Morán, en los cuales se reconoce la dignidad intrínseca de todo ser humano. Así por ejemplo:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos se inicia con las siguientes palabras: “PREÁMBULO. Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Debe resaltarse sobre todo que la Declaración se refiere expresamente a la dignidad intrínseca, no a la dignidad moral de los actos, reconociendo que tal dignidad es poseída por todos los seres humanos y que ella constituye el fundamento de los grandes valores o derechos de la humanidad: la libertad, la justicia y la paz. Más adelante vuelve a resaltar la dignidad humana: “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres [...]”. Asimismo, cabe resaltar que regula en el artículo 1º: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”. En efecto, al referirse a “todos los seres humanos” está expresando la universalidad de los derechos humanos y la universalidad de la dignidad, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.⁴⁷

Evidentemente la expresión cualquier otra condición quiere expresar que no existe absolutamente ningún motivo de discriminación en cuanto a la igual dignidad de todos los seres humanos, lógicamente tampoco cabe discriminar a los niños ni a los concebidos –aunque aún no hayan nacido– desde que adquieran la condición de humanos, ni a los ancianos, ni a los disminuidos físicos o psíquicos en tanto sean humanos.

⁴⁷ Martínez, Op. Cit., p. 183.

- La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, comienza su preámbulo con las siguientes palabras: “Recordando que en el Preámbulo de la Constitución de la UNESCO se invocan los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres y se impugna el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas, se indica que la amplia difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y ayuda mutua⁴⁸.”

A esta Declaración hace referencia la iniciativa de ley 2976 del Congreso de la República de Guatemala, cual pretende regular la prohibición de clonar seres humanos, dicha iniciativa a pesar de contar con el dictamen favorable de la comisión de salud y asistencia social del Congreso, aún está pendiente de ser aprobada, situación que es preocupante debido a la falta de regulación de prácticas que atentan contra la bioética y son contrarias a la dignidad humana, como lo constituye la clonación.

- El Convenio de Bioética del Consejo de Europa, para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, en su Preámbulo dice así: “Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad”; “Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina”.⁴⁹ Véase que indica “práctica inadecuada”, - es decir, esta práctica es contraria a los principios de respeto, beneficencia y de justicia, ya expresados con anterioridad -.

⁴⁸ Martínez, Op. Cit., p. 185.

⁴⁹ Loc. Cit., p. 187.

Para Martínez Morán se atenta contra la dignidad humana, cuando se somete a seres humanos a esclavitud o servidumbre, cuando se comercializa con seres humanos, cuando se destruyen embriones humanos recién congelados, cuando se comercia con tejidos humanos o con los resultados de investigaciones sobre el genoma humano, por pertenecer al patrimonio de toda la humanidad. Cuando se somete a torturas, penas y tratos crueles inhumanos y degradantes a cualquier humano⁵⁰.

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, reconoce en el artículo 12 que “toda persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano”. Este derecho ha de ejercitarse siempre respetando su dignidad y derechos, es decir, que la dignidad humana se antepone siempre a cualquier tipo de investigación biomédica, debido a que este tipo de investigaciones no pueden violentar derechos que le son inherentes al ser humano. Aunado a ello, no debe discriminarse a persona alguna para ejercitar este derecho de tener acceso a los avances en materia genética.

Además, es importante mencionar las consideraciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió en la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 en el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*, al referirse a términos como concepción, embrión y persona y hasta qué momento puede decirse que la Convención Americana protege la vida de la persona como un ser digno por su calidad de ser humano. Al respecto la Corte manifiesta en los párrafos 186, 187, 253 y 256, aspectos trascendentales en el tema de reproducción asistida y de los cuales se considera necesario traer a colación en virtud de nutrir lo atinente a la dignidad humana y además muestra un panorama interpretativo de la Convención Americana de Derechos Humanos que la FIV como técnica de reproducción humana no atenta contra el derecho a la vida y por consiguiente a la dignidad humana:

⁵⁰ Loc. Cit., p. 197.

“186. No obstante lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. [...].

253. Por tanto, la Corte, observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan

los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona”.

2.5 La Bioética frente a las TERAS

El origen de la vida, el concepto de muerte, la capacidad de tomar racionalmente decisiones difíciles, el cuidado del medio ambiente, el valor del principio de autonomía, de la responsabilidad personal y colectiva, o el papel del Estado, en la política sanitaria, son ejemplos para ilustrar la trascendencia de los nuevos problemas que han propiciado la emergencia de la bioética como disciplina y el enorme auge que han experimentado las relaciones entre biología, medicina, ética y derecho, hablándose ya sin ambages también del bioderecho.⁵¹

Marcos del Cano, señala que el término bioética es compuesto y une dos realidades y conceptos: la vida (*bios*) y la ética (*ethos*), sin dejar en claro cuál de los dos términos tiene mayor preeminencia. Es la parte de la ética que se dedica a estudiar las acciones técnicas del hombre en el contexto de la biomedicina, es decir, en el ejercicio de las profesiones sanitarias y de la biología. Estas actuaciones tienen en común que afectan al hombre y a otros seres vivos, de ahí el prefijo “*bios*” de su nombre; y al final realza que bioética es la ética aplicada a los problemas biomédicos⁵².

Como se menciona en el párrafo anterior, la bioética es más una ética aplicada, que una ética teórica. La ética teórica se dedica a estudiar la acción humana desde el punto de vista de su bondad o maldad, así como la fundamentación filosófica y antropológica de la conducta correcta. La ética aplicada

⁵¹ Marcos del Cano, Ana María. Bioética y derechos humanos (España: Universidad Nacional de Educación a Distancia, S.n., 2012), p. 19.

⁵² Marcos del Cano, Ana María., Op. Cit., p. 24.

se dedica más bien, a: estudiar las acciones humanas desde el punto de vista ético, pero de modo limitado a un tipo de acciones únicamente (Sanitarias y biológicas).

Marcos del Cano, menciona que la labor del teólogo Paúl Ramsey fue decisiva en el origen de la bioética en los EE.UU. Aquí ya señalaban las implicaciones éticas de las intervenciones técnicas sobre la vida humana. El término surgió con fuerza hacia los años 70 y se debe a un profesor de oncología de la Universidad de Wisconsin Van Rennselaer Potter, quien lo sugirió como plataforma para responder desde la ética a los nuevos retos planteados por los avances científicos en el campo de la biología y la medicina publicó primero un libro *Bioethics: The science of survival* y posteriormente en 1971 otro libro *Bioethics: Bridge to the future*. Potter consideraba la nueva disciplina como una ciencia que busca mejorar el ecosistema entendido como criterio de referencia en la determinación de los valores morales. Su orientación era, fundamentalmente, ecológica y apelaba a la necesidad de una sabiduría para conjugar el conocimiento biológico con los valores humanos.⁵³

Se puede establecer que además de los aportes de Potter, el origen de esta nueva disciplina se centra precisamente, como lo afirma Marcos del Cano en: el renacer de los Derechos Humanos de 1948 con el fin de que no se volvieran a producir las atrocidades de la segunda Guerra Mundial y el ya famoso proceso de Núremberg con su posterior declaración que sentó los principios de la experimentación en seres humanos que se debían llevar siempre con el consentimiento expreso de la persona y que fue la base de la posterior declaración de Helsinki y como telón de fondo de todo este proceso se halla en la teoría evolucionista que a mediados del siglo XIX estableció por primera vez sobre las bases científicas la íntima relación existente entre la especie humana y las demás especies animales. Surge también el Informe Belmont, reconociendo los excesos cometidos en Alabama en el caso Tuskegee en 1932, en el que durante 40 años ése había estado investigando en el desarrollo de la sífilis sobre un grupo de 400

⁵³ Marcos del Cano, Ana María., Op. Cit., p. 27.

hombres afroamericanos, en los estados más pobres de la población. Habiéndoles diagnosticado la enfermedad, fueron mantenidos sin tratamiento para estudiar su evolución.

En Guatemala, mediante un programa patrocinado y ejecutado por el gobierno estadounidense en los años 1946 a 1948, se infectaron mediante se infectaron mediante inoculación directa y sin consentimiento a soldados, reos, pacientes psiquiátricos con sífilis y otras enfermedades venéreas como gonorrea, para comprobar la “efectividad de tratamientos con penicilina”. Desconociendo el gobierno de Guatemala las interioridades de dicho experimento. En octubre de 2010, el gobierno de Estados Unidos reconoció los sucesos, que consideró abominables y gravísimos, se disculpó públicamente por éstos, con una inusual excusa presentada por la secretaría de Estado al pueblo guatemalteco. Junto con el reconocimiento de culpabilidad, Barack Obama, presidente de los Estados Unidos, sostuvo comunicación telefónica con el presidente guatemalteco en ese entonces, Álvaro Colom, expresando su profundo pesar por lo sucedido y pidiendo perdón. En Guatemala, la opinión pública ha considerado los hechos como un crimen de lesa humanidad. Se desconoce el número de víctimas sobrevivientes que podría haber en la actualidad.⁵⁴

Como consecuencia de la experimentación en seres humanos nació en 1974 la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos en la investigación biomédica y conductual. Dicha comisión estaba constituida por personas de distintos credos y cosmovisiones para fundamentar los principios éticos que debían dar solución a temas concretos. En 1978, la comisión presentó su informe titulado Informe Belmont: Principios éticos y pautas para la protección de sujetos humanos en la investigación. Dicho informe establece los principios éticos fundamentales subyacentes a la realización aceptable de cualquier investigación con seres humanos: el principio de respeto por la persona, de beneficencia y justicia; y así se

⁵⁴ Wikipedia. Experimentos sobre sífilis en Guatemala. Consultado el 1 de julio de 2015. Disponible en: [https://es.wikipedia.org/wiki/ Experimentos_sobre_s%C3%ADfilis_en_Guatemala](https://es.wikipedia.org/wiki/Experimentos_sobre_s%C3%ADfilis_en_Guatemala)

constituyen los famosos principios que guían la práctica de la bioética hasta nuestros días.

La bioética como ciencia surge en respuesta a la deshumanización de las ciencias de la vida, por ello es que su aplicación está encaminada a cualquier investigación bio-médica, a modo ejemplificativo, Marcos del Cano, expone los escenarios en materia genética en que se ocupa dicha ciencia:

- Intervención en el ámbito de la reproducción humana: control de natalidad, inseminación artificial y sus variantes, fecundación in vitro y sus variantes, donación de embriones, selección del sexo, congelación de embriones, clonación reproductiva y terapéutica;
- Intervenciones en el patrimonio genético: manipulación del ADN, exámenes genéticos predictivos, terapias genéticas germinales, incidencia sobre la selección natural;
- Relación médico-paciente: principio de consentimiento informado, confidencialidad e intimidad;
- Intervenciones sobre el envejecimiento y la muerte: eutanasia, alzhéimer, encarnizamiento terapéutico, instrucciones previas, cuidados paliativos;
- Intervenciones médicas y de investigación en general en el cuerpo humano: intervenciones quirúrgicas, cambio de sexo, donación de órganos y tejidos, experimentación e investigación científica.

CAPÍTULO III

LA TÉCNICA REPRODUCTIVA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

3.1 Generalidades

Esta técnica reproductiva se ha convertido en una práctica que está siendo utilizada en algunos países y que es rechazada en otros, recurriendo incluso personas famosas como el cantante Ricky Martín, quien se convirtiera en padre de gemelos, así también la actriz Sharon Stone, quien a los 47 años de edad se convirtiera en madre por segunda vez. Por ello, esta técnica se ha extendido eficazmente, en virtud que habilita tener descendencia a aquellas personas o parejas donde la mujer se encuentra imposibilitada de gestar o de reproducir, e incluso en parejas homosexuales, se permite su aplicación en aquellos países que así lo establecen.

Son diversas las denominaciones que ha adoptado esta técnica; sin embargo, para efectos del presente trabajo se utiliza la de “gestación por sustitución”, ha originado cierta confusión por la posible coexistencia de diversas maternidades, situación que se descarta por el significado del concepto de maternidad para la tratadista Eleonora Lamm, al afirmar que la maternidad no se sustituye en esta técnica, sino más bien, es la gestación; tiende a ponerse en tela de juicio la práctica de esta técnica por la participación de dos o tres mujeres, según el caso, cuales aportan: su consentimiento pleno e informado, material genético y el proceso de gestación; esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la gestación por sustitución, con el fin de establecer si las mujeres involucradas en esta técnica reproductiva, son las madres del bebé, o bien, sólo una de ellas, dando origen a las diversas formas o tipologías.

La gestación por sustitución, es ya utilizada por clínicas de fecundación que se encuentran en Guatemala⁵⁵, a pesar de ser manifiesta la falta de regulación en

⁵⁵ Actualmente funcionan en Guatemala las clínicas: Gestar, Procrea y Santa María, las cuales realizan tratamientos y técnicas de reproducción asistida a quienes no pueden convertirse en progenitores dada la infertilidad que padecen.

materia de las TERAS y en especial de esta técnica. Se ha suscitado dentro del ámbito nacional un conflicto protagonizado por padres que se enfrentaron por la utilización de la “maternidad subrogada” o “alquiler de vientre” como fue publicado en diversos medios de comunicación escrita, dilema que produjo tensión entre la ciencia y el derecho nacional, emitiéndose un fallo paradigmático por la Sala de Apelaciones del ramo de niñez, caso del que se hará referencia al finalizar el capítulo.

Para efectos de la presente investigación, se analiza la gestación por sustitución como técnica reproductiva aplicada al matrimonio heterosexual, no en personas solteras o parejas homosexuales, por estar a favor de una postura procreativa a los fines del matrimonio, si llegara a regularse en Guatemala, sin embargo, es importante ampliar que esta técnica en otros países se aplica indistintamente en parejas unidas, matrimonios heterosexuales, homosexuales o solteros.

3.2 Denominaciones

Antes de desarrollar la definición de esta técnica, vale precisar que ésta se comenzó a conocer a mediados de los 70 y a partir de entonces han surgido diversas denominaciones que han sido expuestas por Lema Añón, como son: alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, arrendamiento de vientre, donación temporal de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación por sustitución, gestación subrogada, madre portadora, maternidad sustituta, maternidad de sustitución, maternidad suplente, maternidad subrogada, maternidad de alquiler, maternidad por encargo, madres de alquiler, madres portadoras, vientre de alquiler, gravidez subrogada, *surrogated or surrogacy motherhood* (denominación en inglés), *mere porteuse*, *mere de sustitution*, *mere de remplacement* o *prét d’uterus* –denominación francesa-⁵⁶.

⁵⁶ Lema Añón, Carlos. Reproducción, poder y derecho. Ensayos filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. (España: Editorial Trotta. 1999), p. 137.

En la obra “Derecho de Familia en el Siglo XXI: fecundación humana asistida y filiación adoptiva, se exponen otras denominaciones para esta técnica: maternidad compartida, de alquiler, de sustitución, madre prestada, *mere par procuration*, *mother on loan*, *foster mother*, entre otras⁵⁷.

Cabe precisar, diversos autores han coincidido que la terminología de arrendamiento o alquiler de útero alude a un contrato de arrendamiento y en materia humana éste resulta imposible; por ello, a pesar de existir diversas denominaciones para ésta técnica, ha predominado la de maternidad subrogada.

Sin embargo, para la especialista Lamm, “en definitiva, es incorrecto hablar de maternidad subrogada, la maternidad es un concepto demasiado amplio como para encargarlo. La maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación. La maternidad sólo se puede vivir en primera persona. Igualmente es el vulgarismo vientre de alquiler”. Lamm, coincide con la denominación gestación de sustitución ó gestación por sustitución, términos que se adecuan en mayor grado a la realidad de esta técnica⁵⁸.

He allí, la denominación utilizada en el presente trabajo de: “gestación por sustitución”, por ser armoniosa o coincidente en su esencia, pues la maternidad no puede subrogarse, sustituirse, compartirse o peor aún “alquilarse”, como bien lo expone Eleonora Lamm, en virtud de sustituirse únicamente el proceso de gestación en otra mujer⁵⁹.

⁵⁷ Castellanos, et. al. Derecho de familia en el siglo xxi: fecundación humana asistida y filiación adoptiva. (República Dominicana: Editora Corripio, 1ª. edición, 2006), p. 23.

⁵⁸ Lamm, Elenora. Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada. Ni alquiler de vientres. (España: Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona. S.n., 2013), p. 26.

⁵⁹ También coincide en que es incorrecto utilizar la denominación de maternidad subrogada el Uniform Parentage Act (last amended or revised in 2002). Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. St. Augustine, Florida. Approved by American Association Seattle, Washinton, February 10, 2003, p. 68. Consultado el 1 Oct. 2014. Recuperado de: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf.

3.3 Definición

La aplicación de esta técnica como modalidad de la fecundación in vitro (FIV), deja abierta la posibilidad que la gestación sea realizada por una mujer distinta que se subroga en el proceso de gravidez.

González Merlo citado por Calderón Beltrán, quien adopta el concepto de maternidad subrogada, definiéndolo como “aquel proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin cópula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”⁶⁰.

La típica modalidad dentro de esta técnica, “es la mujer dentro de una pareja que puede producir óvulos, pero por una deficiencia orgánica o funcional de su organismo, no es capaz de llevar el embarazo a término. Extraído el óvulo de la mujer y fecundado con espermatozoides del marido o compañero, se logra el embrión. El embrión obtenido, producto de los gametos de ambos se implanta en el útero de otra mujer, para que gestante a la criatura y la entregue a los padres contratantes cuando nazca”⁶¹.

Si bien, el caso más frecuente de gestación de sustitución es aquel en el que el embrión de una pareja es implantado en el útero de una mujer quien llevará a cabo la gestación y posteriormente dará a luz, obligándose a entregar el niño a sus padres genéticos, también es posible que la gestante aporte su óvulo, que será fecundado con el semen del varón de la pareja comitente o solicitante. Siendo estas dos variantes más frecuentes en la doctrina.

Al estudiar las definiciones anteriores, se concluye que esta técnica es una modalidad de la fertilización in vitro (FIV), por extraerse el óvulo y espermatozoides de la pareja solicitante, para ser fecundado in vitro y ser implantado dentro del útero de

⁶⁰ Calderón Beltrán, Javier. La naturaleza jurídica de la maternidad subrogada. Consultado el 1 Oct. 2014. Disponible en: <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/12/la-naturaleza-juridica-de-la-maternidad.html>.

⁶¹ Castellanos, et.al. Ob. Cit., p. 23

otra mujer quien llevará en su vientre el embrión, hasta finalizar el período de gestación y cuando esto ocurra, entregará la criatura a los padres genéticos. Esta variante, podría decirse es la tipología que aceptan algunos países, por tratarse de una técnica homóloga al utilizar el mismo material genético de la pareja solicitante.

3.4 Formas o tipos de gestación por sustitución

Existen dos formas de gestación por sustitución conocidas en la doctrina, estas son: a) La tradicional y b) La propia o subrogación gestacional.

3.4.1 Gestación por sustitución tradicional

Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta no solo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen provenga del comitente (que está casado o en pareja con una mujer u otro hombre, o es un hombre solo) o de un donante –en este último caso, el o los comitentes no aportarían material genético alguno-. Como puede advertirse, en la gestación por sustitución tradicional la comitente –si la hay – carece de vínculo genético con el niño⁶².

En este caso se recurre a la inseminación artificial para provocar el embarazo de la mujer quien llevará a cabo la gestación.

3.4.2 Subrogación de la gestación propia o subrogación gestacional

Esta sucede cuando la mujer genera óvulos, pero le es imposible gestar, por lo que recurre a otra mujer para que se haga cargo de dicha labor. Calderón Beltrán, en la publicación electrónica “La naturaleza jurídica de la maternidad subrogada” citando a Varsi, afirma que se trata de un caso de préstamo de útero. A esta forma también se le conoce como subrogación gestacional (gestational surrogacy), el hecho de transferir un embrión previamente fertilizado en el vientre de la mujer

⁶² Lam, Eleonora., Op. Cit., p. 27.

subrogada, hacen que la misma no tenga la calidad de madre genética del niño por nacer.

En esta técnica, el embrión obtenido deviene de la fusión de espermatozoides y óvulo procedentes de la pareja solicitante quienes desean a la criatura.

Rodolfo Federico Escobar Enríquez, en su tesis de grado de licenciatura, expone: “Es quizás la más usual, debido a que la madre subrogante no tiene ningún vínculo genético con el bebé. La madre biológica se somete a un tratamiento de estimulación ovárica para poder obtener varios óvulos que son fecundados con el espermatozoides de su pareja. Los embriones resultantes son transferidos al útero de la mujer subrogada, la cual llevará a término el embarazo”⁶³.

Escobar Enríquez, utiliza la denominación madre subrogante al referirse a la mujer subrogada en el proceso de la gestación, quien además no aporta el material genético.

Otros autores, hacen una clasificación de las formas en que se desenvuelve la subrogación de sustitución:

- Ovodonación:

Rolando Humberto Canessa Vilcahuamán, en su tesis doctoral, intitulada “La filiación en la reproducción humana asistida”, citando a Enrique Varsi, expone:

La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar, por lo que necesita a una mujer que solo le ceda óvulos, se produce un caso

⁶³ Escobar Enríquez, Rodolfo Federico. Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada, análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al sistema jurídico guatemalteco. (Tesis de licenciatura. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: Universidad de San Carlos de Guatemala, 2011), p. 26.

de trigeneración humana: 1) espermatozoide del marido; 2) óvulo de una mujer cedente o *donadora*; 3) gestación de la mujer *cónyuge*⁶⁴.

Para Escobar Enríquez, “tiene ocasión cuando una mujer puede gestar pero no posee óvulos para su fertilización por lo que recibe una ovodonación. En este caso el bebé no será gestado en el vientre de la donadora, sino en el propio vientre, pero gracias a la donación de otra mujer que le concedió el óvulo”⁶⁵.

La ovodonación, se da en el caso inverso de la subrogación gestacional, es decir, la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que requiere de otra mujer, quien será donante de óvulo, sin embargo, es de hacer notar que la donante del óvulo no se encargará de la gestación.

Por esa razón, no se considera a la ovodonación como una técnica de subrogación en la gestación, debido a que su esencia lo constituye la inseminación de carácter heteróloga en la mujer, al utilizar el embrión de un óvulo donado con el espermatozoide de su marido y no existe la posibilidad de subrogar el proceso de gestación.

- Embriodonación:

En este caso la pareja adolece de una infertilidad absoluta, la mujer no puede ni gestar, ni ovular y su pareja masculina también adolece de infertilidad, por lo que se busca a un donante de espermatozoide y de óvulo, siendo la donante de óvulo, quien se encargará del proceso de gestación.

Esta técnica es comprendida ampliamente por la gestación de sustitución tradicional, definida con anterioridad, por referirse a la utilización de gametos ajenos a la pareja solicitante.

⁶⁴ Canessa Vilcahuamán, Rolando Humberto. La filiación en la reproducción humana asistida. (Tesis doctoral. Facultad de Derecho y Ciencia Política: Universidad Nacional Mayor de San Marcos: Lima, Perú, 2011), p. 100.

⁶⁵ Escobar, Op. Cit., p. 28.

Es importante indicar, a pesar de existir las variantes o tipos de gestación de sustitución, se mantiene esta denominación, así mismo, se comparte la opinión de la autora Eleonora Lamm, en sostener una postura amplia a favor de esta técnica, por dar origen también a la voluntad procreacional como se expone en este trabajo; sin embargo, si llegase a regularse en Guatemala, es aceptable una postura que se restringe a ser aplicada dentro del matrimonio, en virtud de suplir la infertilidad en la mujer casada, como un derecho a la procreación y que no puede negársele, su derecho a ser madre genética ante la imposibilidad de llevar a cabo una gestación o ante su condición de infertilidad.

3.5 Causas que dan origen a la gestación por sustitución

Dentro de las causas que originan la aplicación de la gestación por sustitución, a personas que no pueden tener hijos y quieren tenerlos, se mencionan:

- a) Cuando una mujer es estéril, es decir, tiene imposibilidad de concebir, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
- b) Cuando una mujer es infértil, es decir, le es imposible finalizar la gestación, pero su óvulo sirve para la fecundación;
- c) Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo solicita a otra mujer, o a la donadora que geste para que dé a luz un bebé.
- d) Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio, en este caso la mujer es fértil;
- e) Cuando la mujer ha muerto y antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in vitro; o
- f) Cuando una pareja de homosexuales, o solo un hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad; en el cuarto caso, a una cuestión de estética física, de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de embarazarse, simplemente por conservar en buen estado su aspecto físico; en el quinto, se alude a la fecundación post-mortem, ante esta situación, la doctrina señala que de antemano, el niño sería huérfano de madre desde antes de nacer, aunque por otra parte dicen que no se puede prohibir si existe consentimiento expreso en testamento de uno o ambos cónyuges para que esta práctica fuere posible en caso de morir alguno de ellos; en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales.

Las causas que son más aceptadas son las relativas a la esterilidad e infertilidad de la pareja, no así las que se refieren a mujeres que buscan cuidar su aspecto físico, las que aluden a la reproducción post-mortem, pues la doctrina señala que de antemano, el niño carecería de una madre desde antes de nacer, vulnerándose así el derecho a nacer dentro de una familia.

Varios doctrinarios concuerdan en que esta técnica debe ser utilizada solo en parejas unidas en matrimonio o en concubinato y no en mujeres solteras, al respecto, Gómez de la Torre Vargas, en su obra “La fecundación in vitro y la filiación”, afirma: “Existe el riesgo en la utilización de estas técnicas en mujeres solas, de separar de forma tajante sexualidad y fecundación. Cuando una pareja que lleva una vida sexual normal recurre a esta técnica subsanando una carencia funcional que le impide lograr la procreación mediante el acto sexual. Por lo tanto no está excluyendo premeditadamente ese acto de amor que debe ser la procreación. Distinto es el caso de una mujer sola que recurre a esta técnica para no tener relaciones sexuales con un hombre. Aquí se está desvirtuando algo inherente a la permanencia o preservación del ser humano, en el ejercicio de la sexualidad heterosexual”⁶⁶.

⁶⁶ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. La fecundación in vitro y la filiación. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1ª. edición, 1993), p. 32.

Así mismo, Gafo, expresa que por razón del bien del hijo, es necesario postular como exigencia ética el ámbito del matrimonio como lugar adecuado de la procreación. No se puede afirmar que cualquier individuo en cualquier estado (celibato, soltería) tiene derecho a la procreación. Únicamente el matrimonio garantiza la coherencia ética de la procreación⁶⁷.

Con ello se afirma, las parejas heterosexuales unidas en matrimonio serían los usuarios a estas técnicas, pues la doctrina se inclina en una postura negativa o de rechazo de las TERAS a mujeres u hombres solteros.

3.6 Fundamentos de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de Guatemala en torno al caso de gestación por sustitución acontecido en el ámbito nacional

La Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, se encontró ante un proceso de protección inusual y se considera ser el primer caso en Guatemala en el cual se resuelve de conformidad con la jurisprudencia extranjera, Derecho comparado, Convenios Internacionales y la visión infantocéntrica fundamentada en el Derecho de la Niñez⁶⁸, por carecer nuestro país de un marco legal que sustente la aplicación de la gestación por sustitución. Se trata un de caso conocido por la Sala antes referida, en el cual se enfrentan dos mujeres, que se presumen ser madres: una biológica y otra legal y el padre del niño, quienes reclamaban el derecho de criar al mismo niño.

Este hecho ocurre, cuando una pareja infértil por el lado femenino recurre a una clínica de fecundidad en Guatemala y cuyo único recurso para procrear era la aplicación de la gestación por sustitución, sometiendo ese deseo de ser padres a la colaboración de una mujer a quien voluntariamente se le insemina artificialmente

⁶⁷ Gafo, Op. Cit., p.74.

⁶⁸ Organismo Judicial de la República de Guatemala, Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Causa número 04002-2012-00547 Of. 2º. 27 de enero de 2014.

con gametos de la pareja masculina, utilizándose sus óvulos, se trata entonces de una gestación por sustitución tradicional.

A continuación se hace referencia a los considerandos y fundamentaciones del fallo de segunda instancia, haciendo mención de citas textuales que aparecen en el referido fallo y otras situaciones cuales se comentan por la ponente de esta investigación:

En el segundo considerando de la sentencia, el Tribunal de alzada realiza un estudio minucioso del caso presentado determinando entre otras consideraciones: *“... lo que debe prevalecer en cualquier auto o sentencia que relacione a la niñez y adolescencia es una resolución con visión infantocéntrica. Con todo ello, se hace necesario observar que el interés superior del niño no es simplemente una institución benefactora del niño, sino que también es importante añadir que el beneficio del niño, niña o adolescente es prioritario, ya que supone un interés superior a cualquier otro interés en juego. Con este principio, se establece que el juzgador debe adoptar cualquier medida que estime necesaria para garantizar el bienestar del niño, niña o adolescente, en donde se prevea la separación de un peligro para evitarle un perjuicio en su persona, bienes y derechos”*. También hace referencia a lo preceptuado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El interés del menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano, razón por la cual la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración, estado y paternocéntrica. Citando la opinión consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cual *“no se ha alejado de la visión infantocéntrica, derivado que ha señalado, en cuanto al interés superior del niño, la entera necesidad de adoptar cualquier tipo de medidas para lograr la protección integral del niño, niña o adolescente, que se fundamenta en la propia dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar su desarrollo para que alcancen todas sus potencialidades”*.

En el tercer considerando se establece la técnica de maternidad subrogada (denominación que aparece dentro del expediente), utilizada en la mujer quien a través de una inseminación artificial, cede voluntariamente ser madre gestante (refiriéndose a la mujer gestante) y quien ya conocía el desenlace de su embarazo, el cual era que dicho niño iba a ser entregado a los padres solicitantes. Consecuentemente, antes de su concepción y posterior al nacimiento, ya sabía y conocía que no iba a ser la madre del niño que llevaba en su vientre. (Folios 1063, 1064, 1069, 1117, 1174 al 1175 de la pieza de primer grado, donde se establece el pacto y el procedimiento de la maternidad subrogada). El tribunal de alzada consideró utilizando el sentido común que el niño no debe ser reconocido ni mucho menos integrado a una persona que anterior y posterior a la concepción y nacimiento no había procurado quererlo y amarlo como hijo suyo. El niño que no es querido como hijo suyo durante la concepción, gestación y alumbramiento difícilmente puede ser amado con posterioridad al nacimiento y, más aún al haber existido un pacto voluntario de entregar al niño.

En igual sentido se pronunció la sentencia del caso Johnson V. Calvert/1993 de la Corte Suprema de California de los Estados Unidos, la cual indicó: *“se podría argüir que, si bien la gestación puede demostrar el status de madre, no es el signo sine qua non de la maternidad”*. En dicha sentencia se establece que la mujer que presta su vientre no se le declara como madre, mientras que la pareja contratante se les declara como padres naturales del niño.

Los magistrados resaltan lo indicado por los autores Coleman y Keane: *“la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, inseminarse artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y además,*

termina todos sus derechos filiatorios sobre ella para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte [...]”.

Se determina dentro del proceso que los padres solicitantes y la mujer gestante, se sometieron voluntariamente, a tratamientos de reproducción asistida, [...]. Con ello, se puede establecer que con la voluntad, decisión y deseo de los padres solicitantes, se logró traer a este mundo al niño sujeto del presente proceso [...] esa intención fue la que provocó el nacimiento del niño de mérito, consecuentemente la vida del niño ha dependido directamente de dicha intención [...], con fundamento en el principio de interés superior del niño, ya aludido, es más conveniente para el niño de mérito poder contar y estar al lado de los padres que lo han querido y lo han amado desde antes de la concepción hasta la actualidad, que contar con una madre gestacional que la única intención que tuvo fue alquilar su vientre por nueve meses y un óvulo para dar origen a un ser humano [...], y como consecuencia es madre contratada para convertir en verdaderos padres [...] a cambio de una ventaja económica [...]. Lo que debe importar y sobresalir es la voluntad procreacional y la voluntad actual de seguir amando, cuidando y brindándole todo el mejor desarrollo integral del niño por parte de los señores [...].

Todo lo anterior (resalta la sentencia de segunda instancia), tiene su sustento en la teoría de la intención y el interés superior del niño, en donde se basaron los Magistrados de la Sala de Apelaciones para resolver lo más favorable al niño, así también citan en el fallo los casos internacionales emblemáticos tales como:

- a) Baby M. en los Estados Unidos (comentado en la página 4 de esta investigación, tercer considerando de la sentencia).
- b) La Corte Civil de Londres, resuelve el denominado caso “Kin Cotton”, en el año 1987, otorgándole a la pareja contratante la niña fecundada por subrogación materna.
- c) El caso Johnson y también el caso “Buzzanca” en el Estado de California, en el año 1998, donde se determinó que padre podría ser un hombre sin haber dado

su esperma y que por el principio de no discriminación, una mujer podría ser madre sin haber dado su óvulo y sin haber estado en estado de embarazo, por lo que se les declaró padres legales del niño.

- d) El caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012, cual indica que las personas con problemas de fertilidad, son personas con discapacidad, por lo cual tienen el pleno derecho de acceder a las técnicas para resolver sus problemas de salud reproductiva, por lo que es obligación del Estado incluir a estas personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación con la finalidad que dichas limitaciones sean debidamente desmanteladas, de lo contrario se estaría limitando su igualdad, inclusión y se estaría efectuando una discriminación (párrafos 288, 289, 290, 291 y 292).

Un aspecto importante omitido en el fallo es que el Estado de Guatemala aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad a través del Decreto 59-2008 del Congreso de la República, en ese sentido se desprende que las personas cuales adolezcan de infertilidad (definida por la Organización Mundial de la Salud como “una enfermedad del sistema reproductivo que genera incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas), deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.

En el quinto considerando de la sentencia, establece que el niño tiene el pleno derecho de contar con una sola madre que hasta el momento identifica como tal, y con una madre que siempre lo ha amado [...] Declarando la Sala confirmar la inscripción de nacimiento inicial del niño, evitando que la partida se exponga a cambios y a un proceso arduo de adopción legal por parte de la madre solicitante.

Con el argumento anterior se absorben los criterios sobre voluntad procreacional sostenidos en Cortes de otros países cuales han conocido casos de

gestación por sustitución, resolviendo que la filiación derivada de las TERAS, se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado, prevaleciendo la paternidad consentida y querida, por sobre la genética, excluyendo el trámite de la adopción

La Sala Jurisdiccional considera que al desconocerse la plena legalidad del embarazo subrogado y sobre todo, de la forma de legalizar el nacimiento del niño por parte de la pareja interesada, derivado de la poca información estatal, de la permisibilidad de funcionamiento y tratamiento de esta clase de clínicas de fertilidad por parte del propio Estado, se abre la puerta a pensar que el mayor responsable de los actos de alteración de estado civil y de las posteriores falsedades, fueron provocados directa o indirectamente por la propia *clínica de fertilidad* [...]. Es necesario hacer hincapié (resalta la sentencia) que, para el ciudadano común, esta clase de clínicas y tratamientos abiertos al público, constituyen una esperanza y una confianza real de que se encuentra completamente legalizado y con total funcionamiento, sin repercusión jurídica. [...].

El fallo en mención resuelve por un lado las medidas de protección emitidas, y por otro lado, ordena al Estado de Guatemala investigar sobre la legalidad del funcionamiento de clínicas de fertilidad y la legalidad de la aplicación de las TERAS y de la maternidad subrogada (gestación por sustitución) y además se investigue la forma como se inscriben a los niños que nacen con tratamientos de reproducción asistida, con la finalidad de promover un espacio público de explicación y presentación de los riesgos que se pueden someter las personas interesadas en esta clase de tratamientos. Además, con base en el interés superior del niño, deberá analizar y profundizar un planteamiento sobre la importancia de legalizar o no la maternidad subrogada en Guatemala, derivado de la cantidad e importancia de casos encontrados en su investigación.

Desde otro punto de vista, es importante traer a colación una situación que se considera preocupante, pues en Guatemala existen tres clínicas reconocidas en

el campo de la fertilidad y utilización de técnicas reproductivas, cuales se anuncian abiertamente promoviendo sus servicios y de lo cual la población asume que cuentan con todas las autorizaciones (sanitarias, administrativas y fiscales), acudiendo a estas clínicas, por la credibilidad que muestran al estar funcionando. Sin embargo, estos centros, cuentan con la autorización del Estado de Guatemala, con la aplicación de protocolos internacionales en materia genética y bioética, y personal debidamente especializado y capacitado en las TERAS. Además, si funcionan con normalidad cabe preguntarse: ¿por qué el Estado autorizó su funcionamiento? (sin contar con un marco jurídico que acepte la aplicación de técnicas reproductivas).

Es una sentencia sin precedentes, al ordenarse al Estado de Guatemala a través del Procurador General de Guatemala, realizar una serie de investigaciones sobre: las clínicas de fertilidad que funcionan en el país, legalidad en su funcionamiento, legalidad en la aplicación de las TERAS, cómo se inscriben los niños que nacen como consecuencia de la reproducción asistida, así como también, en base a esos resultados analizar sobre la posibilidad de regular la gestación de sustitución, ejerciendo la iniciativa de ley ante el Congreso de la República de Guatemala.

CAPÍTULO IV

CONSIDERACIONES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO CONTRATO, O BIEN, COMO UN ACTO JURÍDICO

4.1 Generalidades

Para considerar a la gestación por sustitución como un contrato o como un acto jurídico, es necesario sintetizar cuándo se está ante un contrato, como vínculo que origina obligaciones y cuándo ante un acto jurídico, como vínculo reproductor de efectos legales. En el presente apartado se define qué se entiende por contrato, por acto jurídico, luego en los siguientes apartados se analiza cómo se debe considerar la naturaleza del acuerdo de someterse a esta técnica de reproducción humana asistida.

4.2 Contrato y acto jurídico

Contrato, es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico. El contrato constituye una especie particular de convención cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.⁶⁹

El acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes quienes lo suscriben.

Esta figura jurídica está regulada en el artículo 1517 del Código Civil, cual establece: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

⁶⁹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. (Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L., Tomo 1º, 11ª. edición, 1976), p. 497.

La proyección de la norma que da el concepto de contrato [...], es tan extensa, que a su amparo se pueden celebrar no sólo los contratos tipificados de manera especial por la ley, sino también los atípicos, o sea aquellos que se van dando en la práctica y experiencia diaria de los negocios, conformándose según los intereses y la imaginación de las personas que se relacionan para obligarse contractualmente y cuyos convenios se reflejan en el contenido de las cláusulas de cada negocio⁷⁰.

Desde esa perspectiva se analiza que en todo contrato existe una obligación sostenida por dos o más voluntades unidas por un nexo invisible, muy poderoso, compuesto por el deber de responder y el poder de exigir recíprocamente su cumplimiento.

Ahora bien, desde otra perspectiva se hace alusión a “todo hecho productor de efectos para el Derecho se denomina hecho jurídico; cuando este hecho procede de la voluntad humana, se denomina acto jurídico”. Guillermo Cabanellas en el Diccionario de Derecho Usual, define el acto jurídico como: “*el hecho dependiente de la voluntad humana que ejerce algún influjo en el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas*”⁷¹.

Traer a colación los conceptos de contrato y de acto jurídico, conlleva preguntarse: ¿cuándo podemos decir que estamos ante un acto jurídico? El acto jurídico tiene como antecedente un hecho revestido de carácter jurídico, pero se caracteriza porque la persona, al actuar en él, quiere el resultado de su acción⁷².

Mazeaud, citado por el Doctor Villegas Lara, afirma que el acto jurídico “es toda manifestación de voluntad hecha por una o varias personas con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho”. Conforme a esta idea, el contrato es la

⁷⁰ Villegas Lara, René Arturo. Teoría general de las obligaciones (Guatemala: Ediciones Superación, 1ª, Edición, 2011), p. 128.

⁷¹ Cabanellas, G., Op. Cit., p. 96.

⁷² *Ibíd.*, p. 10.

mejor expresión de un acto jurídico, pero como dice Calixto Valverde, es más preciso el uso del término negocio jurídico, porque hay actos jurídicos que no caen dentro de la figura del contrato, mientras que todo negocio jurídico es un contrato⁷³.

Con ello se afirma que todo contrato es acto jurídico, pero no todo acto jurídico será necesariamente contrato, pues en ambas figuras jurídicas existen diferencias sustanciales.

Ahora bien, para considerar la gestación por sustitución ya sea como contrato o acto jurídico, es necesario: primero, entender que se trata de una técnica de reproducción humana asistida, interviniendo en la práctica un especialista en materia reproductiva y como segundo aspecto, las personas quienes intervienen voluntariamente en el proceso de gestación por sustitución.

En tal virtud, se separa la relación: médico-paciente, considerando a esta relación de tipo contractual; mientras, la relación existente entre los comitentes o solicitantes y la mujer quien se sustituirá en el proceso de gestación, se considera que deviene de un acto jurídico.

Delgado Calva, citada por Richard Muñoz (2008), en una publicación electrónica de la Universidad de Nuevo León, México, aunque utiliza el concepto de maternidad subrogada, refiriéndose a la gestación por sustitución, indicando que: “es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de ésta, ambas mujeres y hombre mayor de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos

⁷³ Loc. cit.

médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante”⁷⁴.

La definición anterior expone que todo el proceso de gestación de sustitución se considera un acto jurídico, sin embargo, se incluye dentro del mismo un contenido contractual, así mismo tiende a confusión por determinarse dentro de la misma definición una trilogía en la relación: médico, pareja comitente y mujer gestante, estableciendo el pago de una prestación solamente a la mujer gestante, no así para el médico o especialista que interviene en la técnica de reproducción asistida.

Dada la complejidad jurídica en orden a la disposición del útero en la gestación por sustitución, se comprende en la doctrina cuestiones relacionadas con la admisibilidad de esta técnica como un contrato, mientras otros doctrinarios rechazan la posibilidad de contratación considerando a esta técnica fuera de todo negocio jurídico, por ser contraria a la moral y al orden público. Estos aspectos serán tratados en este capítulo separando la relación médico-paciente, considerándola como un contrato, mientras que la relación de las personas involucradas en la técnica, deviene de una declaración de voluntad considerada como acto jurídico.

4.3 Fundamentos de las posturas cuales rechazan al contrato de gestación por sustitución

Eleonora Cano, citando a Zannoni, afirma “el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres”. En igual sentido se pronuncia el jurista español Jaime Vidal Martínez, para quien un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, así como también, a la legislación que, en el código civil de España (Art. 1271),

⁷⁴Richard Muñoz, María Paz. Maternidad subrogada. Ponencia presentada en el Congreso Virtual Interinstitucional “Los grandes problemas nacionales”. (México: Universidad Autónoma de Nuevo León, septiembre, 2008). Consultado el 1 oct. 2014. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CVI-19-08.pdf>, p. 19.

consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando, por ello, la nulidad del mismo.

El pacto en cuestión no podrá ser reputado como locación en virtud de que el cuerpo humano o partes del mismo no constituyen una cosa. En este sentido, opinan Medina y Erades que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio. No obstante lo cual, resaltan que la disposición del mismo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible y en este sentido, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público. Sin embargo, agregan las autoras, lo que sí es indisponible e irrenunciable es el derecho a la patria potestad dado anticipadamente por la gestante⁷⁵.

Si se encuadra este contrato en la modalidad que lo distingue como una locación de servicios, se encontraría con que, al ser el objeto de la prestación de contenido ilícito, las partes no podrían demandarse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas, por ello, algunos juristas se pronuncian contra esta técnica reproductiva al considerarla como contrato.

De la misma manera, en caso de verificarse un acuerdo de tipo gratuito, no cabría posibilidad de asimilar esta figura a una locación de ninguna especie, y se habría de concluir aceptando que se encuentra frente a un contrato innominado, según corrientes que aceptan la práctica de esta técnica reproductiva.

4.4 Fundamentos de las posturas cuales aceptan a la gestación por sustitución como un contrato

Un sector de la doctrina tradicional se ampara en lo que estipulan normas civiles en la mayor parte de países: “solo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contrato”. Este sector defiende: “la vida de las personas, su salud, el

⁷⁵ Cano, M., (Revista persona). Consultado el 17 de oct. 2014. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>.

cuerpo humano escapan al comercio...". Por otro lado, los defensores de la validez de esta modalidad contractual señalan: "que eso es inmiscuirse en la moral individual de los ciudadanos y en el campo de las libertades que ofrece la técnica". A pesar de todo, otros autores se muestran favorables al perfeccionamiento del contrato justificando la pérdida de derechos paternales en la mujer subrogante en función del abandono que comporta esta decisión.

Los defensores de los convenios sobre gestación por sustitución, sostienen que al tratarse de un acuerdo voluntario y libre, no hay porqué hablar de explotación, ni aún interviniendo dinero. El argumento de la explotación es paternalista y subestima la capacidad de consentir en la mujer. Incluso el hecho de que esta técnica sea comercial, no justifica que deba prohibirse, pues el argumento de la cosificación o comercio, priva a la mujer del derecho a la privacidad y autodeterminación y se trata injustamente y desigualmente respecto a las clínicas de fertilidad y "donadores" de semen, pues en esos casos se contempla una compensación económica por los servicios que se prestan.

Un número cada vez más grande de doctrinarios argentinos están a favor de los acuerdos de gestación por sustitución, entre ellos: Famá, Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm, Dreyzin de Klor, quienes se muestran partidarios de estos acuerdos sobre la base de que importan una manifestación del derecho a procrear. Se argumenta que en la salvaguarda de la dignidad humana no se encuentra en absoluto el único valor fundamental que debe asegurarse frente a la gestación por sustitución, pues hay que pensar también en la protección del matrimonio o de la familia, particularmente en su tradicional función procreadora.

Se sostiene que si bien una de las principales objeciones a la gestación por sustitución es que es inmoral, el argumento de que la ley debe castigar la inmoralidad es antiguo y está desacreditado. La opinión de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral ha sido refutada con éxito hace más de 150 años por John Stuart Mill, quien introdujo el "principio del daño", un hito de valor

incalculable para cualquier sociedad liberal y pluralista. Por lo tanto, se argumenta que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan dañar a otros⁷⁶. En similar sentido, se afirma que el Estado no debe hacer cumplir un conjunto de valores a quienes no comparten esos valores y en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, debería permanecer neutral.

No obstante, todas las opiniones encontradas, existe jurisprudencia en tribunales americanos en que se ha decidido que las madres divergentes que no han querido separarse de sus hijos, han sido por un lado autorizadas a quedarse con su prole, pero otras decisiones, las han ordenado a entregar al infante a las parejas contratantes⁷⁷.

Para algunos autores, podría equipararse a “un contrato de locación de obra”, puesto que la madre sustituta se obliga a quedar embarazada, sostener el embarazo, parir el niño y luego entregarlo a la pareja contratante”⁷⁸.

Marcial Rubio, citado por Calderón Beltrán, afirma: “la maternidad subrogada (refiriéndose a la gestación por sustitución), tiene su origen en un contrato por lo general oneroso, en el cual una mujer acepta gestar al niño, pero no acepta ser la madre legal del mismo, pues quien la contrata tendrá ese reconocimiento futuro, una vez que la madre subrogada da a luz entrega al niño a aquella que pretende convertirse en madre legal del mismo”⁷⁹.

La definición anterior lo concibe como un contrato oneroso, sin embargo, en algunas legislaciones donde la práctica de la gestación por sustitución es legal se

⁷⁶ Marcos del Cano, Ana M., Op. Cit., p. 35.

⁷⁷ Castellanos, et. al., p. 25.

⁷⁸ Loc. Cit., p. 24.

⁷⁹ Calderón Beltrán, J. Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada. (Consultado el 17 oct. 2014). Disponible en: <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/12/la-naturaleza-juridica-de-la-maternidad.html>.

invalidan los contratos cuando existe un pago dinerario a la mujer subrogada, como se tratará en otro capítulo.

María Dolores Vila Coro, citada por Eleonora Lam, afirma en una postura en defensa de la gestación por sustitución, que: “en España, a los donantes de semen y a las donantes de óvulos, se les compensa económicamente y nadie se lleva las manos a la cabeza. Un voluntario sano puede prestar su cuerpo para que una multinacional farmacéutica experimente un nuevo fármaco y este caso no está mal visto que sea compensado económicamente. ¿Por qué entonces está mal visto que una gestante reciba una compensación económica por las molestias causadas?”.

4.5 La relación médico-paciente

Es una realidad insoslayable que la prestación de los tratamientos y aplicación de las técnicas de reproducción asistida incluida la gestación por sustitución se ofrecen en Guatemala a través de clínicas privadas, como bien fue expuesto en el capítulo anterior.

El Estado de Guatemala como se ha repetido en este estudio no cuenta con una legislación en materia de técnicas de reproducción asistida.

En otros países, que cuentan con una legislación a favor de las TERAS, existe la posibilidad de acudir de forma indistinta a través de dos vías:

- a) Sanidad privada, a través de clínicas privadas;
- b) Sanidad pública, a través del sistema nacional de salud.

En el caso de la sanidad pública, la relación no es estrictamente de tipo contractual, sino que se desarrolla por los cauces de la prestación de un servicio público aplicándosele normas de tipo administrativo, mientras que en el caso de las clínicas privadas, la relación resulta ser de naturaleza eminentemente contractual.

El Código Civil, no hace ninguna referencia específica al contrato de servicios médicos, sin embargo, sí regula el contrato de servicios profesionales de forma amplia que incluye cualquiera de las profesiones llamadas liberales y los médicos no están excluidos. No obstante ello, independientemente si existe o no contrato, se originan las siguientes relaciones:

- a) Contractual, a través de los llamados contratos típicos e incluso atípicos, cuando entre uno y otros existe una relación de este tipo de la cual derivarán para ambos una serie de obligaciones cuyo incumplimiento generará la responsabilidad civil.
- b) Extracontractual, cuando no existe vínculo obligacional previo, de tal modo que si por culpa o negligencia el facultativo o personal sanitario causa daño a la paciente o al niño por nacer, lo cual originará que responda por la acción culposa o negligente.

En ese orden de ideas, se menciona que, junto a la relación entre el médico especialista, mujer gestante y pareja usuaria de la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución, es indudablemente de naturaleza contractual, dada la esencia del vínculo obligacional que se está proporcionando.

Además, para la aplicación de cualquiera de las TERAS, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos, y en el caso de la gestación por sustitución del acuerdo de la mujer quien apoyará en el proceso de gestación, es decir, la voluntad procreacional como acto jurídico propiamente dicho, y no como un contrato.

Como puede apreciarse, la actuación del médico en la aplicación de la reproducción asistida con los usuarios de las TERAS es de origen contractual, siendo necesario establecer por escrito la prestación de ese servicio médico.

Se propone, en caso de su posible regulación en Guatemala, que el médico tratante debe ser especialista acreditado en materia de reproducción asistida, quien

asumirá responsabilidades por el adecuado, diligente y ético tratamiento de los usuarios o pacientes. El Estado deberá regular el procedimiento desde su inicio, dando pautas mínimas de obligatorio cumplimiento, velando porque el embrión concebido como futuro niño, pueda formar parte de un hogar unido en matrimonio de acuerdo a la estructura familiar actual.

4.6 La declaración de voluntad en la gestación por sustitución

Se hace necesario analizar las posturas a favor y en contra del contrato de esta técnica reproductiva expuestas al principio de este capítulo, para luego llegar a la conclusión de estar en presencia de un acto jurídico.

Diez Picazo, expone: *“se entiende por contrato todo negocio jurídico bilateral, cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”*.

No es la intención de este trabajo profundizar sobre los elementos esenciales del contrato; sin embargo, se exponen los más importantes establecidos en la doctrina tradicional: a) la declaración de voluntad, refiriéndose al consentimiento de los contratantes, quienes además deben ser capaces; b) objeto cierto que sea materia de contrato; c) causa de la obligación.

En relación al consentimiento, en la doctrina no se presentan críticas al respecto, debido que quienes acuden a los centros o clínicas de fertilización son personas legalmente capaces y prestan un consentimiento pleno e informado para la aplicación de la gestación de sustitución, al extraer el óvulo y el espermatozoide, los cuales serán fecundados.

En relación al objeto del contrato, se entiende por este un bien susceptible de valoración económica que corresponde al interés de los contratantes. Al analizar la naturaleza jurídica del embrión o embriones a fecundar, se establece que no son

cosas en sentido jurídico. Por tanto, no son susceptibles de valoración económica. No puede ser objeto de contrato, ni de una relación jurídica patrimonial⁸⁰.

Además, se dice que el contrato es ley entre las partes, puede obligarse a su cumplimiento, sin embargo, ¿qué sucedería si la mujer quien gestará al embrión desiste o se arrepiente de cumplir el acuerdo el día que se le cita en la clínica para ser fecundada? En este caso, se carece de coercibilidad, dado que a nadie se le puede imponer la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida contra su voluntad, por ello, es que en su aplicación se conjugan principios de bioética (ya expuestos) como el consentimiento pleno e informado de los usuarios.

Referente a la causa del contrato, se entiende por esta el fin objetivo e inmediato del mismo o la función económica que el Derecho le reconoce. Al considerarse que el embrión no es una cosa en sentido jurídico y por tanto, no hay objeto en el negocio jurídico, tampoco hay causa. La falta de objeto en el contrato arrastra la falta de causa.

Si no es contrato, ni negocio jurídico, ¿qué es entonces, la gestación por sustitución? De acuerdo a la definición de Albaladejo, citada por Gómez de la Torre: “acto jurídico es el que encerrando una conducta humana produce efectos jurídicos, porque el Derecho atribuye consecuencias a su realización independientemente de que el agente los quiera o no”⁸¹.

La declaración de voluntad libre e informada de la mujer que gestará al embrión en la gestación por sustitución, se trata de un acto de disposición (acto jurídico), porque desde el momento en que ella dispone ser inseminada con el embrión, se producen efectos jurídicos.

⁸⁰ Gómez de la Torre, V., Ob. Cit., p. 81.

⁸¹ Loc. cit., p. 83.

Se ha planteado que es objeto del presente estudio la denominada gestación de sustitución por la vía de la declaración de voluntad que le da vida jurídica a un acto jurídico (no es negocio jurídico, ni mucho menos contrato), esto es en relación a la pareja comitente, quienes desean ser padres, amparados en la voluntad procreacional, bajo la colaboración de una mujer, quien aportará el proceso de gestación, y bajo tales circunstancias resulta imperioso efectuar un estudio de los requisitos básicos reguladores de tal acto jurídico.

Manuel Bejarano Sánchez, en cuanto a la expresión de voluntad agrega: “*La declaración de voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico es su motor principal*”⁸². En los contratos dicha voluntad se llama consentimiento, se integra con las manifestaciones de voluntad de las partes quienes se conciertan.

En ese sentido, el consentimiento es el presupuesto indispensable para la práctica de la técnica reproductiva de gestación por sustitución. Es claro que se trata de un consentimiento consiente, otorgado por personas civilmente capaces, ausente de vicios en la declaración de voluntad, debe ser otorgado de manera libre, informado y por escrito, si llegare a regularse esta técnica, debe constar ese consentimiento en escritura pública, donde se exprese la voluntad procreacional.

El consentimiento en la gestación por sustitución debe ser otorgado por: la pareja de esposos, es decir la voluntad del marido y de su esposa, así como también de un tercero, en este caso, de la mujer gestante, quien prestará su consentimiento libre, consciente e informada de las consecuencias naturales y legales que dicha técnica conlleva.

Ferrando Mantovani, en la revista de derecho y genoma humano, señala que cualquier clase de intervención genética en el ser humano dentro de los límites

⁸² Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles. (México: Editorial Karla S.A., 3ª. edición, 1984), p. 55.

objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de los sujetos⁸³.

Por otro lado, el acto de prestarse al proceso de gestación por parte de la tercera interviniente, se considera debe ser gratuito, no puede ser objeto de compensación económica, pues el cuerpo humano carece de carácter lucrativo o comercial.

Ahora bien, la pareja de esposos en ejercicio de su derecho procreacional, deben ser cuidadosos en cumplir los controles médicos, que el proceso de gestación requiere, en ese sentido, el acuerdo plasmado por escrito debe contener la obligación de sufragar los costos prenatales y de nacimiento del niño.

Por tanto, ante la posibilidad de regular la técnica de gestación por sustitución, se mantiene la postura que se trata de un acto jurídico, cuyo efecto es originar la voluntad procreacional, más adelante, en otro capítulo se expone este nuevo tipo de filiación.

Por consiguiente, se define a la gestación por sustitución como: el acto jurídico mediante el cual una pareja de esposos declaran su voluntad procreacional por escrito de someterse a la técnica de reproducción humana asistida, acordando el esposo y la esposa ceder su espermatozoides y óvulo, para crear un embrión fecundado in vitro en una clínica especializada en reproducción asistida, acordando con una tercera persona, denominada mujer gestante, quien accede voluntariamente someterse al procedimiento médico respectivo, portando en su vientre el embrión fecundado, llevando a cabo el proceso de gestación de forma altruista, hasta la culminación del mismo entregando el niño a sus padres genéticos, sin recibir contraprestación alguna, mientras que la pareja de esposos se compromete a

⁸³ Mantovani, agrega en otro apartado: si los sujetos son capaces de entender y querer, siempre que se trate de los supuestos en que la fecundación in vitro esté considerada lícita. Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados. Revista de derecho y genoma humano (España: Ed. Española, de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1994), p. 108.

sufragar los gastos que origine el proceso de gestación hasta el nacimiento de su hijo.

En definitiva, el acuerdo de gestación por sustitución sea comercial o altruista –expone Eleonora Lamm –, no es un acuerdo sobre la venta o compra de derechos parentales. No implica el tratamiento de los derechos parentales como derechos de propiedad⁸⁴.

La aplicación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida, da vida a la voluntad procreacional, dada la intención y voluntad de querer ser padres, originando así un acto jurídico de declaración de voluntad, ajeno a una connotación de tipo contractual que comercialice a un nuevo ser.

⁸⁴ Lamm, E., Op. Cit., p. 274.

CAPÍTULO V

DERECHOS INVOLUCRADOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN - A FUNDAR UNA FAMILIA, A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y A LA NO DISCRIMINACIÓN-

5.1 Derecho a la familia

El derecho a procrear también ha sido encuadrado dentro del derecho a fundar una familia. El derecho a fundar una familia permite proteger los intereses que tienen todas las personas en la vida familiar incluyendo su derecho a procrear, criar y educar a sus hijos. Si uno de los miembros de la pareja es infértil o no puede procrear, no puede invocar su derecho a la reproducción cuando carece de tal reproducción natural, pero sí alegar su derecho e interés en constituir una familia.

Este análisis es importante, pues la persona con capacidad reproductiva, sí puede fundamentar su derecho a la procreación, mientras que la persona infértil o estéril, puede invocar su derecho en constituir una familia. En relación a la gestación por sustitución, si la cónyuge no aporta su carga genética contenida en sus óvulos –ya sea por un problema biológico o porque así lo decide-, no es posible hacer referencia a una reproducción, la mujer no puede invocar el ejercicio de sus derechos reproductivos al desear un hijo que no posea su carga genética, aunque exista ese deseo de tener un hijo –voluntad procreacional- se carece de la posibilidad de tener descendencia, a *contrario sensu*, si la mujer ovula pero le es imposible llevar a término un embarazo, sí puede invocar su derecho a la reproducción.

Este modo de fundamentar el derecho a procrear, defiende el libre acceso de todas las personas a la procreación –sea natural o por técnicas artificiales-; desde este punto de vista, el derecho a fundar una familia también permite proteger los intereses de aquel miembro de la pareja que sí es capaz de procrear.

Xavier Hurtado, expone que la esterilidad o infertilidad, es la incapacidad para procrear en forma natural mediante el acto sexual de la pareja y constituye un problema psicológico, moral y social para quienes la padecen, porque tener descendencia propia es una aspiración innata en el ser humano; la sociedad espera que cada nueva pareja inicie una familia distinta de aquella de la que provinieron, estar impedida para cumplir esa aspiración genera inquietud y frustración.⁸⁵

Incluso, desde hace tiempo en el derecho sucesorio, se justifica la aspiración del individuo en darse a su prole, pues al no quedar herederos o descendientes los bienes y todo el patrimonio caerían en posesión de terceros.

Para Claudia Morán Morales, el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida ha permitido que las parejas infértiles puedan llegar a convertirse en progenitores, mediante el empleo de su propio material genético o el de terceras personas. De igual forma también se utilizan estas técnicas con el fin de disminuir o evitar el riesgo de transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias; así también como medio de satisfacer el ideal de paternidad o maternidad de aquellas personas que no comparten ni desean compartir su vida con una pareja⁸⁶.

Se aprecia, en el comentario de Morán Morales un criterio amplio de aplicación de las técnicas de reproducción asistida a parejas y personas solteras, quienes no renuncian a su deseo de maternidad o paternidad. El profesor jesuita Gafo, se opone a la práctica de estas técnicas en personas solteras, “toda vez que es éticamente deseable que todo niño venga al mundo y se críe en una familia plena, en la que haya un hombre que es su padre y una mujer que es su madre”.⁸⁷

En doctrina, suelen emplearse como sinónimos las denominaciones:

⁸⁵ Hurtado, O., Op. Cit., p. 9.

⁸⁶ Morán Morales de Vicenzi, Claudia Cecilia. El concepto de filiación en la fecundación artificial (Perú: Colección jurídica Universidad de Piura, 1ª. Edición, 2005), p. 161.

⁸⁷ Op. Cit., Pág. 67.

- Derecho a procrear,
- Derecho a ser padres,
- Derecho a reproducirse,
- Derecho a tener hijos.

Se encuentran diversas posturas de tratadistas quienes defienden el derecho a procrear o mantener la prole, ya sea por medios naturales o por medio de la utilización de técnicas reproductivas.

María de Montserrat Pérez, citando a Yolanda Gómez Sánchez en una publicación electrónica de la biblioteca jurídica de la Universidad Autónoma de México (UNAM), afirma: “el derecho a la reproducción o procreación tiene su fundamento en el valor libertad, en la dignidad de la persona humana, en el reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales, en el derecho que tiene a su desarrollo integral, en el derecho a su intimidad, entendido como el respeto a su vida privada, como la capacidad de la persona a decidir de forma autónoma y sin interferencia aquello que afecte su vida y su ámbito familiar en el derecho a fundar una familia”.⁸⁸

El derecho a fundar una familia se ampara en los siguientes aspectos:

- a) El derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espacio de tiempo entre sus hijos.
- b) El derecho de acceder a la información y educación sobre planificación familiar.
- c) El derecho de acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la infertilidad, incluidas las técnicas de reproducción asistida.

Por su parte el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

⁸⁸ Monserrat P., consultado el 2 de diciembre de 2014. (En línea). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/9.pdf>

Eleonora Lamm, afirma: *en España existe una corriente doctrinal, que sostiene que las personas tienen un verdadero derecho a la reproducción con fundamento constitucional. Este derecho fundamental a la reproducción estaría basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y en la dignidad de la persona – en este caso de los comitentes – como expresión del reconocimiento de sus derechos y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1º Constitución Española). Por tanto, el derecho a la reproducción, como derecho fundamental es un derecho que posee la persona por el hecho mismo de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad; derecho que le es inherente, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, ha de ser consagrado y garantizado por ésta.*⁸⁹

El derecho a la constitución de una familia se ampara en normativa internacional, consagrándose en Declaraciones, Convenios y Pactos Internacionales, como: **I) La Declaración Universal de los Derechos Humanos** (Asamblea General de las Naciones Unidas del 10/12/48), en su artículo 16 párrafo primero, establece: “Los hombres y mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia...”; **II) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en su artículo 23, consigna: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tiene edad para ello”; **III) La Convención Americana sobre Derechos Humanos**, en el artículo 17, párrafo segundo, preceptúa: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas...”.

De la lectura de estos tres artículos se concluye que en estas declaraciones internacionales se establece y reconoce el derecho a fundar una familia en el que se comprende implícitamente –pero no de forma obligatoria –la función de procrear.

⁸⁹ Lamm, E., Op. Cit., p. 69.

Es por ello, que reconocer el derecho a fundar una familia, supone también que ésta pueda ejercer sus derechos reproductivos -procrear de forma natural o en su defecto mediante la utilización de técnicas reproductivas, pues de esa manera se garantiza la generación de hijos, la constitución y el mantenimiento de una familia, por consiguiente, negar el acceso a técnicas de reproducción asistida, sería establecer una forma de discriminación no amparada en textos internacionales, ni constitucionales, como se verá más adelante.

La ciencia en aplicación a la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida, tiene como objetivo ayudar a hacer posible uno de los derechos naturales, que es legalmente amparado y no condenado: el derecho a constituir una familia.

5.2 Del derecho a la salud sexual y reproductiva

Se puede ubicar a las usuarias de la técnica reproductiva de gestación por sustitución dentro de un contexto de salud sexual y reproductiva. La Organización Mundial de la Salud (OMS) explica la definición de salud: es un estado completo de bienestar físico, mental y social y no la mera ausencia de enfermedad o dolencias. Así también, La Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, en Beijing en 1995, adopta un concepto integral de salud sexual y reproductiva.

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el

derecho del hombre y la mujer a obtener información de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos”.⁹⁰

Anteriormente, se expuso el derecho a la procreación como expresión de la libertad personal, en relación con la función procreativa, es decir, la persona infértil es libre de recurrir a otras técnicas reproductivas; ahora bien, para encajar la salud sexual y reproductiva en el marco del derecho a la procreación y a no ser discriminado, es preciso detenerse en una discusión fundamental: ¿cómo se valora y se conceptualiza la infertilidad?, la publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en el año 2008, relacionada a la reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina, refiere:

Una primera cuestión, a tener en cuenta es que la conceptualización realizada de la infertilidad va más allá de un mero juego teórico con palabras y tiene un fuerte impacto en la realidad. Respecto de las definiciones de los problemas reproductivos, muchos centros prefieren utilizar los términos de “infertilidad” o “infecundidad” más que “esterilidad” porque este último, sostiene, deja entrever cierta cristalización de un estado de cosas que gracias a las nuevas técnicas de reproducción asistida, puede ser revertido. En ciertas ocasiones, suele definirse a la “esterilidad” como el no logro del embarazo y a la “infertilidad” como la imposibilidad de sostener y llevar a término un embarazo⁹¹.

La Organización Mundial de la Salud, ha definido la infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo, entendida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”. La infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la

⁹⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Los derechos reproductivos son derechos humanos. San José, C.R. 2008, página 22. Consultado el 2 de diciembre de 2014. (En línea) recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>

⁹¹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. San José, C.R., 2008, p. 16.

salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, genera angustia, depresión, aislamiento y debilita los lazos familiares.

Paula Siverino-Bavio, en la publicación electrónica Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú, expone: “una investigación en el medio peruano deduce que habría motivos suficientes para considerar a la infertilidad no solo como una enfermedad, sino que debería ser entendida como problema de salud pública. Así mismo, análisis y estadísticas actuales han llevado a sostener que la infertilidad, es una dolencia cuya tasa de prevalencia e incidencia creciente la han vuelto un problema de salud pública, especialmente en Europa y paulatinamente en algunos países de América Central y Latina. En Argentina se ha ido perfilando una jurisprudencia que no solo ha considerado a la infertilidad una dolencia, sino que entiende que, dada la protección constitucional de la salud, el derecho a formar una familia y hasta la protección, del interés superior del niño, los tratamientos respectivos deben ser cubiertos en su totalidad o casi en su totalidad por los servicios de medicina prepagados y las obras sociales o mutuales, pese a que el Plan médico obligatorio no incluye a la fertilización asistida. *La justicia ha entendido que la infertilidad es una enfermedad y, más específicamente, una discapacidad*⁹².

En tal sentido, la persona – hombre o mujer – que adolece de infertilidad o esterilidad es incapaz de tener hijos, padeciendo de una incapacidad reproductiva.

Cabe mencionar lo establecido en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Mientras que el artículo 25.1 preceptúa: “Los Estados partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a

⁹² Siverino Bavio, P., Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. (Consultado el 25 de noviembre de 2014. (En línea). Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S2304-51322012000300009&script=sci_arttext

gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población”.

En la declaración rendida por el perito Anthony Caruso en la audiencia pública celebrada en el caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifestó: *“solo se puede hablar de la infertilidad como discapacidad en determinadas condiciones y supuestos, y por tanto sólo en casos específicos”*. Mientras que el perito Paul Hunt, manifestó en la misma causa que: *“la infertilidad involuntaria es una discapacidad”*⁹³. Por consiguiente, por estas razones y por las expuestas en la Convención mencionada, es que se considera a la infertilidad no solo como una discapacidad, sino también como un problema de salud pública.

El ejercicio de los derechos reproductivos garantiza que se respete y se promueva el derecho de la mujer y del hombre unidos en matrimonio, a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la no discriminación, eliminando cualquier límite que socave la voluntad de procrear en la mujer y constituir la familia que consideren libre y responsablemente.

5.3 Del derecho a la igualdad y a la no discriminación

La especialista Alda Facio, en una publicación electrónica del foro temático organizado por el Centro de Investigaciones de la Mujer de la Universidad de Costa

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y Otros “fecundación in vitro” Vs. Costa Rica. Ambas declaraciones periciales constan en el tomo VI, folio 2650. Consultado el 01 de Dic. 2014. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Rica, en relación a los derechos sexuales y reproductivos, expone: “El derecho a la igualdad no es que todo el mundo sea tratado exactamente igual, el derecho a la igualdad exige trato diferenciado, con diferentes personas que estén en diferentes situaciones, por consiguiente, entre mujeres y hombres en el campo de la salud sexual y reproductiva hay más diferencias que en cualquier otro campo. Ahí están las diferencias sexuales y ya no solo de género, están las diferencias biológicas, físicas, psicosomáticas, entre otras. Entonces aquí es donde se requiere de un trato diferenciado, políticas diferenciadas, y se viola este derecho de igualdad cuando no hay políticas diferenciadas. En tal sentido, se trata de una violación al derecho a la igualdad en la esfera de la salud reproductiva”.

Facio, continúa manifestando que el derecho a la igualdad es uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos, sin el derecho a la igualdad, los derechos humanos, no tendrían razón de ser. Ejemplo: el derecho a la salud sexual y reproductiva es un derecho humano, pero si se comienza a hacer distinciones, en que determinadas personas – jóvenes, negros o discapacitados- , no los pueden gozar, entonces para qué tener derechos humanos?. No se puede hacer distinciones, en el goce de los derechos, pero para que se gocen hay que hacer distinciones⁹⁴.

Facio, sustenta la necesidad de eliminar todo tipo de discriminación en el área de la salud lo cual implica la eliminación de las barreras que impiden un verdadero servicio en el área de la salud sexual y reproductiva en la mujer, resaltando la definición de discriminación contenida en el Artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW): “...es toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento al ejercicio por la mujer independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la

⁹⁴ FACIO, A., Consultado el 10 de julio de 2015. (En línea). Disponible en: http://www.radiofeminista.net/junio05/notas/alda_facio.htm

mujer de los derechos humanos fundamentales y las libertades en la esfera política, económica, social, cultural y civil, o cualquier otra esfera”.

El ejercicio de la no discriminación en materia de salud reproductiva, se debe garantizar al igual que quienes tienen una buena salud reproductiva y constituyen una familia también, las personas que padecen de discapacidad reproductiva, tienen el derecho sin discriminación alguna de optar en condiciones de igualdad a tratamientos o técnicas reproductivas, en su propósito de tener descendencia y así fundar una familia.

Otro sector de la doctrina, argumentada por las autoras Aída Kemelmajer de carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm, complementan que aparte de la pareja heterosexual también debe incluirse a los homosexuales, quienes en iguales condiciones pueden ser usuarios de técnicas reproductivas. En países que permiten el matrimonio de las parejas del mismo sexo, la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de uno sólo de ellos); conforme el principio de igualdad (el mismo que constituyó el pilar del reconocimiento legal de dichas uniones), si un matrimonio de lesbianas puede generar vínculos filiativos a través de la inseminación artificial heteróloga, ese derecho también debe ser conferido a una pareja de varones⁹⁵.

5.4 El Derecho a la Familia y su protección en la Constitución Política de la República de Guatemala

El Estado de Guatemala asume la regulación de la familia en el apartado de los derechos sociales, entendida como una protección y una exigencia del Estado al implicar la identificación del sujeto a proteger, especialmente cuando se trata de establecer un sistema asistencial, tal como expone la tratadista Encarna Roca Trías,

⁹⁵Caramelo, Gustavo, y Picasso, Sebastián. Revista de Derecho Privado. Bioderecho. (Argentina: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012). Disponible en: http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/2012RevistaInfojusFinal.pdf p. 38.

quien afirma que las normas de derecho de Familia no constituyen una intrusión en los exclusivos intereses particulares, sino que son un sistema de apoyo a sus necesidades⁹⁶.

El Estado está obligado a: i) promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo sean reales y efectivas; y ii) asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Según Roca Trías, se refiere a la libertad y a la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, es decir, siendo la familia un grupo en el que el individuo forma parte, tiene un tratamiento constitucional especial, por sus finalidades de servir de puente para la integración de las personas en la sociedad. Roca Trías, concluye que “los poderes públicos asumen la protección del grupo familiar, porque dentro de este grupo se cumplen unas funciones sociales. Pero que la protección no tiene como sujeto al grupo familiar como tal sino en tanto que permite a los respectivos individuos que lo forman obtener la satisfacción de sus derechos”⁹⁷.

John Eekelaar, razona sobre las bases de la regulación de la familia, estudiando la evolución que se ha producido en Inglaterra sobre divorcio y sus consecuencias y sobre protección de menores y llega a la conclusión de que el sistema actual está basado en los derechos de los individuos. La intervención del Estado tiene dos finalidades: una para evitar las arbitrariedades que podrían derivar del reconocimiento de poderes amplios e incontrolados de los padres sobre sus hijos menores; la segunda, para edificar un sistema de derechos básicos que permitan a los ciudadanos interponer acciones positivas basadas en hacer valer sus derechos.

La Constitución Política de la República de Guatemala centra su atención en la familia desde su preámbulo que inicia invocando el nombre de Dios, al reconocer a la familia como *génesis primario y fundamental de los valores espirituales y*

⁹⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída (coordinadora). El derecho de familia y los nuevos paradigmas (Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, tomo 3, 1999), p. 67.

⁹⁷ Kemelmajer, Op. Cit., p. 71.

morales de la sociedad[...];⁹⁸ sin embargo, este aspecto no constituye una norma como tal y es hasta el apartado de los derechos humanos sociales que se destina la sección primera a la Familia al establecer el Artículo 47: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

Cabe preguntarse: ¿El artículo 47 sólo reconoce a la familia fundada sobre la base legal del matrimonio? normalmente el Estado reconoce en forma expresa a la familia en cuanto se encuentra fundada en el matrimonio, sin embargo, también reconoce a la unión de hecho cuando se presenta como una comunidad estable, afectiva, notoriamente social y equiparable al matrimonio. Además, la familia también puede generarse por la procreación, puede un hombre, puede una mujer, cada uno por su cuenta tener descendencia; descendencia consanguínea o bien descendencia civil (adopción), pueden formar familias monoparentales⁹⁹ o puede existir, lo que en doctrina se denomina, familias ensambladas o familias reconstituidas¹⁰⁰; por lo que, atendiendo a la familia como génesis primario de la sociedad, su protección constitucional se refiere a toda familia, independientemente, si está o no fundada en el vínculo del matrimonio.

La protección de la familia incluye implícitamente aunque no de manera imprescindible, la función procreativa como un derecho inherente de la libertad y

⁹⁸ Constitución Política de la República de Guatemala, 1985

⁹⁹ En sentido estricto, debería hablarse de núcleo familiar monoparental, es decir, del conjunto formado por un progenitor (madre o padre) y uno o varios hijos. Este núcleo puede constituir por sí sólo una familia independiente (familia nuclear monoparental), o puede convivir con otras personas emparentadas. Por ejemplo, una madre (sin pareja) con dos hijos que viva con sus padres constituye un núcleo monoparental en una familia más amplia. Consultado el 20 de julio de 2015. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Familia_monoparental

¹⁰⁰ También llamada **familia mixta**, es una familia en la cual uno o ambos miembros de la actual pareja tiene uno o varios hijos de uniones anteriores. Dentro de esta categoría entran tanto las segundas parejas de viudos como de divorciados y de madres solteras. Cuando comenzaron las investigaciones sobre el tema, después de la segunda guerra mundial, la mayor parte de estos casos la conformaban los viudos de guerra. Consultado el 20 de julio de 2015. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Familia_ensamblada.

dignidad de la persona, siempre que su ejercicio se realice dentro del matrimonio o de unión de hecho estable, pues formar una familia supone la construcción de un proyecto de vida que apunta hacia la continuidad del grupo familiar por medio de la descendencia.

Para Gómez Sánchez, citada por Ana Marrades Puig, la fundamentación del derecho a la reproducción humana está: en la dignidad de la persona, en el libre desarrollo de su personalidad, en la libertad, en el derecho a la intimidad personal y familiar, en el derecho al matrimonio, en la protección de la familia y en el derecho a fundar una familia; pero el verdadero fundamento se halla en el derecho a la libertad personal, la autora entiende que el reconocimiento constitucional de la libertad tiene un valor jurídico directo y se traduce en la resuelta afirmación de que, si el ordenamiento jurídico no define expresamente los límites de la libertad humana en determinado ámbito, el sujeto puede actuar en él con plena autonomía. De ese modo, deduce la autora, el problema del derecho a la reproducción como derecho de autodeterminación física es un problema de libertad. En primer lugar, porque supone una opción vivencial de especial trascendencia que vincula muy directamente la libertad física por el cúmulo de derechos y obligaciones y que deriva de la procreación; en segundo lugar, porque las restricciones en su caso, no derivarían del cumplimiento de una pena, sino al contrario, de un acto de libertad que debería hacerse compatible con la libertad de los demás y el respeto a la ley. En materia de reproducción asistida –apunta la autora-, el acto procreativo, además no deriva de la relación sexual, es en sí mismo y directamente un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto¹⁰¹.

De ese modo, según Gómez Sánchez, la reproducción como un derecho supone el ejercicio de la libertad, la autonomía y la autodeterminación de quienes desean ser padres, sea mediante una reproducción natural o en su defecto, artificial,

¹⁰¹ Marrades Puig, Ana I. Luces y sombras del derecho a la maternidad.(España: Editorial Maite Simon, edición Universidad de Valencia, 2002), p. 73.

que en ambos casos conlleva a la constitución de una familia, también consagrado como un derecho.

La Constitución Política de la República de Guatemala, basa las relaciones familiares sobre la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, y es el artículo 4 constitucional donde se establece la igualdad de las personas, con independencia de su estado civil. Para Roca Trías, significa que en aquellos casos en que se produce o puede producirse un conflicto entre el interés familiar y el individual, prevalece este último, siempre que pueda afirmarse que el interés tiene como base el ejercicio de un derecho fundamental. Si los intereses en juego no tienen categoría constitucional, prima entonces el interés de la familia. Porque en el sistema basado en derechos constitucionales la familia es una institución instrumental, cuya finalidad esencial es facilitar a sus miembros el ejercicio de los derechos fundamentales¹⁰².

Por otro lado, la intervención del poder estatal asegura la protección social, económica y jurídica de la familia, de acuerdo al Artículo 47 de la Carta Magna y esto sólo puede justificarse en un sistema de preponderancia de los derechos fundamentales de los individuos. De aquí se deduce una importante consecuencia: “los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzcan una lesión en los derechos fundamentales de alguno de ellos”¹⁰³. La intervención del Estado, en asuntos jurídicos se realiza a través de la intervención del Juez en los procesos de familia, garantizando el pleno disfrute de los derechos fundamentales, evitando la superioridad de uno de los miembros de la familia sobre los otros, u otro asunto de conflicto que altere la convivencia familiar.

Roca Trías, afirma que en ese sistema basado en la protección y consiguiente eficacia de los derechos fundamentales, el matrimonio y la familia

¹⁰² Kemelmajer, Op. Cit., p. 74.

¹⁰³ Ibíd., p 77.

como dos instituciones distintas pero ligadas entre sí, reciben protección constitucional en tanto que aseguran al individuo el armónico desarrollo de la personalidad y la garantía de los derechos y deberes de que es titular.¹⁰⁴

Ahora bien, en la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida para aquellas parejas que no pueden procrear de forma natural, el derecho constitucional fundamental a proteger para que puedan convertirse en padres, alcanzaría: el derecho a la libertad, a procrear y fundar una familia. Esta libertad se entiende como la facultad de decidir sin injerencia del Estado sobre el número de hijos y su espaciamiento, es decir, la Constitución reconoce esa libertad de procrear, en el artículo 47 siempre y cuando se realice dentro del matrimonio o de unión de hecho, esa libertad también implica, que ante la incapacidad de tener hijos puedan utilizar cualquier método de reproducción asistida que no esté prohibido por la ley y así lograr su propia descendencia en aras de fundar una familia.

En relación a la gestación por sustitución, quienes pueden utilizarla es la pareja unida en matrimonio o en unión de hecho, como padres genéticos que estarían haciendo efectivo su derecho a reproducirse, en cambio, ha quedado establecido que si la mujer no aporta su óvulo, no puede alegar su derecho reproductivo porque carece de la posibilidad biológica para reproducirse; la decisión de la pareja en acceder a esta técnica reproductiva es una decisión de carácter privada como cualquier opción reproductiva, pero es necesario que el Estado establezca un marco jurídico que elimine cualquier límite a la voluntad de procrear de la pareja unida en matrimonio o en unión de hecho y puedan constituir la familia que consideren libre y responsablemente.

En Guatemala funcionan clínicas privadas de fecundidad que practican técnicas de reproducción humana asistida, sin que exista una intervención por parte del Estado, que establezca las condiciones técnicas, las exigencias de idoneidad y capacidad de los médicos quienes prestan sus servicios, dado el impacto social y

¹⁰⁴ Ob. Cit., p. 74.

científico que tienen estas técnicas; promoviendo con esta omisión un funcionamiento clandestino confiado al consultorio de un médico quien controla estas técnicas sin sustento legal.

5.5 Contenido y aspectos de la libertad de procrear en otras legislaciones

5.5.1 El derecho a la reproducción en el derecho anglosajón

En los países del *common law*, según Morán de Vicenzi, “la jurisprudencia y la doctrina han dispensado gran importancia al tema del derecho a la reproducción (*right to reproduce*), muy en especial, en los Estados Unidos de Norte América, país en el que el derecho a procrear ha tenido un gran desarrollo en los últimos años.

Méndez Baiges (2006), en una publicación electrónica, afirma: la jurisprudencia norteamericana reconoce la categoría de derecho fundamental del *right to reproduce* como expresión del *right to personal privacy* y de la libertad personal, aunque la Corte Suprema estadounidense no ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera expresa sobre el contenido y los titulares de este derecho. La fundamentación *right to reproduce*, sustentada en el derecho anglosajón, ha dado origen a una importante corriente doctrinal que defiende la existencia de una nueva concepción de los vínculos paternales basados en el afecto y en el deseo de tener descendencia, lo cual permite explicar la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de quienes recurren a la fecundación asistida, en referencia a los padres intencionales¹⁰⁵.

5.5.1.1 El derecho a procrear en el ordenamiento español

En España se encuentra vigente la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida y la ley 14/2007, de 3 de julio, sobre investigación biométrica. Dichas leyes cuentan con una amplia aceptación social, y no fueron objeto de gran debate social y político más allá de los círculos de expertos.

¹⁰⁵ Méndez Baiges, Víctor Revista de bioética y derecho Consultado el 29 de noviembre de 2014. (En línea). Disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD6_ArtMendez.pdf

Es incuestionable el hecho de que las técnicas de reproducción asistida son un avance científico que da respuesta a las demandas de un hijo/a genético o no, de muchas parejas que no consiguen tener descendencia y además la Ley 14/2006, garantiza una tutela a la autonomía procreativa de hombres y mujeres, para que puedan hacer efectivo su derecho a la reproducción gracias a los avances médico científicos (Igareda, G. Noelia, 2011:269).

Mientras que la Ley 14/2007, de 3 de julio, relacionada a la investigación biomédica, garantiza el cumplimiento “con el mandato recogido en el artículo 44.2 de la Constitución Española, que encomienda a los poderes públicos la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general” (Exposición de Motivos de la ley).

Todos los esfuerzos doctrinales por fundamentar la existencia de un derecho a la reproducción amparado el ordenamiento jurídico español, contrastan con el poco interés que despierta el debate acerca de la existencia de un derecho a la maternidad o un derecho a la paternidad. El derecho a la reproducción es un planteamiento que nace para legitimar las posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción asistida y además, ahonda en la fundamentación de una autonomía procreativa en positivo, la posibilidad de tener hijos/as como un valor digno de tutela legal en la sociedad. Es además un auténtico derecho de titularidad individual, pero tanto aplicable a los hombres como a las mujeres.

CAPÍTULO VI

LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

6.1 Aspectos relevantes

Las consecuencias jurídicas que se derivan de los avances científicos en el campo de la reproducción humana, son variadas, al punto que hoy en día la medicina y sus aplicaciones científicas están avanzando de una manera más rápida que la ciencia jurídica, especialmente en los países latinoamericanos, donde los científicos han alcanzado niveles de investigación y práctica sorprendentes, mientras que el tema desde el punto de vista jurídico se ha venido quedando al margen de toda regulación, salvo algunos artículos en materia de derecho penal, que tipifican delitos de trascendencia en la vida familiar y por ende de la composición social. Esta situación es notable en el Código Penal de Guatemala, al tipificarse los delitos de inseminación en el capítulo séptimo, del título cuarto contenidos en el libro segundo parte especial, haciendo notable que la reglamentación legislativa sobre las técnicas de reproducción humana asistida y filiación en el Derecho de Familia, han tenido un desarrollo inverso, ya que primero se promulgaron las sanciones penales¹⁰⁶ para este tipo de prácticas, sin haberse dictado normas de carácter civil relativas a las técnicas de reproducción humana asistida, a fin de establecer su contenido, alcances y límites, para después establecer los delitos y penas relacionados a la aplicación de estas técnicas.

Este capítulo analiza como las técnicas de reproducción asistida, sin excluir a la gestación por sustitución, han originado cambios en la normativa de filiación en algunos países, dado que amplían las nociones tradicionales de paternidad y maternidad, así como también la del parto, dando lugar a un nuevo tipo de filiación querida o consentida fundamentada en la voluntad procreacional. Al finalizar este apartado se estudia la situación de la gestación por sustitución en Guatemala

¹⁰⁶ Artículos 225 “A”, 225 “B” y 225 “C” del Código Penal, Decreto 1773, del Congreso de la República de Guatemala.

aplicándose diversas teorías científicas del Derecho, analizándose desde dos perspectivas: la primera, ante un caso en particular y la segunda, ante una posible regulación.

6.2 La filiación y reproducción humana asistida

La filiación, es el lazo que une un hijo a su madre (filiación materna) o a su padre (filiación paterna). Tal vínculo “es el lazo biológico, pero también es un lazo afectivo y no adquiere un rango jurídico si no es probado; la filiación es, entonces, el lazo natural de unión que ata un hijo a sus dos progenitores; dicho lazo de unión, como hecho jurídico, produce efectos jurídicos más o menos numerosos según la naturaleza de la unión de la cual resulta”¹⁰⁷.

Es el vínculo jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico. La filiación es la relación inmediata del padre y/o la madre respecto de su hijo. Cuando la filiación se considera por parte del padre o la madre, toma los nombres de paternidad o maternidad.

En la legislación civil guatemalteca las formas de determinación de la filiación toman su base en la filiación por naturaleza “sea matrimonial o extramatrimonial y las presunciones, descansando sobre el sustrato biológico: un niño es hijo de la madre que lo pare (Art. 210 del Código Civil), del padre que lo ha engendrado en matrimonio (Art. 199 del Código Civil), de aquél que lo reconoce como tal fuera del matrimonio, por testamento e incluso de aquél cuya paternidad es declarada en juicio¹⁰⁸. En todos los casos, las personas establecidas como progenitores son realmente quienes han procreado o al menos existe la posibilidad fáctica de que

¹⁰⁷ Ochoa G., Oscar E. Derecho Civil I: Personas. (Venezuela: Universidad Católica Andres Bello. Editorial Texto Caracas, 1ª. Edición, 2006), p. 307.

¹⁰⁸ Arts. 210 y 211 del Código Civil, Decreto Ley 106.

“por naturaleza” así haya sucedido. Por consiguiente, la filiación derivada de las técnicas reproductivas en especial – como se introduce en este capítulo - de la gestación por sustitución, introduce un concepto sustancialmente distinto que va más allá de lo biológico.

Las TERAS, permiten superar la infertilidad de quienes anhelan ser padres, por medio de la utilización de técnicas como la inseminación artificial, fertilización in vitro, homóloga o heteróloga y la gestación por sustitución, que implican la posibilidad de ser padres, no por medios naturales o ficticios, sino por un tercer tipo filial, este es, el de la voluntad procreacional.

La voluntad procreacional, se define como la voluntad informada y libremente expresada por aquellos individuos que acceden a las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) y deciden ser padres con independencia del vínculo biológico (natural). De modo que la realidad biológica puede o no coincidir con quienes son los padres del menor, dependiendo de la utilización de las técnicas: heteróloga u homóloga. Estas circunstancias no contempladas en nuestro Código Civil, conllevan que al momento en que personas que utilicen algunas técnicas reproductivas con gametos que no pertenezcan a su pareja, quedan encuadrados dentro de ese sistema legal, peor aún si se trata de gestación por sustitución, en que se propone un marco legal y que pueda ser utilizada únicamente con gametos de la pareja.

6.3 Clases de filiación

a) Filiación biológica o por naturaleza

Se refiere al hecho natural causado por la reproducción humana, en este contexto, todo humano tiene una filiación, ya que toda persona es hijo de alguien.

La filiación por naturaleza está presidida por ciertas máximas (madre siempre cierta es), por presunciones iuris tantum (de paternidad por parte del marido de la

madre), por la prevalencia del dato genético, elemento determinante. La normativa que la rige está fundada en la relación sexual, al igual que las nociones de embarazo, plazo, parto, entre otros¹⁰⁹.

Aída Kemelmajer de carlucci, en la revista de Derecho Privado, menciona que esta filiación conceptualizada desde Roma hasta hoy, ha sufrido un gran impacto: por el nacimiento de niños nacidos por los avances de la ciencia médica. Las TERAS han permitido separar la reproducción humana de la sexualidad; la reproducción es posible sin contacto sexual y quien aporta el elemento genético, puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. En otras palabras, lo biológico no comprende siempre lo genético, ni lo genético comprende siempre lo biológico.¹¹⁰

b) Filiación por adopción

Se enmarca dentro de la filiación jurídica o legal por la cual una persona o una pareja matrimonial deciden adoptar a una persona para constituir la en hijo, con los mismos derechos y obligaciones que resultan jurídicamente de la paternidad.

c) Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida

Eleonora Lamm, sostiene que: “al aplicar las técnicas de reproducción asistida, se conjugan un elemento genético y volitivo, en la filiación por naturaleza se conjuga un elemento puramente biológico y tiende a existir conflicto entre lo biológico y lo volitivo, en la filiación derivada de las TERAS, el conflicto es entre lo genético y lo volitivo. Ahora bien, lo biológico importa un plus respecto de lo genético y como lo genético carece de ese plus adquiere más importancia y relevancia lo volitivo. En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia

¹⁰⁹ La máxima del derecho romano “*Mater Semper certa est*”, se disoció cuando la ciencia posibilitó que la mujer que lleva a cabo la gestación y el parto sea diferente a quien aportó los óvulos con los que el embrión se creó (Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, Revista de Derecho Privado, “2012:7”).

¹¹⁰ Caramelo, Gustavo, y Picasso, Sebastián. Loc. Cit., p. 7

superlativa en la filiación derivada de las TERAS, de modo que cuando en una misma persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética¹¹¹.

Las técnicas de reproducción asistida, han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo. Si bien, estas técnicas y en especial la gestación por sustitución se utilizan por aquellas parejas que no renuncian a tener un hijo “genéticamente propio”, no es el elemento genético el que determina la filiación, sino el volitivo, se trata pues, de una filiación que se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado.

La filiación biológica o por naturaleza, pierde su fuerza frente a la voluntad y el afecto, la paternidad y maternidad corresponde a aquellos que la desearon. El régimen paterno filial para las técnicas reproductivas se parece al de la adopción, ambas se sustentan en la voluntad y no en el aspecto biológico, de esta manera puede decirse, surge un tercer tipo de filiación que podría denominarse: filiación civil, sustentada en la voluntad procreacional, aparte de la filiación por naturaleza, sustentada en el dato biológico y la adoptiva, sustentada en la adopción.

A continuación se exponen las diferencias analizadas por Eleonora Lamm en la revista electrónica de bioética y derecho:

- **Diferencia con la filiación por naturaleza**

La filiación derivada de las TERAS, se diferencia de la filiación por naturaleza porque en la primera no media acto sexual en la procreación; por lo que a diferencia de la filiación por naturaleza, la filiación derivada de las TERAS no se determina por la procreación natural, no deriva de ella.

¹¹¹ Lamm, Eleonora. Revista de bioética y derecho. Importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Consultado el 2 de enero 2015. En línea. Disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm

En segundo lugar, porque en la filiación derivada de las TERAS, no siempre (en el caso de inseminación heteróloga), el elemento genético es aportado por la misma persona que aporta el elemento volitivo.

Las dos diferencias anteriores conducen a una tercera: mientras en la filiación por naturaleza el vínculo se funda en el elemento biológico (que comprende el genético), en la filiación derivada de las TERAS el vínculo se funda en el elemento volitivo; lo que a su vez hace que sea diferente su determinación y el régimen de impugnación.

Mientras que en la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico, es lo que la habilita; en la filiación derivada de la aplicación de técnicas reproductivas no es la falta de vínculo biológico – que en realidad es genético – lo que habilita la impugnación, sino la falta del elemento volitivo. El régimen de impugnación se funda en el elemento volitivo lo que significa que, independientemente del vínculo biológico y/o genético, el que consintió no puede impugnar o sólo puede impugnar quien no consintió.

Esta distinción es importante porque cuando las técnicas de reproducción asistida son heterólogas, siempre falta el vínculo genético, por lo que, ante las posibles impugnaciones que podrían plantearse por la falta del elemento genético, tiene que quedar claro y establecido legalmente que si se consintió no se puede impugnar.

- **Diferencia de la filiación por adopción**

La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida se diferencia de la filiación por adopción porque, en esta última, siempre falta el vínculo genético entre los padres y el niño, situación que no siempre se presenta en la filiación derivada de las TERAS (cuando son homólogas). De allí la preferencia por la filiación derivada de estas técnicas reproductivas, en virtud de que estas permiten

“el hijo genéticamente propio”, es decir, que al menos uno de los que recurren a las técnicas –o el que recurre, si es una sola persona – esté genéticamente vinculado con el niño.

Se asemejan porque en ambos supuestos el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque esa voluntad que, como se vio, en la filiación derivada de las TERAS debe ser manifestada a través de los consentimientos requeridos legalmente, debe prestarse con carácter previo al nacimiento. consecuentemente, mientras en la filiación derivada de las TERAS el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad; en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo.

6.4 La voluntad procreacional como filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida

Philippe Malaurie, citado por Aída Kemelmajer, afirma que en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (verdadero padre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de voluntad individual (para ser padre o madre es necesario quererlo); la del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo) ¹¹².

Kemelmajer, en la Revista de Derecho Privado, menciona que antes de la aparición de las técnicas de reproducción asistida, sólo existía la procreación por medios naturales a través del coito. Quien dejaba embarazada a la mujer era necesariamente el mismo que aportaba el material genético; además, la mujer que gestaba el niño lo hacía con sus propios óvulos. Es decir, lo biológico comprendía

¹¹² Caramelo, G., y Picasso, S., Op. Cit., p. 19.

lo genético, siendo imposible disociarlos. En suma el “vínculo biológico” era el presupuesto de una serie de certezas¹¹³.

Hoy como consecuencia de las técnicas reproductivas, se presentan tres criterios perfectamente diferenciados que a su vez dan lugar a tres verdades: la genética, la biológica y la voluntaria. A continuación cada una de estas variables expuestas por Kemelmajer, que pueden presentarse en la filiación:

- a) Verdad genética: Lo relevante es haber aportado el material genético.
- b) Verdad biológica: El origen cuenta con un acto humano: alguien estuvo allí para producirlo y ese alguien está más allá de los genes. La verdad biológica importa un plus respecto de la verdad genética dado que irroga un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon.
- c) Verdad voluntaria o consentida: la paternidad y/o maternidad se determina por el elemento volitivo: la voluntad procreacional.

Cuando se recurre a técnicas de reproducción asistida, el aporte puede ser puramente genético. Como lo meramente genético carece del plus señalado para lo biológico, lo volitivo adquiere gran relevancia. En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa, de modo que cuando en una persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Francisco Rivero Hernández, citado por Kemelmajer, sostiene que el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca. Lo que nadie puede suplir es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no – excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola – y sólo de ella. El hijo nace por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. En consecuencia, la filiación

¹¹³ Loc. Cit. Pág. 20.

corresponde a quien desea ser “*parent*” (para utilizar una noción neutra), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental porque así lo ha consentido.¹¹⁴

La voluntad procreacional es el deseo de tener un hijo basado en el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisional y autónomo. Cuando la fuente de filiación proviene de la gestación por sustitución, el amor filial se configura como el elemento central.

Por los avances científicos en reproducción humana, la maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo genetista y/o biológico; por el contrario se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva, determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.

6.5 Tendencias en el derecho comparado en relación a la Gestación por Sustitución

El tratamiento legal de la gestación por sustitución dentro del derecho comparado ofrece tres enfoques: desde países que prohíben esta práctica, otros que la regulan en determinadas situaciones y los que la aceptan abiertamente. A continuación se exponen estos enfoques:

- a) Ilegal, como el caso de España, Francia, Portugal, China e Italia.
- b) Legal con ciertas condiciones, se encuentran los países que regulan la técnica bajo ciertos requisitos aceptándola de forma altruista: Canadá, México (Estado de Tabasco), Brasil, Bélgica, Reino Unido, Grecia, Australia, Holanda.
- c) Legal (de forma amplia con o sin compensación económica): Israel, India, Irán, Rumania, Ucrania, Rusia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y parte de los Estados Unidos¹¹⁵.

¹¹⁴ Loc. Cit., p. 21.

¹¹⁵ La Enciclopedia Virtual Wikipedia, expone que la gestación por sustitución es muy flexible en India desde el 2002 incluso en 2008 la Corte Suprema de la India en el caso de Manji sentenció que la gestación comercial estaba permitida. Convirtiéndose la India en el receptor de numerosos procesos

Para Eleonora Lamm, en la revista para el análisis del derecho en su versión electrónica¹¹⁶ expone que actualmente la tendencia en el derecho comparado es hacia la regulación y flexibilización. Tal el caso de países como: España, Reino Unido y Rusia, cuyas legislaciones tienen carácter prohibitivo y restrictivo, están flexibilizando su regulación.

En Rusia la gestación por sustitución consistía en la gestación de un niño genéticamente ajeno a la gestante para una pareja conyugal, de conformidad con la ley para la protección de la salud de los ciudadanos (Fundamentals of Legislation on Protection of Citizens' health), número 587-I de 1993, el art. 51 párr. 4.2 del Family Code, el art. 16 Párr. 5 de la Federal Law on the Acts of Registration of Civil Status de 1997. Es decir, en principio debía tratarse de un matrimonio. No obstante, en todos los casos presentados ante la justicia que se conocen, los juzgados han obligado a los órganos del Registro Civil a inscribir a los niños nacidos mediante gestación por sustitución a favor de personas solas o de parejas no casadas y esto ha sido admitido por la nueva ley federal de salud (Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' health num. 323 –FZ), aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993.

Los tribunales de New York también han reconocido la maternidad en los casos de gestación por sustitución sin necesidad de requerir un proceso de adopción (véase Doe v New York city Bd. Of Health, 5 Misc. 3d 424; Arredondo v Nodelman, 163, Misc 2d. 757). Véase lo resuelto por la Supreme Court of the State of New York, Appellate Division: Second Judicial Department in the case T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health, de 9 de agosto de 2011

de subrogación, sin embargo desde julio de 2013 una nueva directriz prohíbe la gestación subrogada a homosexuales, solteros extranjeros y parejas de países en los que esté prohibida esta práctica. Consultado el 10 de enero de 2015. Recuperado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Madre_de_alquiler#Espa.C3.B1a

¹¹⁶ Lamm, E. Gestación por sustitución realidad y derecho (Argentina: Revista para el análisis del derecho, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas) Consultado el 10 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.indret.com/es/index.php>

(D32071 Y/Kmb, 6557/09), que consideró: que se debía reconocer la maternidad de la comitente sin necesidad de acudir a la adopción y que tiene la autoridad para emitir una orden de la filiación materna. Que la discriminación entre las exigencias de una orden materna y paterna de filiación después del nacimiento no está justificada y que la validez del contrato de gestación por sustitución es irrelevante para la cuestión de la orden de filiación, ya que al tribunal no se le pide hacer cumplir ese contrato.

En Brasil, el 29 de enero de 2012 nació la primera niña inscrita como hija de dos padres. La gestante fue una prima de uno de ellos, que actuó de forma altruista, con óvulo donado y semen de uno de los padres. El Juez de 1ª. Vara de Familia de Recife, Clicério Bezzer, autorizó la inscripción. Se trata del mismo Juez que en agosto de 2011 autorizó el matrimonio de la pareja.

En España, la gestación por sustitución está prohibida y es nulo todo acuerdo (art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida); sin embargo, la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” de 5 de octubre de 2010, permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en los países que admiten esta técnica reproductiva, siempre que al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española. En base a esta normativa, puede decirse, que España a pesar de considerar nulo este tipo de técnica reproductiva, se acepta de forma restringida, siempre y cuando se halla llevado a cabo la gestación por sustitución en un país extranjero que regule esta práctica y que uno de los progenitores sea español, por esa razón Eleonora Lamm, expone que la tendencia en regular la gestación por sustitución en el derecho español se irá flexibilizando hasta lograr su legalización de forma amplia.

En noviembre de 2010, México aprueba la Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal, ley que ha quedado en suspenso porque no incluye a las parejas homosexuales; sin embargo, es legal en el Estado de tabasco.

6.6 Las técnicas de reproducción humana asistida y la filiación en el Código Civil de Guatemala

En el sistema actual de filiación, las formas de determinación de la misma es por naturaleza sea: matrimonial o extramatrimonial y las presunciones vigentes, descansan sobre el sustrato biológico: un niño es hijo de la madre que lo pare y del padre que lo ha engendrado en matrimonio, de aquel que lo reconoce como tal fuera de él, o de aquel cuya paternidad es probada en juicio. En todos los casos, las personas establecidas como progenitores son realmente quienes han procreado – o al menos existe la posibilidad fáctica de que “por naturaleza” así haya sucedido–. Se circunscribe la voluntad de los adultos a la participación del acto sexual-reproductivo que desencadena el proceso de gestación del hijo y este siempre tiene acción para establecer su verdadera identidad.

Ha quedado establecido que el Código Civil no regula expresamente la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida y sus consecuencias en la determinación de la filiación, sin embargo, es importante determinar un análisis en el supuesto caso en que sean aplicadas algunas técnicas al tenor de lo que establece el derecho sustantivo civil, tomando en consideración que tampoco están expresamente prohibidas.

La práctica de una inseminación artificial o fecundación in-vitro ambas cuando sean homólogas, realizadas dentro del matrimonio con componentes genéticos de los cónyuges, darán lugar a un hijo matrimonial según lo establece el artículo 199 del Código Civil “*se presume concebido durante el matrimonio: 1. El hijo nacido después de ciento ochenta (180) días de la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; 2. El hijo nacido dentro de los trescientos (300) días siguientes a la disolución del matrimonio*”. Se entiende que

en este caso ambos han dado su consentimiento para la aplicación de la técnica de reproducción asistida.

El artículo 199 del Código Civil, establece un plazo mínimo y máximo de gestación, dentro del cual debe comprenderse la concepción y el alumbramiento, entendiéndose también que no es posible determinar un plazo único de gestación, pues ello depende del organismo de la mujer, por ello el derecho ha fijado plazos de 180 y 300 días como mínimo y máximo de gestación.

Si ambos cónyuges consienten la práctica de la inseminación artificial o fecundación in-vitro homólogas, se determina una filiación matrimonial que se caracteriza por una presunción prácticamente irrefutable fundada en la vieja regla romana *Pater is est quem nuptiae demostrant*, regla que por su utilidad permite la determinación de la paternidad legal (filiación matrimonial), a menos que exista una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario). Puede suceder el caso que se practique una inseminación artificial o fecundación homóloga sin el consentimiento del marido, aunque es poco probable que se practique una técnica de esta naturaleza por la clínica o centro médico especialista pues el no consentimiento podría conllevar a deducir responsabilidad médica, sin embargo, no se descarta la posibilidad que esta técnica se lleve a cabo por una clínica o profesional, en que se haya obtenido el semen del marido de forma anómala; por ejemplo tras un coito sexual utilizando un preservativo (condón) en que se deposite el semen y que la cónyuge lo aporte. En este caso, a pesar de no mediar consentimiento del marido, se convertiría en progenitor del nuevo ser, aplicándose una filiación matrimonial, cerrándose la posibilidad de impugnar la paternidad, porque no intervino donante (inseminación heteróloga) y porque el marido es el padre biológico del nuevo ser, aunque no haya mediado consentimiento, pero puede deducir responsabilidad por falta de consentimiento previamente prestado al centro clínico que realizó tal intervención.

Por otro lado, si a la mujer le es implantado un óvulo fecundado con semen que no es de su marido (fecundación in-vitro heteróloga) y sin consentimiento de éste, aunque la madre declare este hecho, si el esposo no niega la paternidad, el hijo será matrimonial y tendrá por padre al marido; si éste último, en cambio, no ha prestado su consentimiento para la fecundación heteróloga y se entera de este hecho, podrá negar la paternidad, pero sobre la base de las siguientes causales: Si ha sido físicamente imposible tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que antecedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, o si adolece de impotencia; fundamentalmente que se adolece de una impotencia absoluta que impide la procreación. Estas son las causales que contempla el Código Civil en el artículo 200, que pueden adecuarse ante una situación en que se aplique la inseminación o fecundación heteróloga, en virtud que nuestro Código aún no contempla como causal de impugnación de paternidad que el marido no haya consentido a la práctica de éstas técnicas, por tratarse de un sistema legal cerrado de impugnación. En tanto, la fecundación heteróloga sin negación o impugnación de la paternidad por el esposo sobre la base de lo establecido en el artículo 200 del Código Civil dará lugar a un hijo matrimonial.

Además, resulta interesante la tipificación del delito de inseminación forzada en el artículo 225 “A” del Código Penal, al sancionarse con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial hasta 10 años a quien practique técnicas médicas de inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer, pero nada se establece en cuanto a la inseminación de la mujer casada realizada sin el consentimiento del marido. Por consiguiente, ante el nacimiento de un hijo dentro del matrimonio concebido por inseminación heteróloga aún sin el consentimiento del marido si éste no impugna su paternidad, se tendrá como hijo matrimonial.

De acuerdo al Código Civil, los hijos procreados fuera de matrimonio adquieren una filiación extramatrimonial, si los convivientes consienten en la práctica de inseminación artificial o fecundación in-vitro ambas de carácter homóloga, el hijo tendrá una filiación extramatrimonial determinada, según lo

establece el Artículo 210: con relación a la madre por el solo hecho del nacimiento, con respecto al padre por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad. El reconocimiento voluntario puede hacerse: i) en la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil; ii) por acta especial ante el mismo registrador, por ejemplo, en caso de tratarse de un asiento extemporáneo de nacimiento, que comparezcan ambos progenitores a realizar la inscripción respectiva; iii) por escritura pública, ante un reconocimiento de hijo; iv) por testamento; y v) por confesión judicial.

La legislación civil no lo contempla expresamente; sin embargo, ante la eventualidad de que el varón conviviente se negare a reconocer como hijo suyo al nuevo ser concebido mediante inseminación artificial o fecundación in-vitro homóloga, no obstante haber prestado su consentimiento para la práctica de ésta técnica, tendrá que llevarse a cabo un juicio ordinario que pretenda el reconocimiento de la paternidad y filiación del hijo nacido dentro de la convivencia *more uxorio*, pudiendo presentarse como medio de prueba el documento en que conste la voluntad de someterse a la práctica de esta técnica reproductiva por la clínica o centro especialista en reproducción asistida, así también puede acreditarse alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 221 del Código Civil, fundamentalmente el hecho de que el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción. Para este efecto el concubinato presupone que los convivientes sin estar casados entre sí hacen vida en común, o de ser el caso, también se puede acreditar el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba biológica de Ácido Desoxirribonucleico (ADN).

Por otro lado, la práctica de técnicas de reproducción asistida heterólogas representan una solución a la infertilidad de uno de los miembros de la pareja heterosexual o de ambos, no solo satisfacen la necesidad social relevante de la procreación, sino que además permiten que las parejas puedan llegar a ser padres pese a su padecimiento. El carácter de heteróloga, supone la introducción de

material genético de otra persona llamada donante dentro del matrimonio o unión de hecho y he allí la diferencia de una fecundación homóloga.

Ante la práctica de inseminación artificial heteróloga utilizándose gametos masculinos de un donante ajeno al matrimonio, podrían darse los siguientes casos:

- a) El marido otorga su consentimiento para la realización de la inseminación heteróloga, el nuevo ser nace dentro del matrimonio, el hijo será descendiente genético de donante (hijo biológico), pero hijo legal del marido de su madre, el hijo tendrá filiación matrimonial si nace dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución (Art. 199 inciso 2º. del Código Civil).
- b) En la práctica, esta técnica de reproducción asistida tiene importancia el consentimiento que el marido preste, pues con ello asume la paternidad legal aunque no sea el padre biológico.
- c) La presunción *Pater is est quem nuptiae demostrant*, contenida en el artículo 199 del Código Civil operará a plenitud cuando el nacimiento del hijo ocurre después de 180 días de celebrado el matrimonio y dentro de los 300 días a su disolución.
- d) El marido no obstante haber prestado su consentimiento para la inseminación artificial heteróloga, pretende luego del nacimiento del nuevo ser, impugnar la paternidad, situación que dentro de nuestro sistema legal cerrado no prosperaría, pues no existe causal que haga viable esta impugnación, toda vez que prevalece la presunción *pater is* sumado al hecho que el marido previamente prestó su consentimiento para la realización de esta técnica a la clínica o especialista en la materia.
- e) La cónyuge se somete a una inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento del marido, ante la resolución de este caso debe tomarse en

consideración lo que para el efecto preceptúa el Artículo 203, en que *“el marido no puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio alegando el adulterio de la madre, aún cuando ésta declare en contra de la paternidad del marido, salvo que se le hubiere ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso sí podrá negar la paternidad probando todos los hechos que justifiquen la impugnación”*. Una cuestión que resulta relevante en este supuesto, es que si la cónyuge estaría ante un adulterio aunque no se alcanza esa tipificación, sin embargo, se trata de una falta grave a la fidelidad que se deben los cónyuges.

En Italia, en las décadas de los cuarenta y hasta los cincuenta, se consideró a las mujeres que permitieran prácticas inseminatorias en su cuerpo, con semen que no fuera de su esposo, como responsables de un delito. La legislación italiana de esas épocas, pretendía proteger a través de esa figura delictiva, la pureza de sangre de la familia. Inseminar a una mujer casada con espermatozoides de un tercero implicaba introducir a la familia una carga genética distinta. Para Chiaroti, autor italiano que analizó el tema, el adulterio no se concreta solamente a la lesión que se causa al honor del marido, sino de modo fundamental, en el interés social de la certeza de la descendencia.¹¹⁷

Otras corrientes doctrinales, en cambio, han considerado que la inseminación heteróloga no constituye un adulterio. Giandomenico Milán, señala que es característico del adulterio la unión de los sexos, en consecuencia, la inseminación artificial heteróloga no cae en ese supuesto, falta el elemento material, personalización del sexo y el psicológico: voluntad de concupiscencia. El fundamento del adulterio es una falta al deber de fidelidad y la lesión del derecho

¹¹⁷ Según la publicación electrónica de la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Autónoma de México, “Es de tener en consideración que la inseminación artificial es un acto jurídico, que se configura con la manifestación de la voluntad de quienes en ella intervienen, tanto material como jurídicamente, y que son: la mujer, su esposo, el donador anónimo y el médico especialista. Si el esposo no manifestó su voluntad no debiera quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó, ni en forma natural ni expresando su voluntad procreacional”. Consultado el 01 de agosto de 2015. (En línea). Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>

de exclusividad sexual que pertenece al marido. En el mismo sentido, Cuello Calón opina que la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación. "Los adúlteros persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos y nada más contrario a la sexualidad que la inseminación artificial como una intervención quirúrgica, con jeringas, gasas y otros accesorios.

El supuesto de falta de consentimiento del marido puede producir una situación inequitativa con el cónyuge varón al imputársele una paternidad en la que no tiene vínculo genético y que además no ha consentido, la legislación sustantiva civil al establecer un sistema cerrado de impugnación, establece la negación de paternidad por determinadas causales, siendo la adecuada en este caso particular, el habersele ocultado el embarazo, entendiendo ésta situación al hecho en que se ocultó ese estado de preñez al esconderse la realización de la inseminación artificial heteróloga de la cual el marido no tuvo una participación directa en la realización de la técnica reproductiva al faltar su consentimiento expreso, dando lugar a que nunca se enteró de tal circunstancia al estar ausente al momento de manifestarse el acto jurídico de la inseminación heteróloga ante el médico especialista.

Ante esta impugnación de paternidad en que no puede atribuírsele el carácter de filiación matrimonial al nuevo ser, por no existir voluntad o decisión para que el niño naciera, sumado a la circunstancia de que el marido no ha aportado sus gametos, da lugar a que no se le atribuya al marido una paternidad que no le corresponde.

El artículo 204 del Código Civil establece que *"la acción del marido negando la paternidad del hijo nacido de su cónyuge deberá intentarse judicialmente dentro de 60 días contados desde la fecha del nacimiento, si está presente; desde el día en que regresó a la residencia de su cónyuge, si estaba ausente; o desde el día en que descubrió el hecho, si se le ocultó el nacimiento"*.

Al amparo de este artículo, el marido tiene la facultad de impugnar la paternidad negando al hijo de su cónyuge cuando se demuestre a través de la prueba de ácido desoxirribonucleico –ADN- u otra prueba de validez científica (documento en que conste que no se otorgó el consentimiento para la práctica de inseminación artificial heteróloga), que acredite que no existe vínculo paternal. Por tanto, la filiación del ser que nazca mediante inseminación artificial heteróloga sin mediar consentimiento del marido puede ser refutado como hijo extramatrimonial respecto de la madre, no teniendo por padre al marido, en tanto éste último no impugne la paternidad.

En relación a la filiación materna no se suscitan problemas debido a que la legislación contempla su determinación por el solo hecho del nacimiento, es decir, la mujer quien da a luz es la misma que aporta su material genético, aunque científicamente suceda lo contrario en la aplicación de una técnica de reproducción asistida de carácter heterólogo, en que se utilice la donación de óvulos.

6.7 Situación de la gestación por sustitución en Guatemala

Guatemala no cuenta con una normativa especial que regule las técnicas de reproducción humana asistida, como ocurre en otros países, tales como: Reino Unido, Israel, Canadá, Brasil, Grecia, México, Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, entre otros, situación preocupante, debido a que en nuestro país existen clínicas privadas de fertilidad, que hacen uso de estas técnicas ante la presencia de un vacío legal en el Código Civil que legitime a la voluntad procreacional como filiación derivada de técnicas reproductivas; aplicándose en su defecto la filiación matrimonial o extramatrimonial, según el caso, pues nuestra legislación no contempla un sistema de filiación abierto que se amplíe no sólo a una procreación natural, sino también artificial, al legitimar el acto voluntario de someterse a técnicas de reproducción asistida.

Por tanto, ante la utilización de estas técnicas en nuestro país, se hace imperativo incorporar la regulación de la voluntad procreacional como fuente de filiación.

En relación a la gestación por sustitución, también como técnica de reproducción humana asistida, la legislación de la misma forma no contempla nada al respecto, existiendo un vacío o laguna legal, quedando a salvo una prohibición expresa de acuerdos de gestación por sustitución, es decir, no existe una norma que prohíba expresamente estos acuerdos si se toma en consideración el principio “lo que no está expresamente prohibido, está jurídicamente permitido”, sin embargo, hay quienes por interpretación analógica y extensa de la normativa aplican disposiciones del negocio jurídico para este tipo de acuerdos con el argumento que no puede pactarse condiciones contrarias a la ley, la moral, el orden público y objeto ilícito; con el argumento extenso de no poderse disponer del cuerpo humano para la implantación de un óvulo fecundado in-vitro.

Ha quedado establecido que en el acuerdo de gestación por sustitución no existe una transferencia del cuerpo humano, ni mucho menos una compraventa del nuevo ser, pues el auténtico sentido material de dicho acto jurídico, es plasmar la voluntad de procrear, la intención de los comitentes de convertirse en padres utilizando sus gametos. Refiere para el efecto, Gomez de la Torre que *“el embrión a fecundar no es cosa en sentido jurídico no es susceptible de valoración económica¹¹⁸...”* Eleonora Lamm concluye que *no es un acuerdo sobre la venta o compra de derechos parentales, no implica el tratamiento de los derechos parentales como derechos de propiedad¹¹⁹.*

En nuestro país las controversias judiciales que pudiesen suscitarse en relación a la gestación por sustitución (como el expresado en esta investigación), tendrían que ser solucionadas, dado que en el ámbito jurídico nacional no se puede

¹¹⁸ Gómez de la Torre, V., Op. Cit., p. 81.

¹¹⁹ Lamm, E., Op. Cit., p. 274.

dejar de administrar justicia por falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, en cuyo caso, es obligación de los Jueces resolver de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.

La falta de regulación de la gestación por sustitución en Guatemala, puede analizarse desde dos perspectivas: la primera, ante un caso en particular y la segunda ante una posible regulación, siendo viable aplicar desde un análisis científico del derecho diversas teorías y enfoques expuestos a continuación:

a. Teoría Ecológica del Derecho

Fundada por el jurista y filósofo argentino Carlos Cossio, esta teoría desde el punto de vista ontológico, difiere del positivismo, pues el ser en que el Derecho consiste, no son las normas, sino la conducta del hombre.

La teoría ecológica no olvida la norma ni la conducta, por eso sostiene que no se interpreta la ley, sino la conducta humana mediante la ley. Pues la ley es una expresión conceptual; e interpretar es un modo de conocer, siendo aquí la conducta el objeto mentado por aquella expresión y el objeto es lo que ha de ser conocido. Así Husserl nos enseña que cuando alguien nos relata, con palabras conocidas, lo que ha hecho un amigo, no juzgamos de sus palabras, sino del comportamiento del amigo que es lo que nos hace conocer mediante las palabras. De esto resulta que la teoría ecológica pone las cosas aquí, sobre una hermenéutica existencial: la ciencia jurídica es, ciertamente una ciencia interpretativa, pero interpretativa de la conducta que es plenaria vida humana.¹²⁰

La gestación por sustitución es una técnica reproductiva no prevista en la legislación civil guatemalteca y frente a la ausencia normativa nos encontramos ante una laguna legal, Villegas Lara citando a Carlos Cossio afirma que: “las lagunas no

¹²⁰ Cossio, C. Consultado el 02 de agosto de 2015. (En línea) Disponible en: http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1948_panorama.pdf Pág. 80.

existen en un ordenamiento, que un ordenamiento jurídico es siempre completo y que no tiene lagunas”¹²¹. Al respecto existen diversos enfoques sobre el tema:

- El realismo ingenuo;
- El empirismo científico;
- El eclecticismo;
- El pragmatismo;
- El apriorismo filosófico.
- El realismo ingenuo, afirma que sí hay lagunas en el ordenamiento jurídico porque al legislador no le es posible prever en la ley todos los hechos a los que le aplicarán las normas o situaciones nuevas que se van dando con el transcurrir del tiempo.

Este realismo ingenuo o ingenuidad realista, consiste en que se verifica un hecho y luego se presupone que el ordenamiento sólo es el catálogo abstracto de los casos contemplados por el legislador, donde estos están simplemente yuxtapuestos o recopilados precisamente porque se trata de casos contemplados y porque basta que hayan sido contemplados para adquirir todos sus atributos jurídicos, los cuales tomarían sólo de esto su juridicidad. Es de notar que sólo bajo tan peregrina presuposición puede inferirse que un caso no contemplado por el legislador, constituye una laguna o hueco del ordenamiento jurídico, porque todo esto gira en torno a la identidad que se postula entre la ley y la intención del legislador.

Contrariamente a esa identidad, la ley y sus normas que contiene, son estructuras que exceden a la pluralidad de casos a que ellas se refieren y como estructuras conceptuales tienen la característica de adecuarse a otras realidades no contenidas expresamente en la ley. Además, todo ordenamiento jurídico debe funcionar acorde al principio que reza: “Todo lo que no está jurídicamente prohibido

¹²¹ Villegas Lara, René Arturo. Temas de introducción al estudio del derecho y de teoría general del derecho. (Guatemala: Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 5ta. Edición, 2011), p. 192.

está jurídicamente permitido”. Este principio que para algunos se infiere de todo el ordenamiento, puede también estar en una norma expresa, tal el caso de Guatemala, en el artículo 5 de la Constitución Política de la República, en donde se dice: “Que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe”.¹²²

La gestación por sustitución como conducta humana, ante un caso en particular que debe ser resuelto se interpretaría según las normas jurídicas existentes, su alcance no permitiría un vacío legal, debido a que nuestro sistema de justicia no permite incurrir en retardo u omisión de resolver los casos sometidos a decisión de los jueces, debiéndose resolver, toda vez que el conocimiento de esa causa (gestación por sustitución) deriva de conductas humanas, la tarea judicial, según la teoría egológica, será esclarecer en qué consiste esta técnica reproductiva y esa tarea solo se lleva mediante las normas jurídicas a fin de comprender los derechos involucrados: a procrear y el de fundar una familia.

- El empirismo científico, también afirma que no hay laguna en el derecho, con base en el principio de que lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido.¹²³
- El eclecticismo, afirma que las lagunas existen en la ley, pero que no existen en el Derecho. Por ley en sentido formal debe entenderse la que emite la autoridad encargada, en nuestro caso, es el Congreso de la República. Ley en sentido material, en cambio, es todo cuerpo emitido por otra autoridad no legislativa, como los reglamentos. ¿Y qué debe entenderse por Derecho? Sería todo el ordenamiento jurídico de un Estado en sus variados componentes. Si una ley es insuficiente, oscura o contradictoria, la Ley del Organismo Judicial de Guatemala establece que esas deficiencias se resuelven conforme a las reglas establecidas en el Artículo 10 de la misma, o sea, recurriendo a la historia fidedigna de la institución, a los principios generales del Derecho, a la analogía

¹²² Villegas Lara, R., Op. Cit., p. 193.

¹²³ Loc. Cit.

o a la equidad. Así se entendería entonces, la afirmación de que las lagunas son de la ley, formal o material y no del Derecho (ordenamiento jurídico en general), porque este tiene mecanismos de cómo resolver una situación no prevista y que exige soluciones jurídicas. El doctor Villegas Lara cita a Cossio, quien critica el eclecticismo porque la ley es parte del ordenamiento y por lógica, lo que hay en la parte lo hay en el todo, estimando que este criterio es insostenible.¹²⁴

- El Pragmatismo, por su lado manifiesta que el Derecho tiene lagunas, pero que debe procederse como si no las hubiera. Villegas Lara, al respecto cita a Nicolás Coviello, quien expone: “siendo toda la legislación un conjunto de normas que tienen entre sí una conexión íntima, aunque no siempre dada la unidad del fin que es el ordenamiento de las utilidades humanas y la unidad de la idea fundamental de la justicia, dicha legislación puede considerarse como un organismo que tiene fuerza propia, si bien latente, de expansión y de adaptación. Las que, bien utilizadas, pueden servir para regular todas las relaciones sociales, aún las no previstas por el legislador. En ese sentido podemos decir que no hay laguna en la ley y con ese fundamento se justifica el principio de las legislaciones modernas, en virtud del cual ningún magistrado puede rehusarse nunca a resolver un caso práctico, a pretexto del silencio de la ley, sin hacerse reo de denegación de justicia”.¹²⁵

Este principio sostenido por legislaciones modernas, es recogido en la Ley del Organismo Judicial, debido que ante un caso no legislado, el Juez o el Magistrado debe resolverlo.

- El apriorismo filosófico, es la tesis defendida por Carlos Cossio, quien para Villegas Lara coincide con el empirismo científico, en el sentido de que el ordenamiento jurídico no tiene lagunas; pero el empirismo concibe al ordenamiento como una yuxtaposición de normas, un catálogo de normas;

¹²⁴ Loc. Cit.

¹²⁵ Loc. Cit., p. 194

mientras que el apriorismo filosófico, como una estructura totalizadora en donde “no hay casos fuera del todo, porque de lo contrario el todo no sería el todo”. El Juez debe juzgar siempre, porque ese deber es el ser de su existencia como tal. Para eso existe y porque su lema debe ser siempre que, lo que no está prohibido, está permitido.¹²⁶

Es importante el análisis que realiza el Doctor Villegas Lara en relación a que *“debe tenerse en cuenta que hacer lo que la ley no prohíbe, es un postulado que funciona para las relaciones jurídicas privadas; los que ejercen una función pública no pueden hacerlo al amparo de lo que no está prohibido está permitido, pues los funcionarios se rigen por el principio de legalidad o juridicidad: sólo pueden hacer lo que la ley les permite”*.

En este caso, a los funcionarios de justicia les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, y al tenor del artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial están obligados a resolver los casos sometidos a su conocimiento¹²⁷. El caso expuesto en esta investigación que fue conocido por la Sala de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, los Magistrados se encontraron ante un hecho no previsto en la ley, que fue ejecutado en un ámbito privado, y que por aplicación del principio de legalidad, debían conocer y resolver¹²⁸.

b. Teoría de la norma de clausura

Parte del principio de suficiencia del ordenamiento jurídico y es consagrado por la mayoría de los mismos, tiene como fin por su mismo nombre, de clausurar, de cerrar el ordenamiento; evitando la posibilidad de que por falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, se deje de dar solución a un conflicto de intereses que tiene relevancia jurídica¹²⁹. La solución ante estas posibles

¹²⁶ Loc. Cit.

¹²⁷ Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

¹²⁸ Sentencia de fecha veintisiete de enero de dos mil catorce, emitida por la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, en la causa número 04002-2012-00547.

¹²⁹ Villegas L., Op. Cit., p. 196.

situaciones la otorga el artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial que establece: *“Obligación de resolver. Los jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia sin incurrir en responsabilidad. En los casos de falta, obscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que, si es el caso ejercite su iniciativa de ley”*.

Este precepto condiciona que ante los casos expresados, los jueces deben resolver según lo dispuesto en el artículo 10 de la misma ley, surtiendo efecto la denominada norma de clausura. Kelsen excluye la posibilidad de que los ordenamientos jurídicos tengan lagunas normativas, cualquier acción tiene una solución normativa, permisiva o prohibitiva. En ese sentido, para el autor de la Teoría Pura del Derecho todo orden jurídico incluye un principio de clausura.¹³⁰

Por tanto, en relación a la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida, que si bien es cierto existe una falta de regulación, y que suscitado un caso, atendiendo a la Teoría de la Norma de Clausura, el órgano jurisdiccional está obligado a resolver aplicando lo que para el efecto establece el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial: “Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma, se podrán aclarar, atendiendo al orden siguiente: **a)** a la finalidad y al espíritu de la misma; **b)** A la historia fidedigna de su institución; **c)** A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; **d)** al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

¹³⁰ Villanueva Flores, Rocío. Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano. (España: Colección tesis doctorales. Universidad de Castilla-La Mancha, 1995), p. 91.

En tal sentido, ha quedado establecido que ante el surgimiento de un conflicto en relación al acuerdo de gestación por sustitución entre padres comitentes y mujer gestante, por ejemplo: que la mujer gestante sin tener la carga genética del bebé que gestó pretenda no entregarlo a sus padres genéticos, ante este problema de índole familiar, el Juez está en la obligación de resolver, atendiendo al artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial, siempre y cuando ante la ausencia normativa su fallo lo adecúe de acuerdo a las reglas establecidas en los casos de interpretación de la ley, incluso ante los casos de vacío o defecto de la ley, deben poner el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de ejercitar su iniciativa de ley, situación, esta última que en la sentencia emitida por la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, comentada en esta investigación no se resuelve en ninguna parte del fallo poner el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, sino que se encomienda a la Procuraduría General de la Nación analizar sobre la posibilidad de regular la gestación por sustitución, ejerciendo la iniciativa de ley ante el Congreso de la República, tomando en consideración que el artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala faculta a la Corte Suprema de Justicia ejercer la iniciativa de ley.

Desde la segunda perspectiva, ante una posible regulación de la gestación por sustitución, se establece que nuestro ordenamiento jurídico no está acorde al avance científico en materia de reproducción asistida, pues existen barreras en el sistema de filiación al no reconocerse en el Código Civil la filiación a través de técnicas de reproducción humana asistida definida sobre la base de la voluntad procreacional, esto impide que se legisle sobre el acuerdo de gestación por sustitución, debido a que no se encuentra en nuestro sistema de filiación estas bases mínimas (técnicas de reproducción y voluntad procreacional) que legitimarían en determinado momento la posible regulación de la gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana asistida.

CONCLUSIÓN

Las técnicas de reproducción humana asistida sólo pueden ser admitidas con el propósito de superar la impotencia para tener descendencia en el fin procreativo de un matrimonio, siempre que resulten descartados otros tratamientos tradicionales.

La gestación por sustitución es una técnica en reproducción humana asistida cuya práctica utiliza a la fertilización in vitro (FIV), por extraerse el óvulo y espermatozoides de la pareja comitente, para ser fecundado in vitro y ser implantado dentro del útero de otra mujer (gestante) quien llevará en su vientre al embrión, hasta finalizar el período de gestación y cuando esto ocurra, entregará el niño a sus padres genéticos.

Se ha preferido utilizar la denominación de gestación por sustitución, en concordancia con la especialista Lamm, quien afirma que *“es incorrecto hablar de maternidad subrogada, la maternidad es un concepto demasiado amplio como para encargarlo. La maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación. Igualmente es el vulgarismo vientre de alquiler”*. Por lo tanto, es el término gestación por sustitución que se adecua en mayor grado a la realidad de esta técnica, por ser armonioso o coincidente en su esencia, ya que la maternidad no puede subrogarse, sustituirse, compartirse o peor aún “alquilarse”, como bien lo expone Eleonora Lamm, en virtud de sustituirse únicamente el proceso de gestación en otra mujer.

Antes de la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, sólo existía la procreación por medios naturales, a través del coito. Es decir, aquel que dejaba embarazada a la mujer, era necesariamente el mismo que aportaba el material genético y la mujer que gestaba el niño en su vientre lo hacía siempre con sus propios óvulos, de allí el inquebrantable principio *mater semper certa est*, que significa la madre siempre cierta es, por el hecho del parto. Es decir, lo biológico necesariamente comprendía el dato genético, no permitiendo una separación, como

sucede al aplicar este tipo de técnicas que dan origen a la voluntad procreacional, como sustento de un nuevo vínculo filiatorio. Por tanto, el elemento volitivo adquiere importancia superior en la filiación derivada de la aplicación de la gestación por sustitución, en tanto, la mujer gestante no será quien aporte su óvulo, lo hará, la mujer quien desea convertirse en madre, de modo que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preeminencia a este último. Estableciéndose con estos presupuestos la comprobación de la hipótesis planteada, en el sentido *que la forma de adecuar la voluntad procreacional implica la necesidad de reformar las normas de determinación de la filiación contenidas en el derecho civil sustantivo, debido a que con la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, se diferencian tres criterios: lo genético, lo biológico y lo voluntario.*

La voluntad procreacional consiste en el deseo e intención de asumir una maternidad o paternidad sobre la base del consentimiento informado que involucra la finalidad de querer ser padre o madre, legitimando de alguna manera el surgimiento de una nueva filiación determinada sobre la base de la voluntad, pues quien ha consentido no puede impugnar la paternidad, o sólo puede impugnar quien no ha consentido, por ello es importante establecer, *que en el supuesto caso de ser admitidas las técnicas de reproducción humana cambiaría el sistema filiatorio que le da importancia al dato biológico, por un sistema que acepte a la filiación determinada sobre el consentimiento previamente prestado.*

La voluntad procreacional se manifiesta propiamente mediante el consentimiento previamente prestado, a través de una manifestación de voluntad, libre y voluntaria para generar un acto jurídico válido dado con anticipación al uso o aplicación de la técnica reproductiva que se ha elegido. *Por tanto, si la gestación por sustitución se sustenta en la voluntad querida y consentida, no puede hacerse alusión a un contrato o negocio jurídico, pues la determinación de la filiación no puede ser objeto de comercialización y menos de contratación.*

El Código Civil no regula expresamente la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida y sus consecuencias en la determinación de la filiación; sin embargo, para efectos de la investigación se aporta un análisis ante el supuesto caso de aplicación de algunas técnicas reproductivas al tenor de lo que establece el derecho sustantivo civil, tomando en consideración que tampoco están expresamente prohibidas. Así también, de suscitarse algún conflicto en que se impugne la filiación producto de alguna técnica reproductiva, si es homóloga, deberán aplicarse las reglas establecidas para una filiación matrimonial e incluso extramatrimonial, por utilizarse los mismos gametos de la pareja, lo complejo es resolver cuando sea de carácter heteróloga, con la utilización de gametos de donantes; sin embargo, debe ser resuelto por el Juez de Familia, toda vez que nuestro sistema no permite dejar de administrar justicia en los casos en que exista un vacío legal o las normas sean insuficientes, decidiendo el problema aplicando las normas de interpretación de la ley.

Ante la falta de regulación de las técnicas reproductivas y voluntad procreacional en el Código Civil, personalmente considero que la posible regulación de la gestación por sustitución en Guatemala está muy lejos de realizarse, al reconocerse únicamente un sistema de filiación cerrado por parte del derecho civil sustantivo, por dar preeminencia a un vínculo biológico. Por otro lado, es importante mencionar que a pesar del vacío legal existente, nuestro sistema judicial en aras de mantener el principio de suficiencia del ordenamiento jurídico, acepta la teoría de la norma de clausura, quien para el Doctor Villegas Lara, *“tiene como fin, como su mismo nombre lo indica de clausurar, cerrar el ordenamiento y evitar la posibilidad de que por falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, se deje de dar solución a un conflicto de interés que tiene relevancia jurídica”*. Por tanto, la norma de clausura es una manera específica de completar el ordenamiento jurídico, habiendo constatado ciertos supuestos: la falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de una norma, tal como lo establece el artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial, debiendo los Jueces resolver según las reglas de interpretación

de la ley, para luego poner el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto que, si es el caso, ejercite su iniciativa de ley.

BIBLIOGRAFÍA

Biblia de Nuestro Pueblo. España: Ediciones Mensajero S.A.U., 10ª. Edición, 2011.

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. México: Editorial Karla S.A., 3ª. Edición, 1984.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo 1. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 11ª. Edición, 1976.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo 2. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 11ª. Edición, 1976.

Castellanos, Víctor José; Pérez Lora, Francisco y Ruiz, Zelided Alma. Derecho de Familia en el Siglo XXI: Fecundación Humana Asistida y Filiación Adopción. República Dominicana: Editora Corripio, 1ª. Edición, 2006.

Contreras, Ricardo Rafael. Bioética: Reto de la Postmodernidad. Mérida, Venezuela: S. n., 2005.

Gafo, Javier. Nuevas técnicas de reproducción humana. España: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Artes gráficas Ormupisa, 1986.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. La fecundación in vitro y la filiación. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1ª. Edición, 1993.

Hurtado Oliver, Xavier. El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, problemas éticos, legales y religiosos. México: Editorial Porrúa, 2ª. Edición. 2000.

Igareda González, Noelia. El hipotético derecho a la reproducción asistida. España: Departamento de ciencia política y derecho público, Universidad Autónoma de Barcelona, España, publicación 25/07/2011

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Reproducción asistida, género y derechos humanos. San José de Costa Rica: IIDH, S.n., 2008.

Junquera de Estéfani, Rafael. Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos. España: Granada, Ed.Comares, 2008.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal_Culzoni Editores, 2000. Tomos: 1, 2 y 3.

Lamm, Elenora. Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada. Ni alquiler de vientres. España: Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona, S.n., 2013.

Lema Añón, Carlos. Reproducción, poder y derecho. Ensayos filosófico-jurídicos sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid, España: Editorial Trotta, 1999.

Mantovani, Ferrando. Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados. España: Ed. Española, de la Universidad de Deusto, Bilbao, España, 1994

Marcos del Cano, Ana María. Bioética y Derechos Humanos. España: Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid, S.n., 2012.

Marrades Puig, Ana I. Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento. España: Edición Universidad de Valencia, 2002.

Medellín, Carlos J. & Medellín F., Carlos. Lecciones de Derecho Romano. Colombia: Editorial Temis, S.A, 13ª. Edición, Santa Fe de Bogotá, 1997.

Meneses Ortíz, Luis Henry; Corcho Cáceres, Aurelio y Zambrano Nacaza, Zenaida. Efectos legales de los procedimientos de fecundación humana asistida heteróloga cuando no existe consentimiento del marido o compañero permanente. Colombia: Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 1ª. Edición, 2007.

Morán Morales de Vicenzi, Claudia Cecilia. El concepto de filiación en la fecundación artificial. Perú: Colección jurídica Universidad de Piura, 1ª. Edición, 2005.

Ochoa G., Oscar E. Derecho Civil I: Personas. Venezuela: Editorial Texto C.A., 1ª. Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

PEREZ Serrano, Nicolás. “Eutelegenesia y Derecho”. Revista Foro Canario (Número 9), Madrid, España, 1995

Picazo-Guillón, Díez. Sistema de Derecho Civil. Teoría General del Contrato. España: Editorial Tecnos, Volumen 2, 1984.

Rodríguez –Cadilla Ponce, María del Rosario. Derecho Genético, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú. Lima, PE: Editorial San Marcos, 1997.

Varsi Rospigliosi, Enrique. Derecho Genético. Principios Generales. Perú: Editora Normas legales, 1ª. Edición, 1995.

Villanueva Flores, Rocío. Tesis doctorales. Los Derechos Humanos en el pensamiento angloamericano. España: Universidad de Castilla-La Mancha, 1995.

Villegas Lara, René Arturo. Teoría General de las Obligaciones. Guatemala: Ediciones Superación, 1ª. Edición, 2011.

Villegas Lara, René Arturo. Temas de introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho. Guatemala: Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 5ª. Edición, 2011.

Wagner Grau, Patrick. Técnicas de Reproducción Asistida: Aspectos médicos, éticos y deontológicos, en Bioética y Biojurídica. Perú: Ediciones Jurídicas Unife, 2002.

Tesis

Escobar Enríquez, Rodolfo Federico. Importancia de la institución jurídica de la maternidad subrogada, análisis de las consecuencias positivas legales de su incorporación al sistema jurídico guatemalteco. Tesis de licenciatura. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2011.

Canessa Vilcahuamán, Rolando Humberto. La filiación en la reproducción humana asistida. Tesis doctoral. Facultad de Derecho y Ciencia Política: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 2011.

Revistas

Arteta Acosta, Cindy. "Maternidad Subrogada" . Cartagena, Colombia, 2010. Disponible en: http://www.revista.spotmediav.com/pdf/2/12_MATERNIDAD_SUBROGADA.pdf

Cano, María Eleonora. "Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada". Revista Persona, 2010. Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>.

Caramelo, Gustavo, y Picasso, Sebastián (directores). Revista de Derecho Privado. Bioderecho. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Argentina, 2012. Disponible en: <http://postgradofadecs.uncoma.edu.ar/archivos/genero/G%C3%A9nero/2012-RevistaInfojusFinal.pdf>

Cossio, Carlos. "Panorama de la Teoría Ecológica del Derecho". Revista trimestral de cultura moderna. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 1948. Disponible en: http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1948_panorama.pdf

Lamm, Eleonora. "Gestación por sustitución, realidad y derecho". Revista para el análisis del derecho (InDret), Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina, 2012. Disponible en: <http://www.indret.com/es/index.php>

Méndez Baiges, Víctor. "Las relaciones entre la bioética y el derecho". Revista de bioética y derecho, 2006. Disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD6_ArtMendez.pdf

Pérez Contreras, María de Montserrat. (2012). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/9.pdf>

SIVERINO-Bavio, Paula. "Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú". Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, 2012. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S230451322012000300009&script=sci_arttext

Sociedad Española de Fertilidad. "Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida" (2011) Disponible en: http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf

Otras fuentes electrónicas

Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Revista jurídica. Biblioteca jurídica virtual de la Universidad Autónoma de México. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>

Calderón Beltrán, Javier. (2008). La naturaleza jurídica de la maternidad subrogada. Disponible en: <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/12/la-naturaleza-juridica-de-la-maternidad.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y Otros “fecundación in vitro” Vs. Costa Rica. Sentencia emitida el 28 de noviembre de 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (2012). 22ª. Edición. Disponible en: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

Enciclopedia virtual, Wikipedia. Disponible en <https://es.wikipedia.org>

Facio, Alda. Foro temático de los derechos sexuales y reproductivos (Costa Rica: Centro de investigaciones de la mujer de la Universidad de Costa Rica, 2005), disponible en: http://www.radiofeminista.net/junio05/notas/alda_facio.htm

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). Los derechos reproductivos son derechos humanos, San José, C.R. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>

Martínez Morán, Narciso. Bioética, filosofía y derecho. *Revista Aldaba*. No. 32. 2004. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1958838>

Moctezuma Barragán, Gonzalo. La reproducción asistida en México. Un enfoque multidisciplinario. Biblioteca jurídica virtual de la Universidad Autónoma de México (UNAM), México, D.F. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/81/4.htm>

Richard Muñoz, María Paz. “Maternidad subrogada”. Ponencia presentada en el Congreso Virtual Interinstitucional “Los grandes problemas nacionales”. Universidad Autónoma de Nuevo León, México, septiembre 2008. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CVI-19-08.pdf>

Rodríguez Alarcón, Andrés. Los hombres también podrán ser mamás. Disponible en: <http://usuarios.iponet.es/dardo/revista/papas.txt>

Varsi Rospigliosi, Enrique. Principios básicos del derecho genético. (En línea). Disponible en: <https://issuu.com/evarsi/docs/varsicap2>

Uniform Parentage Act (last amended or reviser in 2002). Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. St. Augustine, Florida. Disponible en: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf

Otras fuentes

Congreso de la República de Guatemala. Dictamen de la comisión de salud pública y asistencia social, 1 de abril de 2004.

Congreso de la República de Guatemala. Dirección legislativa. Iniciativa número 2532. Septiembre, 2001.

Congreso de la República de Guatemala. Dirección legislativa. Iniciativa número 2976. Febrero, 2004.

Organismo Judicial de la República de Guatemala, Sala de la corte de apelaciones de la niñez y adolescencia. Sentencia de segunda instancia en la causa número 04002-2012-00547 Of. 2º. 27 de enero de 2014.

Legislación nacional:

Constitución Política de la República de Guatemala, 1985

Decreto Ley 106 Código Civil de Guatemala

Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial

Decreto 17-73 Código Penal