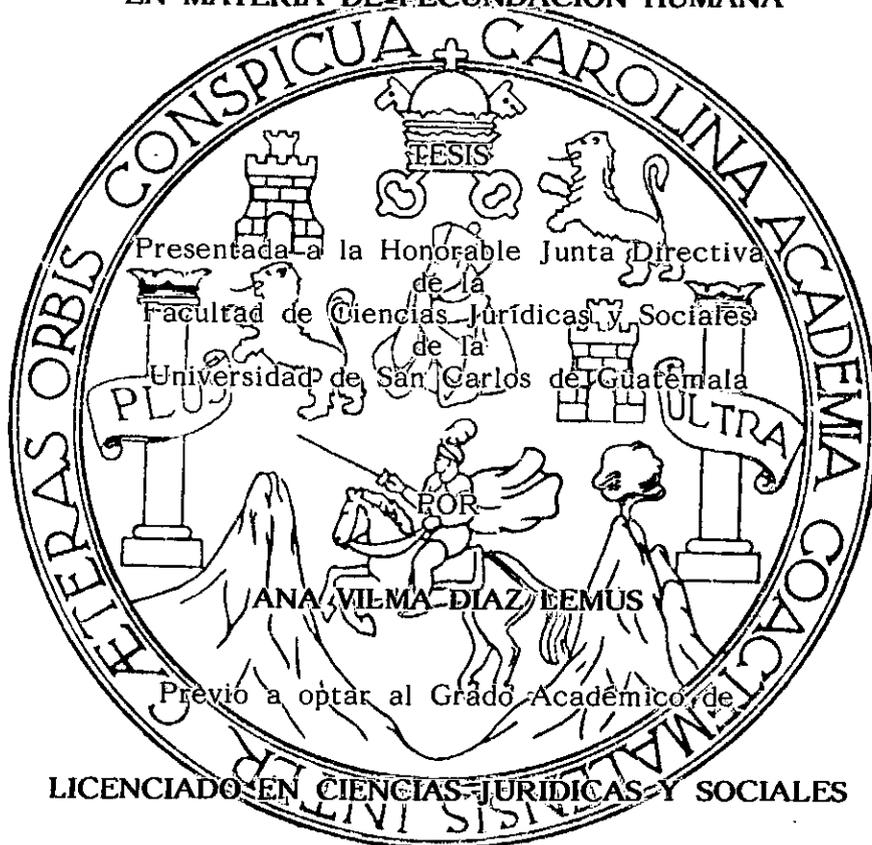


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

NECESIDAD DE LEGISLAR ASPECTOS NOVEDOSOS
EN MATERIA DE FECUNDACION HUMANA



Y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Marzo de 1993

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
04
T(2835)

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

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Erick Fernando Rosales Orizábal
VOCAL V	Br. Fredy Armando López Folgar
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL

DECANO (en funciones)	Lic. Rafael Godínez Bolaños
EXAMINADOR	Licda. Rosalba Corzantes de Zúñiga
EXAMINADOR	Lic. Alfredo Bonatti Lazzari
EXAMINADOR	Lic. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
SECRETARIO	Lic. Jorge Mario Alvarez Quirós

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

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

TESORERIA



1970-92

Guatemala, 4 de junio de 1992

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

Licenciado
Cipriano Francisco Soto Tobar, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

RECIBIDO
- 4 JUN. 1992

Señor Decano:

RECIBIDO
Boras
Oficial.....

Por designación de ese decanato presenté asesoría para la elaboración del trabajo de tesis intitulado NECESIDAD DE LEGISLAR ASPECTOS NOVEDOSOS EN MATERIA DE FECUNDACION HUMANA a la bachiller ANA VILMA DIAZ LEMUS y siendo que dicha labor ha sido concluída respetuoso le informo lo siguiente:

- 1.- La legislación de nuestra patria no ha evolucionado en concordancia con el advenimiento de las nuevas y sorprendentes prácticas de reproducción humana denominadas técnicas biológicas de procreación artificial que vienen, a no dudarlo, a incidir en las tradicionales concepciones y regulaciones de la filiación y el parentesco. Las técnicas mencionadas, que reclaman el surgimiento de una regulación específica, son abordadas por la sustentante y en el trabajo revisado sobre el cual opino lo siguiente:
 - 1.1 Lo novedoso del tema impone la consulta de material de reciente aparición y sobre este punto destaco la dinámica e interés de la sustentante por la consecución del mismo;
 - 1.2 El orden de exposición aparece alambicado y en algunos aspectos confuso. Esto es generado por el manejo de un léxico propio del ámbito de la genética, desvinculado totalmente del jurídico, con el que, en el futuro, tendrá una necesaria relación. Aparte de este factor, las limitaciones de expresión de la autora amplifican las sensación traída a cuenta.

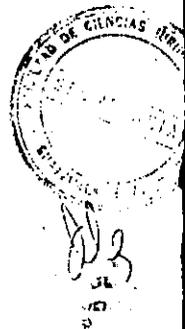
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

TESORERIA



.../2

2.- Creo que el esfuerzo de la sustentante resulta evidente tras la lectura de este opúsculo, el cual cumple los requisitos exigidos por el reglamento correspondiente. Apruebo el trabajo y considero que el mismo puede remitirse al Revisor que se nombre para la ulterior los efectos de rigor.

Respetuoso saluda al Señor Decano

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Juan Francisco Flores Juárez

JFFJ/agg

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
DIRECTORES DE AREA

15 JUN. 1992
RECEBIDO
Horas 16 minutos 33
Oficial *CB*

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, junio doce de mil novecientos noventidos. ---

Atentamente pase al Licenciado RONAN ARNOLDO ROCA MENENDEZ,
para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la Bachi-
llera ANA VILMA DIAZ LEMUS y en su oportunidad emita el dic-
tamen correspondiente. -----





31/9/92

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



3373-9

Guatemala, 10. de septiembre de 1,992.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

31-3 SET. 1992

ENCUENADO
Hores 13 Minutos 35
OFICIAL

Licenciado

Juan Francisco Flores Juárez, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

Le informo, respetuosamente, que en cumplimiento de su Providencia del doce de junio del presente año procedí a REVISAR el trabajo que bajo el título: "NECESIDAD DE LEGISLAR ASPECTOS NOVEDOSOS EN MATERIA DE FECUNDACION HUMANA", elaboró como Tesis de Graduación la Bachiller ANA VILMA DIAZ LEMUS; consecuentemente al emitir el DICTAMEN requerido en dicha Providencia, O P I N O: el trabajo motivo de la revisión constituye una investigación seria, completa y científica sobre el tema tratado, en la que se pone de manifiesto el esmero, interés y dedicación de su autora, principalmente al desarrollar el sub-tema de la Fecundación fuera del claustro materno y las implicaciones que la misma presenta en la paternidad y filiación como instituciones del Derecho de Familia. Estimo que este trabajo será de suma utilidad para los estudiantes de esta Unidad Académica y un tema de reflexión para los actuales y futuros legisladores para que nuestro País no permanezca a la saga en cuanto a temas como el tratado.

En conclusión y siendo objetivo y real pienso que, trabajos como el presente, entusiasman en su lectura e invitan al estudio y a la investigación; espero que su autora, con el mismo interés, entusiasmo y capacidad puestos de manifiesto en su elaboración, siga dedicando su tiempo, en lo posible, al campo de la investigación.

En razón de lo expuesto, mi Dictamen es favorable para que este trabajo sea aceptado como Tesis de Graduación de su autora y, de esa cuenta, sea discutido en el examen en que le sean conferidos los títulos de Abogada y Notaria y el Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle al Señor Decano las muestras de mi más alta consideración y aprecio.

Lic. Román Arnaldo Roca Hernández
R E V I S O R

RARM/mbpp.

c.c. Archivo.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, setiembre siete, de mil novecientos noventidos.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis de la Bachiller ANA VILMA
DIAZ LEMUS intitulado "NECESIDAD DE LEGISLAR ASPECTOS NOVE
DOSOS EN MATERIA DE FECUNDACION HUMANA". Artículo 22 del
Reglamento para Exámenes Técnico Profesionales y Público de
Tesis. -----



ACTO QUE DEDICO:

A DIOS:

Todo poderoso por ser la luz que ha iluminado mi camino y permitirme culminar mis aspiraciones.

A MIS PADRES:

Froilán Anastasio Díaz Ordóñez
María Teresa Lemus Escobar.

Con agradecimiento eterno por haberme dado la vida y ser --
guía en todo momento de mi existencia.

A MI ESPOSO:

Manolo Martínez Porras

Con mucho amor y agradecimiento por todo el cariño, el apoyo y la comprensión que siempre me ha brindado.

A MIS HERMANOS:

Lesvi René, María Teresa, Edgar Rudy, Luis Angel y Brenda Yomara.

Con mucho cariño, que este triunfo sea un ejemplo que les sirva de estímulo en su futuro.

A mis compañeros universitario, amigos, profesionales, que de una u otra manera contribuyeron para que coronara mi carrera.

TESIS

NECESIDAD DE LEGISLAR ASPECTOS NOVEDOSOS EN
MATERIA DE FECUNDACION HUMANA.



INDICE :

Página No.:

Introducción.....	1.
CAPITULO I	
Primera Parte: De las Distintas Técnica Biológicas de Procreación. La Fecundación Artificial.	
1. Inseminación.....	2.
1.1 Inseminación Homologa o Auto Inseminación:.....	3.
1.2 Inseminación Heterologa o Meteroinseminación:.....	4.
2. Trasplante de Ovario:.....	4.
3. Fecundación Artificial Extrauterina:.....	5.
3.1 Método de GIFT.....	6.
3.2 Método de Bebe Probeta:.....	7.
Segunda Parte: Aspectos Biológicos.	
Fecundación:.....	10
A.1 Anidación	
A.2 Viabilidad:.....	11
A.3 Configuración de los Organos:	
A.4 El día 14, a partir del la Fecundación:.....	12
A.4 La Fecundación como Comienzo de la Vida Humana:.....	13
Animación:.....	14
Tercera Parte:	
1. ¿Que es Persona?.....	16
2. Persona.....	17
3. Personalidad:	
3.1 Comienzo de la Personalidad:.....	18
4. Aspectos Jurídicos:.....	21
A) Personalidad Jurídica:.....	21
B) Consideración Final:.....	23
CAPITULO II	
Primera Parte: Proyecciones:.....	24
Replanteos Jurídicos:.....	25
Directivas Biológicas, Eticas y Jurídicas de la Filiación Legítima.....	28
El Fundamento Biológico Institucional, Sus Dicotomías:.....	29
Segunda Parte: Problemas Eticos y Jurídicos de la Inseminación Artificial.	
1. El cuestionamiento Etico:.....	31

1.1 Inseminación Homóloga dentro del Matrimonio:.....	32
1.2 Inseminación Heteróloga Durante el Matrimonio.....	34
1.3 Inseminación Artificial fuera del Matrimonio:.....	36
2. El Problema Jurídico de La Inseminación Heteróloga Matrimonial:37	
2.1 La Presunción Legal de Paternidad:	
2.2 Desconocimiento de la Paternidad:.....	37
2.2.1 Posibilidad o Imposibilidad del Desconocimiento, fuera de todo Marco Legislativo específico, si la Inseminación se practicó con consentimiento del Marido.....	38
2.2.2 Desconocimiento de la Paternidad del hijo concebido mediante Inseminación Heteróloga realizada sin o contra el consentimiento de marido:.....	42
2.3 Caso de Desconocimiento de la Paternidad ejercida por los Herederos del Marido que consintió la Inseminación de su Esposa.....	45
3. Supuesto del Hijo concebido mediante Inseminación Homóloga practicada después del Fallecimiento del Marido.....	46
4. Supuesto de Inseminación Homóloga mediando Imposibilidad de Acceso entre el Marido y Mujer en en el Período Legal de la Concepción:.....	49
5. La "Exceptio Plurium concubentium" Alegada por el marido, en el supuesto anterior:.....	50
La Fecundación Extrauterina:	
A) Trascendencia:.....	52
A.1 Relación con el Problema del Delito de Aborto:.....	54
B) Problemas Relativos a la Maternidad:.....	57
B.1 La Regla de que el Parto sigue al Vientre:.....	57
B.2 El desconocimiento de la maternidad legítima:	
B.3 Ejercicio del desconocimiento de la maternidad por el marido:.....	58
B.4 Vicisitudes de la presunción legal de paternidad en el caso anterior:.....	59
C) Eventualidad que la Dadora de Ovulo Fecundado Pretendiese Reconocer luego al hijo:.....	60
D) Posibilidad de Fecundación Extrauterina Homóloga e Implantación del embrión en el Utero de mujer que no es la madre:.....	61

CAPITULO III

La Libertad de Investigación en Genética Humana y sus Límites:....	62
1. El Verdadero Objetivo de la Vida Intelectual:.....	63
2. De la Libertad de Investigación, como Prerrequisito de otras Libertades Fundamentales:.....	66
3. Síntesis del Estado de la Cuestión.....	69
4. Conveniencia de una Legislación Internacional.....	73
5. Criterios Básicos Existentes para una Normativa Legal:.....	74



CAPITULO IV

La Procreación Artificial en el Género Humano, Necesidad de --
Legislación y Sugerencias:.....79
Reflecciones:.....79
2. Señalamiento concreto en nuestro Derecho de Problemas
Jurídicos:.....80
3. Soluciones en la Inseminación y Fecundación Extraterina
Homologa.....80
4. Soluciones en la Inseminación y/o Fecundación Extraterina
Heteróloga.....81
5. Conclusiones:.....85
5.1 Con Relación al Derecho Administrativo y de Sanidad:.....86
5.2 Con relación al Derecho de Familia:
A) En la Inseminación Homóloga y Fecundación Extraterina
homologa.....86
B) En la Inseminación Heteróloga y Fecundación
Extraterina Heteróloga.....87
C) En cuanto al Donante:
5.3 Con relación al Derecho Penal:
5.4 Con relación al Derecho Civil:.....88
5.5 Con relación al Derecho Notarial:.....89

APENDICE:.....90
BIBLIOGRAFIA.....94

INTRODUCCION

A través de múltiples experimentaciones genéticas humanas, de numerosa bibliografía jurídica, algunas ya existentes resoluciones judiciales, estudios prelegislativos y hasta alguna decisión legislativa, en varios países de cada uno de los continentes los problemas no han hecho más que acrecentarse y complicarse, porque la biología, sobre todo celular y molecular, ha ampliado sus horizontes y en cada uno de ellos ha hecho acto de presencia la ética profesional de los científicos y los médicos, y a renglón seguido, se ha evidenciado la insuficiencia de este punto de vista ético y la necesidad de acudir a lo jurídico para conseguir normas que señalen lo ilícito y lo justo o lícito en materia tan delicada como es la creación de vidas humanas por esos nuevos medios: **Fecundación Artificial, Fecundación In Vitro, Conservación de Gamétos y Embriones,** su trasplante a úteros, clonación en seres humanos y un muy posible largo etcétera, en que la biología molecular ni siquiera permite adivinar en sus constantes avances. Pero ocurre que a medida que se avanza científicamente en ese camino lo que parece ponerse en cuestión es la misma **licitud Moral y Jurídica** de la investigación genética en seres humanos... .-

C A P I T U L O I

PRIMERA PARTE:

DE LAS DISTINTAS TECNICAS BIOLOGICAS DE PROCREACION

A continuación, haré una referencia de las diferentes prácticas para reproducción de humanos de manera artificial y sus aspectos técnicos, con el objeto de dar a los juristas un enfoque global de los distintos métodos y sus lineamientos generales, que hoy en día se practican en Guatemala.

LA FECUNDACION ARTIFICIAL:

Como su nombre lo indica, es aquella fecundación provocada artificialmente porque no existe contacto inmediato de los organos genitales de uno y otro sexo, sino que se realiza a través de varias técnicas, las que varían dependiendo del problema que produce la esterilidad y/o infertilidad.

El adelanto de la ciencia a este respecto ha sido sorprendente, actualmente existen varias técnicas biológicas de inseminación artificial, las cuales se tratan por separado así como las de fecundación extrauterina. Los últimos avances hechos por el hombre en el campo de la biología han sido llamados, por algunos, La Revolución Biológica, puesto que el hombre ahora no solo es capaz de describir los fenómenos biológicos, sino de modificar el curso mismo de la evolución de las especies.-

1. INSEMINACION:

Toma su definición de la etimología misma de la palabra, consiste en la introducción de esperma en el interior de los órganos genitales femeninos mediante un procedimiento distinto al contacto sexual normal. Para su realización, requiere de una inyección de esperma, practicada en el canal cervical y en el útero, estando la paciente en posición

ginecológica o de parto; y luego de unos minutos la futura madre puede continuar con sus actividades habituales.

1.1 INSEMINACION HOMOLOGA O AUTOINSEMINACION:

Es método de inseminación es aquel por medio del cual la mujer es fecundada con el esperma de su esposo, de allí su nombre de homóloga, pues se realiza entre esposos o convivientes que por una u otra razón no pueden fecundar por medio del acto sexual, pero el espermatozoo y el óvulo respectivamente si están en condiciones para formar un nuevo ser.

Se practica cuando hay imposibilidad para fecundar el óvulo de la mujer por el espermatozoo del varón de una forma natural, debido a trastornos funcionales como el bajo conteo de espermatozoos, o por alguna razón de carácter físico. También se recurre a esta práctica cuando los cónyuges se encuentran físicamente separados por grandes distancias, o estarán separados en un futuro, y desean procrear tarde o temprano.

Para practicar una inseminación se imponen encuestas individuales previas y, particularmente, minuciosos donde juega un papel muy importante el laboratorio, con el fin de descubrir a través de los exámenes pertinentes, las causas de la infertilidad y determinar el agente humano responsable de la misma, así como el carácter curable o nó de la afección. Si se encuentra en la mujer debido a un estado de imposibilidad de concepción fisiológica sin solución, por ejemplo, toda tentativa para forzar la naturaleza estará a su vez condenada a la esterilidad y por ende al fracaso. De la misma manera, si el exámen del varón denuncia únicamente algún defecto anatómico o fisiológico que no hace posible el coito completo pero que clínicamente puede remediarse, permitirá establecer la indicación de la autoinseminación artificial. O sea el hecho de inseminar a la esposa con el mismo esperma del esposo, por los métodos ya indicados.

1.2 INSEMINACION HETEROLOGA O HETEROINSEMINACION:

Se refiere a la inseminación de la mujer por medio del espermatozoide de un tercero. Suele practicarse cuando hay imposibilidad absoluta de que el esposo logre fecundar el óvulo de la mujer, o sea es la esterilidad de manera absoluta de parte del esposo, la cual puede deberse a un caso de obstrucción de la vías seminales, por un trastorno de espermatogenesis, (proceso de producción de espermatozoides), o casos de hombres azoospermias, o bien que las células generadoras de espermatozoides estén lesionadas, así también puede ser causa de razones médicas graves que hacen imposible la procreación por medio del esposo, como: enfermedades hereditarias, o la incompatibilidad del factor RH de la sangre de los esposos.

Cabe además indicar que en países más evolucionados y liberales y, por supuesto, con una cultura muy diferente a la nuestra, es el método al que están recurriendo las parejas formadas por personas del mismo sexo, por supuesto mujeres, (lesbianas), con el fin de tener hijos; casos que aunque nos sorprenderá ya se están dando en nuestro país, según las encuestas y entrevistas que tuve que realizar para el presente trabajo; en varias ocasiones los médicos que efectúan las inseminaciones artificiales, se ven consultados por lesbianas que recurren a ellos con el fin de que se les ayude a completar su familia... .-

2. TRANSPLANTE DE OVARIO:

Este se realiza en mujeres que por diversas circunstancias sus ovarios no funcionan, no producen óvulos, en consecuencia no pueden concebir. Para vencer esa deficiencia los científicos han llegado a realizar los trasplantes de ovario, por medio de una operación quirúrgica, trasplantando el ovario de una mujer donante a otra receptora, con el objeto de que este produzca óvulos, y de esa forma lograr la concep

ción.

Partiendo del hecho que el órgano reproductor de óvulos en la mujer es el ovario, estamos ante el caso en que la mujer estéril, en virtud de que su ovario no le produce óvulos para poder ser fecundados por el esperma de su esposo ó carece de éstos organos del aparato reproductor, entonces se somete a un transplante de ovario de otra mujer, para que se produzcan los óvulos que con la unión del esperma den lugar a una nueva vida.-

3. FECUNDACION ARTIFICIAL EXTRAUTERINA:

Como su nombre lo indica, este metodo hace referencia a las formas puestas en práctica en los modernos laboratorios, por los más eminentes médicos especialistas en la materia de muchos países, incluyendo para nuestro orgullo a Guatemala. Este método consiste en una fecundación realizada de una u otra forma fuera del útero de la futura madre, en un laboratorio con la ayuda de una especialista; formas entre las cuales tenemos practicándose actualmente en nuestro país: **METODO DE GIFT Y METODO DE BEBE PROBETA.**

Dichos métodos son los utilizados como un último recurso, en parejas que ya han sido tratadas y que quedan excluidas de poder utilizar cualquiera de los otros métodos analizados anteriormente.

Se deben tener muy claramente, ante todo, los siguientes conceptos:

A) ESTERILIDAD:

Implica una causa irreversible de corregir medicamente, y por lo tanto, la única posibilidad de que una pareja tenga hijos cuando afronta este problema es la Adopción Legal.

B) INFERTILIDAD:

Implica una causa corregible, através de los métodos ya señalados anteriormente; y que en todo caso el último

el ultimo recurso o posibilidad existente es cualquiera de los métodos de fertilidad asistida, como el método de GIFT y el de Bebe Probeta, los cuales como indigué se practican cuando se determinan que son parejas Infértiles, ya sea por naturaleza o debido a una diatrogenia (Daños causados por un Médico), como por ejemplo: Una obstrucción en las Trompas de Falopio o un bajo conteo de espermatozoides.

Los métodos de GIFT y Bebe Probeta son iguales en su etapa inicial y se diferencian en su etapa final, en ambos casos son requisistos esenciales que las parejas estén muy bien compenetradas del paso que van a dar, en lo que se refiere al aspecto religioso, social y economico, así como de los resultados a obtener.

3.1 METODO DE GIFT = GAMETE INTRA FALOPIAN TRANSFER:

En español significa Transferencia de Gametos a la Trompa. Se efectua de la siguiente forma: se procede a hiperestimular la ovulación de la mujer, con el fin de que produzca más óvulos de lo normal, (Inducción de la Ovulación).

Dichos óvulos son controlados constantemente en un laboratorio por un biólogo, a través del sistema de ultrasonido; cuando el especialista (biólogo) identifica que estos están en perfecto estado desde el punto de vista de la forma, en una sala de operaciones, a través de una pequeña cirujia, se le extraen a la mujer y se le colocan en un cateto, luego se le saca también la Trompa de Falopio a la señora y se procede a colearle en ella los óvulos extraídos, junto con los espermatozoides, que previamente habran sido colocados en otro cateto también pero sin juntarlos; se colocan en el lugar donde la naturaleza lo hubiera hecho, es entonces que se espera que la fertilización ocurra;

generalmente se colocan un o dos espermatozoides a la vez. Con este método el cuarenta por ciento de las mujeres que se someten a él pueden lograr concebir un hijo, o sea que es ese el porcentaje de probabilidad existente para tener un bebe a través de este método.

3.2 METODO DE BEBE PROBETA:

Esta indicado, primero que todo, en mujeres que han perdido las Trompas de Falopio o ha sufrido de infecciones cerveras, o endometriosis cerveras, entonces el paso no está libre, por lo cual es necesario sacar/extraer los óvulos o huevos como se habla en la jerga común, se ponen en una cajita "de Petril", mal llamada probeta; y con espermatozoides se fertilizan, seguidamente se colocan en una incubadora, y, cuando se ha logrado que el bebe crezca, o sea cuando esté en 4 o 6 células, lo cual sucede luego de 3 días, significa que se a convertido en embrión, entonces se le introduce a la señora nuevamente a través de un cateter, dentro del útero, vía vaginal, para esperar que allí ocurra la implantación del Bebe, ya que la fertilización se llevó a cabo fuera.

Con este método, según las estadísticas, solo quince de cien mujeres logran tener un bebe, y dos de tres son partos generales.

Vale la pena hacer una breve referencia de lo que consta olo que significa un laboratorio, como los que indicamos en donde se realiza o practica cualquiera de los métodos antes mencionados.

En la etapa inicial de cada uno de los métodos es indispensable contar con especialistas, especialmente biólogos y el equipo especial de ultrasonido, para la etapa durante la cuál se está realizando la estimulación previa de ovulación.-

¿Qué comprende el laboratorio en el cual se realiza una práctica de GIFT o BB PROBETA?

En primer lugar, comprende un ambiente esterilizado, microscopios, esteroscopios de disección optimos para trabajar los embriones, incubadoras donde crecen los embriones, medio de cultivo: human fluid= fluido de la trompa de falopio humano, el cua es un substituto compuesto de todas las substancias humanas como proteínas, aminoácidos que las mujeres contienen dentro de la trompa de falopio; este medio de cultivo es el más parecido al humano y optimo para que los embriones crezcan, las cajitas donde crecen los embriones, son de unos tres centímetros cuadrados y uno de ancho, completamente esterilizadas, en las cuales son colocados los óvulos y los espermatozoides, y el líquido de medio de cultivo, en el cual se formará el embrión y crecerá, que es de tamaño microscópico, y nunca crecerá mas del tamaño optimo para el cual están hechas la cajitas de donde pasará directamente al útero de la mujer.

Todos los objetos a utilizarse son desechables, y fabricados especialmente para Fertilización In Vitro de Humanos.

En Guatemala, para la práctica de estos métodos se cuenta siempre con asesoría del extranjero, así como cada uno de los objetos y aditamentos usados necesariamente son importados, por lo cual, en nuestro país, tiene un costo aproximado de cinco mil dolares, (lo que incluye la medicina y lo que se gasta en la hiperestimulación de la ovulación previa que se practica en la paciente).

El doce de noviembre de 1990, nacieron en Guatemala los primeros hijos de tres pacientes que se sometieron a este tratamiento, de once a quienes se les practicó, entre ellas una paciente de San Pedro Sula Honduras y dos de Guatemala, dicha practica fué realizada por los doctores: Jose Balmaceda, Catalina Zuluaga, Dany Rostein, del extranjero, y de Guatemala, Jorge Gonzales y Haroldo López Villagran.

Podemos entonces afirmar, en base a lo expuesto anteriormente, que ya no solo se practican estos métodos en el extranjero, sino que en nuestro país ya es posible realizarlos, en efecto se están practicando periódicamente. Solo cabe indicar que los médicos con los adelantos de la ciencia "No son creadores de Vida pero ayudan a las parejas a hacer posible un embarazo".

Con los métodos que hemos analizado, resulta fácil pensar en las otras muchas prácticas que se pueden realizar teniendo como base los indicados, tales como: El alquiler de Madres o Madres Substitutas o Suplentes, por ejemplo, caso que sería similar al método del Bebe Probeta, pero dándose el supuesto que la madre no pudiera aceptar el embrión implantado, o este no consiguiera las condiciones óptimas en el vientre materno para convertirse en feto, se deberá practicar con el óvulo de la madre y el esperma del padre, el cual al convertirse en embrión se implantara en el útero de una tercera persona ajena a la pareja, o sea la madre substituta o suplente, quién únicamente dará su vientre para que germine la semilla ya fertilizada de la pareja. así también se dará el caso que una mujer no tenga, o no le sea posible producir óvulos, puede ser inseminada con el esperma del esposo una tercera persona, mujer mujer quien estará donando su óvulo... , y así podrían plantearse una serie de variantes muy posibles y reales que sin ir tan lejos en nuestro país se plantean a diario, y que los médicos atienden día a día tratando de buscar las soluciones más favorables para cada pareja que desean ser padres.-

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

C A P I T U L O I

SEGUNDA PARTE:

ASPECTOS BIOLÓGICOS

El óvulo y el espermatozoide son portadores respectivamente de la herencia paterna y materna. Y, a diferencia de las demás células del cuerpo, que tienen 46 cromosomas, los gametos tienen solo 23. El óvulo al fecundarse da comienzo a un nuevo ser distinto a los padres con su propio código genético individual.

A) FECUNDACION:

La fecundación se produce en las Trompas de Falopio. El óvulo fertilizado por el espermatozoide, desciende hacia el útero, y a los 3 o 4 días en su estado de mórula es de 16 a 32 células (blastocitos), permaneciendo libre dentro del útero por espacio de 3 a 4 días. Es decir, a la semana de haber ocurrido la fecundación es cuando el embrión ya en estado de blastocito, comienza a fijarse en las paredes del útero, tardando otra semana aproximadamente en concluir la fijación (anidación). Por lo consiguiente puede aceptarse como regla general que la anidación concluye unas dos semanas después de ocurrida la fecundación.(1)

A partir de ahí, el fruto de la fecundación prosigue su desarrollo pasando de embrión a recibir la denominación de feto, al final de la sexta semana hasta el alumbramiento. Con el corte del cordón umbilical adquiere la absoluta individualidad.

(1) LACADENA, Juan José: La Naturaleza Genética del Hombre; CONSIDERACIONES EN TORNO AL ABRIO, (41), Cuenta y Razón. Fundes, No.10 (Marzo/Abril 1983) Madrid.-

Los científicos no pueden señalar un cambio cualitativo en ese proceso que transcurre desde la concepción, durante el que se van manifestando caracteres, siguiendo las órdenes de su programa genético. El problema radica en determinar cuando la vida recibe la calificación de humana y se le puede aplicar el concepto de "nasciturus". Las distintas teorías se pueden agrupar en las siguientes:

A.1 ANIDACION:

Criterio decisivo para muchos autores, porque en esta fecha suponen que el embrión ya tiene la unidad o individualidad. En este sentido se define la Sociedad Alemana de Ginecología. Lacadena, aunque reconoce que una vida distinta comienza en la fecundación, opina que mientras el embrión no está anidado no se puede diagnosticar el embarazo (2).

En base a esto, otros opinan que un embrión producido "In Vitro", no tiene potencialidad para llegar a término sin que sea implantado en una mujer. Con la anidación piensan que en cierto modo se completan sus probabilidad de vida.

A.2 VIABILIDAD:

Considera vida humana a la del feto cuando es viable. Será viable el feto cuya madurez es suficiente para vivir fuera del útero materno, es decir cuando se le pueda considerar "atermino". Hoy por hoy se ha demostrado su total autonomía e independencia respecto de la madre, sólo necesita alimento (en sentido amplio), igual que el niño y lo mismo que el adulto.

(2) LACADENA, Juan José. ASPECTOS GENETICOS DE LA REPRODUCCION HUMANA. (P.16).

dirse, sera indicutible único desde el primer momento, sin razón para que se le llimiten sus derechos, no se sabra lo que puede sucederle hasta transcurrido 14 días en que haya comprobado experimentalmente que sigue siendo uno y, no afecta a su existencia nuestro conocimiento de la situación.

A.5 LA FECUNDACION COMO COMIENZO DE LA VIDA HUMANA:

Con la fertilización del óvulo por el espermatozoide se da origen a un nuevo código genético individualizado, allí está ya la persona.

En el genoma están todos los elementos que corresponde al ser humano, que se irán manifestando de acuerdo con el programa de su código genético.

Se afirma que "todo hmbre es persona desde el mismo momento de la concepción... tiene posibilidad de ser titular de derechos por tener capacidad jurídica abstracta". Para Storch, el concepto jurídico de persona, ⁽³⁾ es consecuencia necesaria del concepto filosófico y este es corolario del concepto biológico.

Tambien Lacadena nos dice, en cuanto a la cuestión de cuando empieza la vida, ningún científico dudaría en responder que es el momento de la fecundación, puesto quede dos realidades distintas **El Ovulo y El Espermatozoide surge una nueva realidad "el cigoto con dos prenucleos, que tienen su propia potencialidad y autonomía genética, ya que aunque depende de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar según su propio programa genético".** ⁽⁴⁾

(3) STORCH, José Gabriel. Acerca de la Naturalez Jurídica del Concebido No Nacido. La Ley, año VIII No. 1776, 5 de junio de 1987.

(4) LACADENA, Juan José. Una lectura Genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Aborto. (p.1,559).Jano.Vol.XXIX No.665-H, 17-18 Noviembre de 1985.-

dirse, sera indicutible único desde el primer momento, sin razón para que se le llimiten sus derechos, no se sabra lo que puede sucederle hasta transcurrido 14 días en que haya comprobado experimentalmente que sigue siendo uno y, no afecta a su existencia nuestro conocimiento de la situación.

A.5 LA FECUNDACION COMO COMIENZO DE LA VIDA HUMANA:

Con la fertilización del óvulo por el espermatozoide se da origen a un nuevo código genético individualizado, allí está ya la persona.

En el genoma están todos los elementos que corresponde al ser humano, que se irán manifestando de acuerdo con el programa de su código genético.

Se afirma que "todo hmbre es persona desde el mismo momento de la concepción... tiene posibilidad de ser titular de derechos por tener capacidad jurídica abstracta". Para Storch, el concepto jurídico de persona, ⁽³⁾ es consecuencia necesaria del concepto filosófico y este es corolario del concepto biológico.

Tambien Lacadena nos dice, en cuanto a la cuestión de cuando empieza la vida, ningún científico dudaría en responder que es el momento de la fecundación, puesto quede dos realidades distintas **El Ovulo y El Espermatozoide surge una nueva realidad "el cigoto con dos prenucleos, que tienen su propia potencialidad y autonomía genética, ya que aunque depende de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar según su propio programa genético".** ⁽⁴⁾

(3) STORCH, José Gabriel. *Acerca de la Naturalez Jurídica del Concebido No Nacido*. La Ley, año VIII No. 1776, 5 de junio de 1987.

(4) LACADENA, Juan José. *Una lectura Genética de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Aborto*. (p.1,559).Jano.Vol.XXIX No.665-H, 17-18 Noviembre de 1985.-

B) ANIMACION:

La animación con la Concepción, es actualmente la doctrina de al Iglesia Católica. El profesor de Medicina de Lovaina Pienus en 1620 afirmo que el alma se recibía al tercer día de la concepción. Paolo Zachia acusa a los abogados de mantener la dicotomía entre fetos animados onó, con el objeto de aminorar las penas en el aborto y escribe que "el alma racional se crea y se recibe en el momento de la concepción". (5).

En las coclusiones del Congreso Suizo de Bioética **EL EMBRION** un hombre se estableció que, independientemente del origen de la vida por el sistema normal de fecundación. se puede originar por partogenesis. Si el embrión obtenido por fecundación se divide en dos o tres nuevos embriones "un hombre habría comenzado en la fecundación, y los otros tres en el momento de producirse la separación, en embriología se considera que tal separación equivale a una fecundación, es como si se hubieran provocado otras fecundaciones.

En lo que concierne al alma, no se ve porque Dios no pudo crear tres almas al momento de la separación y unir las a los tres nuevos somas...en el caso de fusión (de embriones) basta ademitir que uno de los dos hombres ha muerto, y el otro continúa vivo, un alma se separó del cuerpo y la otra continúa vivificando su cuerpo...se debe decir para evitar confusiones que: "La vida comienza en la concepción: unas veces por fecundación y otras por otros procedimientos equivalentes" (6).-

(5) LORENZO SANCHEZ, Antonio de y LORENZO Y MONTERO Ricardo y Jaime. "El Comienzo de la Vida Humana" (notas) (P.50) Boletín del Colegio de Abogados No.4 Julio/Agosto 1986 Ollero, Andres.

(6) CONGRESO SUIZO DE BIOETICA. El Embrión: Un Hombre (conclusiones).-

C A P I T U L O I

TERCERA PARTE:

1. ¿QUE ES PERSONA?

Persona, según Santo Tomás de Aquino, es "perfectissimum in tota natura" (Es lo más perfecto de toda la naturaleza). Kant afirma que la persona es de suyo un fin dotado de valor intrínseco, siendo así que todos los demás seres son medios nada más. A ese valor intrínseco le denomina divinidad. Boecio definió a la persona como "sustancia Individual de Naturaleza Racional". Sustancia individual significa realidad indivisa. El principio intrínseco inmediato de la persona es su esencia.

Es lo verdaderamente humano, lo que puede faltarle con carácter necesario para poder decir que es humana. La esencia es el núcleo de la cosa de donde salen las propiedades que la caracterizan. Es lo que permanece.

Millán nos dice de la esencia: "todo cambio supone algo permanente como sujeto común de lo estinguido y de lo aparecido en el hecho mismo de cambiar. Lo que se llama transformación, no consiste en que una forma se haga otra. Las formas se transforman. Lo que se transforma es un *subjetum* que teniendo, no siendo una forma determinada, pasa a través del cambio, a tener otra diferente. Así pues, el sujeto de la transformación continúa siendo lo que radicalmente era antes de transformarse: algo que permanece, por no consistir en lo que adquiere ni en lo que pierde el cambio", Así continúa Milla Puelle "Ser esencial... hombre no es - ninguna de sus diversas formas de existencia. Por muy distintas que entre sí esas formas puedan ser, sin la permanencia de un sujeto no hay fundamento alguno para la unidad

de los dos polos cinéticos". (7)

Estas últimas palabras no sólo definen al hombre en lo que es su esencia y en lo que ésta consiste, sino que sale al paso de todas las teorías existencialistas e historicistas. Para los existencialistas, la existencia es anterior a la esencia.

el hombre se va haciendo al existir, y de ese modo va conformando, dando forma a su ser humano, y a su esencia. Para el historicismo, por ser el hombre el ofrece diversidad de manifestaciones. Para ser libre no puede tener una naturaleza que le condiciona y determina de algún modo. Luego decir libertad es decir indeterminación, libre albedrío. El hombre es historia. Pero, ¿cómo puede el sujeto ser historia, tener libertad y libre albedrío, si no hay sujeto?

En el tema de la fecundación In Vitro, si se está, a lo que ser persona significa, dotado de "un valor intrínseco que se denomina dignidad", esa persona merece todo el respeto que le corresponde por único y suficiente título de pertenecer a la especie humana... "no se adquiere una cualidad determinada que sirva para redefinir que un ser humano ya lo es". (8)

2. PERSONA:

Se le considera como tal a un ser o entidad capaz de obtener derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones.

Capitant, hace una definición análoga cuando dice que persona es el ente al que se le reconoce capacidad para ser

(7) Millan Puelles, A. SOBRE EL HOMBRE Y LA SOCIEDAD (Ipp.26-27 y 38)
Ediciones Eialp, S.A. Madrid 1976.

(8) Millan Puelles, A.

sujeto de derecho. Además existe otra categoría que es la que en este momento nos interesa en nuestro tópico, y es la que refiere a las denominaciones Persona por Nacer, o sea a aquellas que están concebidas en el seno materno, pero que todavía no han sido alumbradas. El tema de si la existencia de las personas se inicia en el momento de la fecundación o en el del nacimiento, es muy discutido por la doctrina, pues mientras algunos autores estiman que la persona siempre que tenga condiciones de viabilidad surge en el parto, o, mejor dicho en el instante en que el feto es separado del claustro materno, otros sostienen que la concepción, criterio que se basa en el hecho de que desde ese mismo momento, el ser concebido adquiere derechos, especialmente relacionados con las donaciones y las sucesiones, aunque, queden supeditados al nacimiento con viabilidad, e incluso reciben una protección penal, por cuanto la destrucción del feto configura el delito de aborto... (9)

3. PERSONALIDAD:

A manera de conclusión podemos decir que es la diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra, y por ende ésta, jurídicamente representa la aptitud para ser sujeto de Derecho.-

3.1 El comienzo de la personalidad:

Sabido es que para el derecho la personalidad comienza, no con el nacimiento del ser humano, sino antes, la concepción determina el momento a partir del cual existe el sujeto, al que se denomina PERSONA POR NACER, cuya existencia distinta, si bien biológicamente dependiente de la madre, ha de reputarse tal jurídicamente, si nace con vida.

(9) MANUEL OSSORIO. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.-

La concepción ocurre mediante la fecundación del óvulo por un espermatozoide. La fecundación se produce, físicamente en el tercio externo de la trompa de falopio y una vez formado el huevo (gameto), termina el descenso hasta la implantación del embrión en el útero donde prosigue su desarrollo. Pero desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide queda determinada la individualidad genética del nuevo ser. El desarrollo embrionario y fetal posteriores no alteran esa individualidad, ya sintetizada mediante los componentes genéticos de las células germinales originarias. (10).

La Fecundación extrauterina provoca la concepción fuera del medio físico natural y facilita el encuentro de las células germinales a través de procesos físicos y químicos adecuados. Sin embargo, ahí IN VITRO, en la Probeta (Caja de Petril) existe a partir de ese momento, el embrión humano, el ser en potencia. ¿Está allí la persona?... Es posible que para muchos (incluso para el biólogo o el físico que que operan en el laboratorio), el embrión aún implantado en el útero sea solamente un compuesto un mero proyecto genético del cual todavía se es dueño. Quizá esta mentalidad haya debido prevalecer en la serie de experimentos previos a su culminación exitosa. ¡Cuántos óvulos habrán sido fecundados In Vitro hasta que finalmente, se logró el embrión que fué implantado en el útero de una futura madre!, Pero es claro, no será la primera, ni la última vez que la vida humana se sacrifica en el holocausto del progreso científico y en este caso particular, a la creación de nuevas vidas.

(10) El asunto envuelve aspectos de orden religioso y metafísico, así por Eje. el naturalismo tomás, doctrina oficial de la Iglesia Católica en el punto sostiene por boca del Propio Santo Tomás... "en los animales superiores que se genera por la cúpula, la virtud genésica esta en el semen masculino y la materia del feto es lo que suministra el cuerpo femenino, y esta materia se halla desde el principio del alma vegetativa..." (Sto. Tomás de Aquino, suma teológica, con notas de Leonardo Castellani, 1951).-

Si bien es cierto, literalmente la Constitución Política de Guatemala indica que el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción así como la integridad y la seguridad de las personas, así también podríamos indicar por ejemplo: el código civil argentino, refuta el comienzo de la existencia de las personas desde su concepción en el seno materno; y ello podría llevar a decir, como en realidad se ha dicho ya, que hasta que el embrión no sea implantado en el seno materno, esto es en el útero no existe jurídicamente la persona. Eazonado así se llegará a concluir, inevitablemente, que en los casos de fecundación extrauterina, el comienzo jurídico de la personalidad no coincide con la concepción que lo es "fuera del seno materno", sino con la implantación del embrión.

A mi parecer creo que no es así, el comienzo de la existencia biológica del ser coincide con la concepción, ahora dentro o fuera del seno materno. El artículo antes indicado no puede ser, en este punto, literalmente interpretado. A mediados del siglo pasado, aludir a la concepción humana "el seno materno" era normativamente una redundancia. Pero no lo es hoy, se impone entonces, y ello no es ninguna novedad, una interpretación funcional acorde con la evolución de los conocimientos de la biología y las posibilidades que brinda la genética humana. ⁽¹¹⁾.

(11)Cfr., las observaciones de Interman Masjoan, Indiana Ibis, desde Vélez Sarsfield, has el "Bebé de la Probeta", en Zeus, t. 14 suplemento diario del 31-8-78, ps. 1-2.-

4. ASPECTOS JURIDICOS :

A. Personalidad Jurídica:

La Dignidad le corresponde a la persona por se miembro de la especie humana. La dignidad postula ineludiblemente la persona jurídica, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la atribución de derechos y deberes que le corresponden y son inherentes e inviolables. (12)

El derecho al reconocimiento y desarrollo de la personalidad jurídica está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Constitución de la República Federal Alemana, la Constitución Española de 1978, e Interpretativamente en nuestra constitución vigente. Existe además un texto muy importante, de la legislación positiva internacional, al que hay que volver la vista y tomarlo muy en consideración. Es el principio 40. de la Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959, que les reconoce la atención. **INCLUSO ANTENATAL.** Es sin duda en esta Declaración en la que se fundó el Consejo de Europa al afirmar en el preámbulo de la recomendación del 17 de octubre de 1984 lo siguiente: En el campo de la Procreación Artificial Humana debe tomarse en cuenta el hecho de que los **Embriones y Fetos resultantes tienen la Potencia de Desarrollarse en Seres Humanos.** Y en consecuencia deben ser respetados y apropiadamente protegidos".

Como vimos anteriormente, la base constitutiva de todo ser vivo es, ante todo, su naturaleza. El concepto biológico es el fundamento del concepto filosófico sobre el que edifica la concepción jurídica de la personalidad.

(12) PEREZ COMEZ, Jesus. La Dignidad de la Persona. (Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación) (P.15), 5 de mayo de 1966.-

Es lógico entonces que el embrión viable no pueda disfrutar de derechos. Los efectos se mantienen en estado latente (ejemplo de la herencia yacente). Cuando nazca y cumpla los requisitos inherentes y se conozca su identidad, sexo y si se trata de embarazo múltiple o individual, podrá ostentar y transmitir esos derechos de los que es titular. Es importante la distinción entre unos efectos que se retrotraen (como dice Federico Castro), y una personalidad jurídica que se anticipa. La diferencia está en que los efectos no prejuzgan cuál sea la naturaleza jurídica del sujeto. La Personalidad jurídica, anticipada en virtud de una dignidad de la que es acreedor como miembro de la especie humana, le hace merecedor de un respeto y consideración absoluto. Es lógico que así sea teniendo en cuenta que se paso por el estado embrionario es circunstancial y pasajero. Todo lo que afecte a su integridad física, a su localización en un entorno adecuado para su óptimo desarrollo y cualquier circunstancia restrictiva o modificativa, afectaría a la persona jurídica con el pleno uso de todos sus derechos que será más tarde. Por eso es importante distinguir si son unos efectos que se retrotraen a una personalidad jurídica que se anticipa. Si no se reconoce esa personalidad jurídica anticipada al embrión, se le está degradando al nivel de cosa, u objeto apropiable. La consideración de cosa apropiable permite que se transfiera, se regale, se venda, se congele, se experimente sobre él, y se le destruya.-

Cabe indicar que de forma muy atinada, el tribunal constitucional de España, no concede al embrión el estatuto de persona ni le considera sujeto de derecho (Sentencia del 27 de Junio y 11 de Junio de 1985). Le concede el derecho a la vida, aunque su vida esté protegida por el artículo 15 de la Constitución Española, que dice que todos tienen derecho a la vida, Un derecho se tiene, y, ¿Cómo se puede tener y no ser titular?. Otra cosa es que no esté en condi-

ciones de ejercitar ese derecho. Como dice Martínez Calcerada (13), "el titular puede ser sustituido por un representante legal"

2. Consideración Final:

En una época en que los abortos probocados y las técnicas para evitar embarazo por medio de anticonceptivos y esterilizaciones permanentes de hombres y mujeres, aumentan en forma proporcional, en donde mueren de inanición los niños de países subdesarrollados, cuando se teme que se agoten los recursos naturales que deberán alimentar a la población del globo y se organizan conferencias mundiales para tratar de la supepoblación, parece un contracentido estimular las técnicas de fecundación artificial. llegando a proponerse la participación de mujeres solteras y viudad.

Es cierto que la moral debe adaptarse a veces a la conyuntura específica de una sociedad en crisis, pero será de acuerdo con las necesidades de esa sociedad y no en su contra si no preside el buen sentido y se anteponen intereses personales al bien común, se corre el riesgo de caer en la incoherencia.

(13) MARTINEZ CALCERRADA, LUIS. Derecho Médico. Vol.I (P. 294) Editorial Tecnos, Madrid España.-

CAPITULO II :

PRIMERA PARTE:

PROYECCIONES

Si el lembrión humana puede obtenerse In Vitro, nada impediría luego su implantación en un útero adecuado para su gestación, que no fuera el de la madre, y después del nacimiento del bebe, la entrega de éste a los progenitores, previo pago por supuesto del correspondiente "alquiler". Perspectiva alucinante como la venta de óvulos o de esperma. Todo es imaginable, países como Japón, Estados Unidos, la antigua Unión Soviética, (Hoy países independientes), Argentina, Brasil, Costa Rica, y Guatemala, cuentan hoy con bancos de esperma masculino obtenido de donantes previamente seleccionados, teniendo en cuenta sus antecedentes familiares, estado de salud, características morfológicas, etcétera. Los médicos ofrecen a las potenciales madres que recurren a ellos por información sobre los caracteres genéticos del esperma disponible aún cuando la identidad de los donantes se oculta impide pensar, en lo sucesivo, en bancos de óvulos, y en centros de fecundación extrauterina que mediante una retribución convenida, posibiliten la implantación de embriones así obtenidos.

Sin embargo, todo esto no debe tentarnos a desechar los alcances de una uténtica conquista cinética, la venta de esperma o de óvulos, odirectamente, la comercialización de embriones. Pero también los logros de la moderna embriología, ponen al alcance de muchas personas un modo de resolver requerimientos concretos, sin perjuicio de las investigaciones colaterales que en todos los campos posibilitan. Lo fundamental a mi juicio "i a ello obedece esta tesis", es prefigurar, lo más certeramente posible, los límites éticos de las aplicaciones que de la investigación biológica y genética hace el hombre.

Es difícil tarea por cierto, ya que a no dudarlo esos límites éticos solo podemos formularlos en cada época a partir de lo óntico: el mundo en que vivimos dicho simplemente. Lo arduo es lograr el acceso al funda-

mento ontológico de lo ético que descubra de lo cotidiano, lo positivo, el sentido de una intuición ética estimativa que nos proporcione el valor y el disvalor de las cosas.

Y después ha de venir el planteo del jurista. Es claro que su toma de posición dependerá de sus propias convicciones y su sentido de lo justo. No podrá empero, negar que el derecho presume no sólo lo científico sino también lo ético. Y esto no significa combatir el progreso científico y técnico; significa que el orden científico, más allá del fenomenismo y de su relativismo, está subordinado a un orden superior en que las categorías axiológicas valorativas, señalan límites. Rescatamos, en este sentido, el pensamiento de Sciacca "La ciencia transforma la naturaleza, y a través de la técnica, hace de ella que es un dato, una obra de el hombre...; pero el hombre no se contenta con transformar la naturaleza para hacerla siempre más favorable a sus necesidades. Hay en él otra exigencia más profunda y más humana: Transfigurar las cosas, ver en ellas la verdad en relación al espíritu..."⁽¹⁴⁾.

El pensamiento que rescatamos es válido aún para quienes no comulguen filosóficamente con el espiritualismo. De un modo u otro los límites éticos son permanentemente destacados por los más diversos pensadores aún cuando no se acepte el iusnaturalismo. Más que de un renacimiento del iusnaturalismo, se debería hablar del eterno retorno de aquellos valores que hacen la vida humana digna de ser vivida, y que los filósofos revelan, proclaman, y al fin tratan de justificar según los tiempos y las condiciones históricas, con argumentos tomados de la concepción general del mundo prevaleciente en la cultura de una época.⁽¹⁵⁾ Pues bien, la ciencia coadyuva a que la vida del hombre sea, cada vez más digna de ser vivida.

(14) Sciacca, Michele Federico, *¿Que es el espiritualismo Contemporáneo?* H.A. Difrieri, BS.As. 1962, Pag. 14.

(15) FOBIQ, Norberto, en el simposio sobre Derecho Natural y Adología en el XIII, Congreso Internacional de Filosofía, Mexico, 1963. P. 63.-

REPLANTEOS JURIDICOS :

Los avances científicos y sus por momentos espectaculares logros, pueden llegar a conmover los cimientos mismos de los principios seculares del derechos.

Buena prueba de ello nos la da el tema de la inseminación artificial en seres humanos. Tanto está como la fecundación extrauterina replantean aspectos jurídicos y éticos comunes y encierran un problemática afin, su incidencia ante carencias naturales que impiden a hombre y mujer, en circunstancias concretas, lograr la procreación de un hijo mediante la cúpula normal.

Como es sabido, la inseminación artificial está estrechamente unida al descubrimiento de que el semen puede fecundarlo tiempo después de su eyaculación, si es adecuadamente conservado... por de pronto, y común a cualquier forma de procreación artificial, se hace presente un replanteo de fondo.

Es relativo el presupuesto biológico de la concepción, y por ende, de la procreación. Todas las legislaciones, aun las modernas presuponen "es obvio" que la concepción en el seno materno es obra común de padre y madre que engendran el hijo mediante el coito o cópula. Sin embargo, la inseminación artificial y la fecundación exaterina, permiten observar que puede haber concepción humana sin cópula, aunque, como ocurre en la inseminación homóloga, biológica y genéticamente el hijo concebido sea fruto de marido y mujer.

Y en estos supuestos se abre una importante brecha al tradicional principio de "Legitimidad de la Concepción". El Código Civil guatemalteco, como todos los códigos civiles que distinguen entre la Filiación Matrimonial y Extramatrimonial, juzgan que es el marido el padre del hijo concebido durante el matrimonio...(artículo 199). Esto simplemente, porque se juzga que sólo durante el matrimonio el coito o cópula fecundante de los cónyuges puede dar lugar a la atribución de legitimidad del hijo, sin perjuicio de la legitimación que por aplicación del "favor matrimonial" se acuerda a los hijos que, aún concebidos antes de la celebración del matrimonio, nacieren después, (Artículo 209, Código Civil, "de la Filiación Extramatrimonial). Sin embargo mediante

el procedimiento de la inseminación artificial, la esposa podría concebir un hijo que genéticamente es del marido, incluso después de la disolución del matrimonio por fallecimiento de aquél. Tal sería el caso del hijo póstumo dado a luz por la viuda después de 300 días posteriores a la muerte de su esposo (en que la concepción se presumiera que acaeció fuera del matrimonio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 199, código civil), si se probara fehacientemente que la viuda fue fecundada con semen de su cónyuge premuerto obtenido con anterioridad al decenso. ¿Podría calificarse a ese hijo como legítimo o de matrimonio?... Interpretativamente el Código Civil al respecto preceptua en sus artículos 202 y 206, que la filiación del hijo nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio, podría impugnarse por el marido; pero el hijo y la madre tendrán también derecho para justificar la paternidad de aquél, y, así mismo si la mujer quedara encinta a la muerte del marido, debnerá denunciarlo al juez competente dentro del término de noventa días, a fin de que se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación...Pero dado el tema que trato, se verían estos supuestos afectados por lo que prescribe el artículo 200 de nuestro Código Civil al preceptuar que contra la presunción del artículo anterior (199, ya citado), no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los treientos que precedieron al Inacimiento por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia; entonces como hemos dicho anteriormente de que el derecho no está a la par de la ciencia y en todo caso este artículo, merece ajustarse a la ciencia médica de hoy en día.

Desde otra perspectiva, se afecta el presupuesto tradicional de la presunción de paternidad legítima que recae en el marido de la mujer que concibió el hijo (Art.199 del Cod. Civil), entendiendose que esa paternidad se sustenta en las relaciones sexuales exclusivas que aquel mantiene con ésta, pues mediante el procedimiento de la inseminación artificial podría ocurrir que, aún existiendo imposibilidad material del marido de mantener con su esposa relaciones sexuales durante el

el período legal de la concepción, supuesto clásico que autoriza a impugnar o desconocer la paternidad presumida (Artículo 204, Código Civil), la esposa acreditará que la fecundación se obtuvo mediante inseminación artificial con esperma del marido, tal ejemplo, en el caso planteado por la doctrina extranjera, (16) en que éste hubiera consentido remitir a distancia su propio semen y luego pretende desconocer el hijo alegando la imposibilidad material de cohabitar con su mujer. O que aunque el marido probare que es impotente para el coito se constare que no es estéril y que accedió a que se extrajera el semen fecundante con el cual se practicó la inseminación posterior.

Más complejas aún son las cuestiones que suscita la inseminación artificial heteróloga, es decir con semen de un tercer donante, lo habitual es que recurra a este procedimiento por causa de esterilidad del marido y que la esposa cuente con el consentimiento de éste para ser inseminada con esperma ajeno. He aquí un situación completamente nueva para el derecho, como se ha señalado. Por una parte la presunción de paternidad del marido la clásica máxima "pater is est quen iustae nuptiae demonstrant," atribuida a Paulo, y que recoge el artículo 199 de Cod. Civil; rige plenamente, pero por otra parte el presupuesto biológico que nutre esa presunción desaparece; genéticamente hablando, el hijo concebido es de un tercero. Podrá responderse que aquí opera, en un modo relevante, la llamada voluntad procreacional, que corresponde al marido y no al donante del semen fecundante, que lo proporcionó sin pensar en ese hijo con un "fin personal" (como quién dona algo de sangre al banco de sangre de un hospital). Sin embargo al 1 inseminación heteróloga fuera practicada a la esposa sin el consentimiento del marido, la ausencia de la voluntad procreacional no obsta a que continúe operando la presunción de "pater in est ...", por injusta que aparezca en el caso concreto. ¿Podría el marido desconocer la paternidad del hijo así concebido por su mujer aún cuando na haya existido imposibilidad

(16) A título de ejemplo: Castán Tobeñas, José, Los Problemas Civiles de la llamada "Inseminatio Artificialis" en seres humanos en el libro de homenaje a Moneva Ruyol, Zaragoza, 1955-56, P. 405; Savatier, René, la Inseminación Artificial en el Derecho Positivo Frances, en la "Fecundación Artificial en seres Humanos" Es.As. P.27.-

material de relaciones sexuales en el período legal de la concepción ni ocultación del parto?. Tales, como sabemos, son los únicos supuestos en que nuestro derecho positivo puede interpretarse en favor de estas prácticas es conforme el artículo 203 Código Civil, que dice: (Adulterio de la madre), "El marido no puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, alegando adulterio de la madre, aún cuando ésta declare en contra de la paternidad del marido, salvo que se 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".

Concluimos que la atribución de paternidad como categoría jurídica no fué pensada en función de la voluntad procreacional del marido. Y aunque pudiese, acaso aspirarse a un sistema "abierto de impugnación", tampoco la voluntad procreacional sería el presupuesto de la atribución de la paternidad. Siempre se habrá de acudir al hecho biológico o genético que media en la procreación, para descartarla si fuera el caso.-

DIRECTIVAS BIOLÓGICAS, ÉTICAS Y JURÍDICAS DE LA FILIACIÓN LEGÍTIMA:

Presentado en sus grandes líneas el contorno problemático, es menester ineludible reordenar ideas. Diré que constituye cometido urgente conjugar la novísima posibilidad que brinda la embriología y la genética contemporánea con respuestas adecuadas en el ámbito jurídico que, como lo sugería presupone también cierto límites éticos.

Las categorías jurídicas "la filiación, y en particular la filiación matrimonial o legítima es una de ellas", reconocen en el Derecho de Familia un sustento biológico. Así se alude al matrimonio como institución jurídica que presupone la unión intersexual, y a la filiación que presupone la unión intersexual, y a la filiación que presupone la procreación. Pero cuando se alude al presupuesto biológico no necesariamente se le proyecta como única realidad, constituyente de la institución jurídica.

Del mismo modo es dable que la ley cree un vínculo jurídico sin correlación con el presupuesto biológico que naturalmente sustenta ese vínculo. Así, por ejemplo, la filiación sin procreación biológica en la

adopción. En este caso la realidad jurídica no es trasvase de una realidad biológica.

La realidad jurídica tiene sustento y creatividad propias. La Ley atribuye un vínculo jurídico paterno filial (y en su caso familiar en el supuesto de la adopción plena o legitimación) en casos en que juzga ética y solamente beneficioso crearlo. Desde esa perspectiva jurídica (no biológica) la filiación adoptiva, en la adopción plena, es en las relaciones familiares ontológicamente idéntica a la que emerge de la procreación.

Las instituciones jurídicas familiares se captan en la constitución de relaciones suy a base biológica contituye objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de la cultura. Las conquistas en el campo de la genética humana exigen al jurista, ahora conjugar los datos que aquella computa, en el espectro de las realidades o posibilidades biológicas, con los presupuestos que informa la "llamole así" realidad jurídica. En ese entendimiento creo necesario determinar las directivas fundamentales para ensayar no sólo una consideración axiológica de los resultados a que puede conducir la aplicación de las posibilidades que brinda la genética, sino su adecuada integración en función interpretativa del derecho vigente.

EL FUNDAMENTO BIOLÓGICO INSTITUCIONAL, SUS DICOTOMIAS:

El Derecho de Filiación Matrimonial, se asienta en dos pilares fundamentales, uno, de naturaleza biológica: el hijo es legítimo porque fué concebido por el marido y mujer. el otro, de naturaleza institucional; el hijo es legítimo porque fué concebido durante el matrimonio. El pimer fundamento implica una exigencia genética, el segundo una exigencia institucional.

Amos fundamento son recogidos normativamente, en nuestro derecho positivo "Código Civil, artículo 199", la Ley presume que los que los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio tienen por padre al marido" La presunción de paternidad inescindiblemente unida a la certidumbre de la maternidad, y a su vez, tanto la maternidad como la paternidad operan calificando la concepción "durante el matrimonio". A mayor abun-

damiento, el fundamento institucional se infiere de la presunción de legitimidad determinada por la circunstancia de que el hijo nazca después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o durante los trescientos posteriores a su disolución o anulación.

De tal modo es perfectamente coherente sostener que el medio utilizado para lograr la concepción del hijo es indiferente, siempre que en tal concepción intervengan exclusivamente los componentes genéticos del marido y mujer y que acaezca durante el matrimonio.

Esta constituye la premisa básica del razonamiento, y, como consecuencia, ha de afirmarse que el hijo concebido durante el matrimonio por la esposa mediante inseminación homóloga (es decir con el semen del marido), es legítimo. De igual modo el hijo concebido mediante fecundación extrauterina durante el matrimonio utilizándose un ovulo de la esposa y esperma del marido, es también legítimo. Coinciden, en ambos supuestos, la exigencia biológica y la institucional de la filiación matrimonial.

Pero puede ocurrir que el fundamento genético y el fundamento institucional no coincidan. Ello conduce a lo que podemos denominar una "dicotomía entre lo biológico y lo institucional".

Las modernas conquistas de la genética y de la biología permiten plantear tanto los casos de "tercería biológica" como los de "concepción genéticamente conyugal aunque institucionalmente extramatrimonial".

Los supuestos de tercería biológica comprenden todas aquellas situaciones en que el hijo si bien ha sido concebido durante el matrimonio de quienes aparecen como su padre o madre, es el resultado de una fecundación, es decir, concepción en que ha intervenido un componente biológico extraño a ambos, así:

1. Inseminación heteróloga practicada a la esposa durante el matrimonio.
2. Fecundación con semen del marido de un ovulo que no es de la esposa e implantación ulterior del embrión en el útero de ella.
3. Fecundación con semen de un tercero de un óvulo de la esposa.
4. Fecundación con semen del marido de un óvulo de la esposa e implante - del embrión en el útero de otra mujer.
5. Fecundación con semen de un tercero de un óvulo que no es de la esposa e implantación del embrión en el útero de ella.

Mientras tanto, los supuestos de concepción genéticamente conyugal aunque intitucionalmente extramatrimonial se reducirán prácticamente a dos:

1. Inseminación homóloga practicada a la esposa con semen del marido, después del fallecimiento de éste.
2. Fecundación extrauterina de un óvulo de la esposa adecuadamente conservado con semen del marido, practicada después del fallecimiento de aquella. En este caso, obviamente, el embrión será implantado en el útero de una mujer que no es la esposa, pero es indudable que, genéticamente, el hijo es fruto de la fecundación conyugal.

SEGUNDA PARTE:

PROBLEMAS ETICOS Y JURIDICOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

1. El Cuestionamiento Etico:

La ciencia pone al alcance de los matrimonios infecundos, en la actualidad: "Recurso de la Inseminación Artificial". Esta constituye una técnica, un método si se prefiere, que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer. En muchos casos la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser esta estéril. No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido. Pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido (Ejem. azoospermia, necrospermia, Etc.) la pareja decidiese recurrir a la linseminación artificial utilizando el esperma de un tercero. En ese caso la inseminación no es sólo un técnica o método para permitir la fecundación genética conyugal conyugal, sino que además aporta un componente genético ausente a la pareja para fecundar. En otras palabras, en el primer caso planteado (inseminación homóloga con semen del marido), los componentes genéticos, óvulo y espermatozoide fértil, existen en el marido y la mujer: la inseminación artificial sólo, "permítaseme la expresión" facilita su encuentro apto para lograr la fecundación.

En el segundo caso uno de los componentes genéticos de la fecundación, (esperma fértil) está ausente, falta. La inseminación lo aporta, lo introduce "desde afuera", (inseminación heteróloga).

La Inseminación artificial homóloga como la heteróloga participan de un carácter común: la fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino. A partir de ese procedimiento, analizaremos sucesivamente los cuestionamientos éticos que ha merecido la inseminación.

1.1 Inseminación Homóloga dentro del Matrimonio:

Quienes cuestionan, en general, la inseminación artificial parten de la siguiente premisa: en el matrimonio las funciones orgánico-sexual, son inseparables. Por tal razón, la licitud, ética, de la reproducción humana está condicionada a que se logre mediante la cópula perfecta. Lo contrario importaría una violación sui generis de la ley natural. (17).

Es pensamiento, en lo relativo a la inseminación homóloga dentro del matrimonio, ha sido particularmente en la ética católica. La que, en todo caso condena el "medio empleado" porque el matrimonio "no tiene por objeto" (18), la descendencia sino los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida, y destinados a ella...La Fecundación Artificial (19) viola la ley natural y es contraria al derecho y la moral.

(17) Valdéz Jesus, La Procreación irregular y el derecho. Madrid 1972, P.89.

(18) En la doctrina canónica debe distinguirse el objeto del fin del matrimonio. El objeto al contrato matrimonial, y, en cuanto a la materia que nos ocupa, dicho objeto es la prestación de la cópula ordenada a la generación. El fin de la prestación es la procreación, y, consecuentemente, la educación de los hijos. Por eso el matrimonio se anula por impotencia y no por esterilidad. La impotencia afecta el "objeto" del contrato, la esterilidad impide el fin cuyo logro, en definitiva, cae fuera de la voluntad de las partes. Como dice una sentencia del Tribunal de la Rota: "el fin es la prole, el objeto inmediato del contrato (matrimonial) es el coito mediante actos por sí aptos para la generación de la prole" (Bernardes Cantón, A. Curso de derecho matrimonial canónico, 2a. ed. Madrid 1969, p. 104, No.28-II).

(19) En realidad no es correcto aludir a la fecundación artificial en el caso, "porque lo que es artificial es la inseminación, o sea la colocación o inoculación del esperma en el seno materno. La fecundación en cambio, es completamente natural" (Díaz de Quijarro, Enrique, Proyecciones de Venezuela sobre reforma del Derecho de Familia diciembre 1977).

Es claro que la impugnación ética por provenir principalmente de la más alta jerarquía de la Iglesia Católica, el Sumo pontífice, involucra además cuestiones de fé. Un autor ha dicho que si bien no se le oculta, que para mucho juristas del mundo actual todo aquello no pasa de la categoría de lo opinable, se adhiere a esos pensamientos en la convicción de que la autoridad de la Iglesia "es infinitamente mayor que otra cualquiera humana, individual o colegiada, por más respaldada que pueda estar por altos organismo internacionales"(20).

Nosotros nos atrevemos a reflexionar, más allá de la sumisión al pensamiento pontificio en esta materia, aun cuando como católicos lo respetamos.

Sin entrar a discurrir en las ocasiones en que el Papa se ha expedido sobre el tema, lo ha hecho o no "ex-cátedra" ternemos el convencimiento de que sus conclusiones deberán de ser reformuladas en un futuro próximo. (21).

Estimo que si bien el objeto, la prestación, del acto matrimonial es la cópula entre esposos (concederse el uno al otro un derecho sobre el propio cuerpo a tal efecto), la inseminación homóloga durante el matrimonio no constituye un "medio natural" para la procreación. Si los esposos, manteniendo entre sí actos sexuales por sí aptos para la generación, como expresa el Canon 1081 del Código de Derecho Canónico, no logran procrear (que constituye uno de los fines primarios del matrimonio, según la teología tradicional), el recurrir a los métodos o técnicas que la ciencia moderna pone a su alcance para la consecución del fin no importa una afrenta a la naturaleza. Es que el hombre mediante la ciencia ha logrado, gracias a la razón superar carencia naturales. Del mismo modo que extirpa un tumor canceroso

(20) Valdéz, La procreación Irregular, Cit. p. anterior.

(21) No debe alamar ni sorprender que, en el curso de la historia, la doctrina de los doctores de la Iglesia haya sido permanentemente adecuada a las edgencias de los tiempos y a las verdades de la ciencia. Un sólo ejemplo basta: Galileo fué condenado por el Santo Oficio al sostener la imágen heliocéntrica del mundo, y esa condena involucra la tacha de herejía. Hoy, esta actitud oficial de la iglesia se presenta casi anecdótica y si fué explicable hace cuatro siglos, hoy no sería sostenible por jerarquía alguna.

que la naturaleza produce espontáneamente en su cuerpo conduciéndolo a la muerte en caso de no hacerlo, o que interviene quirúrgicamente en la apendicis o acepta una transfusión de sangre o trasplante de riñon, el hombre asume su naturaleza y la completa, la perfecciona.

La inseminación artificial homóloga durante el matrimonio no contradice la naturaleza en cuanto a lo fundamental: la fecundación del ser humano, con los componentes genéticos de marido y mujer. Falta el coito o cópula perfecta entre ellos, "pero no porque éstos la excluyan del objeto de su matrimonio", sino porque, por sí ese coito o cópula no logra satisfacer un fin a que está ordenado por la naturaleza: la procreación sería censurable que los cónyuges se entregaran a prácticas sexuales, contra natura, porque les place y, pudiendo fecundar mediante el coito vaginal, persistieran en aquellas prácticas y la procreación se obtuviese por inseminación artificial. Pero este supuesto es poco menos que impensable en los hechos.

Si se recurre a la técnica para procrear es porque los esposos no logran superar su infertilidad, no obstante haberlo intentado mediante el coito por sí mismo apto para la procreación.

Es más, podría llegarse a pensar que el no recurrir a la inseminación en estos supuestos, frustra el fin natural, de la unión matrimonial, desde la perspectiva ética que analizamos. En efecto, si los esposos no han excluido la cópula, recurrir a la inseminación es un medio que facilita el concurso de los componentes genéticos naturales para fecundar sin contrariar el objeto de la prestación natural de matrimonio.

"Queda dicho pues, que a mi sentir, la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar, siendo posible, la infertilidad de los cónyuges"

1.2 Inseminación Heteróloga Durante el Matrimonio:

Distinto es el caso en que, ante la esterilidad del marido los cónyuges, recurren al expediente de utilizar para la inseminación el semen de un tercero "donante". Porque entonces intervienen en la fecundación componentes genéticos extraños a marido y mujer, lo que no ocurre en la inseminación homóloga.

En el supuesto del cuestionamiento ético radica en los esposos por acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento activo de un tercero, y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear. Decía Pío XII: "A todo aquél que da la vida un pequeño ser, la naturaleza le impone, en virtud misma de este lazo, la carga de su conservación y educación". Pero entre el esposo legítimo y el niño fruto del elemento activo de un tercero (aunque el esposo hubiera consentido) no existe ningún lazo de origen ninguna legadura moral y jurídica de procreación conyugal. (22)

A lo que deben añadirse otras consideraciones; en primer lugar, que la inoculación del semen de tercero produce un resultado similar a la fecundación adulterina. Aquí no interesa y es irrelevante el consentimiento del marido, en segundo lugar, el procedimiento ataca el significado que tiene, en el matrimonio, la transmisión de la vida: obra personal e indeleble de los esposos. A ello aludía también Pío XII diciendo que reducir la cohabitación de los esposos y el acto conyugal a los gérmenes, sería "solo convertir el hogar doméstico santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico".

Es que en todos estos pensamientos existe un pero evidente, tal pero es el siguiente: el hombre no puede éticamente disponer, ceder o transferir sus componentes genéticos. Moralmente ello significa afirmar que es contrario a la naturaleza, ofrecer el semen fecundante a quien no es la esposa y, consecuentemente, es contrario a la naturaleza recibirlo teniendo en cuenta que el hijo es participación personal de los esposos en su procreación.

No creo, sin embargo, que la inseminación heteróloga importe un acto similar al adulterio en su valoración ética como se ha sugerido, porque en el adulterio hay un "entre del cuerpo", reprobada moralmente por parte del esposo o esposa que mantiene relación sexual extramatrimonial. Pero no podemos ignorar que la inseminación heteróloga introduce en la procreación un componente genético extraño a quienes, institucional-

(22) Pío XII, en su discurso al Congreso Internacional de Médicos Católicos de 1949, citado.-

mente, serán padre y madre del hijo. Aludo a la tercería biológica y ella es imposible de ignorar.

De un lado se advierte que la primera resistencia se presenta cuando se piensa que el hijo es una prolongación genética de sus padres. El hijo es fruto genético y trascendencia genética de sus dadores de vida. Es entonces indiscutible que la inseminación de la esposa con esperma que no es el de su marido compromete o repugna esta trascendencia genética. Genética el hijo es de un tercero que no es el padre.

El marido de la mujer ha contrariado la naturaleza al permitir que su esposa conciba con un tercero. Aludimos, obviamente, a contrarias la "naturaleza genética" que sólo en la concepción matrimonial ve el modo apetecible de generar la vida.. Es decir, no aludimos a la pura naturaleza biológica pues que la fecundación se produce, en esos casos, cumpliendo las leyes de eda naturaleza. Lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza para afrentar la naturaleza ética de laprocreación humana.

Sin embargo, no podemos ignorar que vivimos inmersos en un mundo concreto y en él obra toda una concepción antropológica obvia que nos condiciona. Desde otra perspectiva, quizá con el tiempo, el sentimiento ético pudiera ser distinto.

Aún así quedarán siempre pendientes las valoraciones éticas respecto a quien se desprende de su semen para su utilización por terceros. Puede ser repudiable su motivación : por ejemplo, lucrar mediante su venta o prestarse a experiencias augenésicas que esconden razones raciales, pero también podría ser altruista, aunque en la actualidad difícilmente se lo justifique: por ejemplo, donar el semen para su utilización por aquellos matrimonios infértiles.

1.3 Inseminación Artificial fuera del Matrimonio:

El uso de técnica de la inseminación artificial no puede transformarse en instrumento caprichoso para la fecundación, en cricunstancias en que la mujer que recibe el semen no se encuentra en las mejores posibilidades éticas de ser madre. La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se selec-

cionarán "mujeres ideales" (por sus características biológicas o raciales) para recibir el semen de "hombres ideales", como se dice ocurrió en las experimentaciones eugenésicas del nazismo.

En tal sentido concordamos en que procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración independiente de la función intitucional que aquella cumple socialmente. Y esto, justamente nos conecta con los supuestos de la concepción genéticamente conyugal aunque institucionalmente extramatrimonial que antes anunciara.

2. El Problema Jurídico de la Inseminación Heteróloga Matrimonial:

Indiqué anteriormente que, a mi juicio, el medio utilizado para lograr la concepción del hijo es indiferente, siempre que en tal concepción intervengan exclusivamente los componentes genéticos de marido y mujer y que ella acaezca durante el matrimonio. Tal supuesto de la inseminación homóloga de la esposa. Cosa distinta sucede en la inseminación heteróloga.

Me he de referir a la inseminación heteróloga matrimonial, es decir la practicada a la esposa, durante el matrimonio, con semen de un tercero. Ha de tratarse, consiguientemente, de un hijo que nace después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o dentro de los trescientos posteriores a su disolución.

2.1 La Presunción Legal de Paternidad:

Ninguna duda cabe en que por acaecer el alumbramiento en los términos que hacen presumir que la concepción ocurrió durante el matrimonio, opera en plenitud la presunción legal de paternidad atribuida al marido: "La ley presumen que los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio tiene por padre al marido".

2.2 Desconocimiento de la Paternidad:

Eventualmente, los problemas jurídicos más agudos habrán de presentarse, si pretendiera ejercerse por el marido la acción de impugnación o desconocimiento de la paternidad del hijo concebido por la mujer durante el matrimonio, mediante inseminación artificial heteróloga.

Aquí corresponde distinguir básicamente dos situaciones diferentes: que la inseminación artificial hubiere sido realizada con consentimiento del marido (lo que será el supuesto habitual), o, en su caso que la inseminación se efectuara sin ese consentimiento o contra la voluntad del marido.

Y a la vez corresponde también analizar los problemas en relación a nuestro sistema jurídico positivo vigente de impugnación o desconocimiento de la paternidad y en relación a otros derechos que acogen a diferencia del guatemalteco, un sistema de impugnación abierto no sujeto a supuestos taxativamente enumerados.

2.2.1 POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD DEL DESCONOCIMIENTO, FUERA DE TODO MARCO LEGISLATIVO ESPECIFICO, SI LA INSEMINACION SE PRACTICO CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO:

Como decía, cabe distinguir si la inseminación heterologa haya sido practicada con consentimiento del marido, contra su consentimiento o sin él.

En el primer caso hemos de imaginar que el marido de la mujer que dió a luz el hijo, no obstante haber asentido a la inseminación de aquella con esperma fértil de un tercero, pretende luego probar judicialmente que el hijo no es genética o biológicamente suyo. Imaginemos pues, que recurriendo a pruebas de tal índole (prueba hematológica de incompatibilidad de los grupos sanguíneos, prueba antropológica etc.) y, además, a la acreditación fehaciente de la inseminación heteróloga misma, desconoce judicialmente la paternidad presumida legalmente. Cierta sector de la doctrina, en el derecho comparado, dando prevalencia absoluta en al elemento genético de la paternidad, entiende que la acción de desconocimiento debería prosperar en el caso, a pesar de que el propio impugnante consintió en que su esposa fuera inseminada. Incluso algún fallo se pronunció en ese sentido. Así, un tribunal Italiano admitió la acción de desconocimiento de la paternidad aludiendo particularmente al fundamento biológico de toda relación de filiación "que no puede ser desvinculada de una correspondiente relación biológica

o de sangre. (23).

"El reconocimiento de la paternidad, añade un autor, sería nulo de pleno derecho, e imposible una declaración por vía jurisdiccional". (24). Es que en suma, según esta posición, el consentimiento o la voluntad del marido sería irrelevante, pues operaría el principio de la insonibilidad de los derechos de la familia. (25).

Otro sector doctrinario, mayoritario a la sazón, entiende en cambio, que si el consentimiento del marido no fué revocado hasta que la inseminación se practicó, (26) ., este no podrá desconocer la paternidad del hijo que dé a luz su mujer. Ello por diversas razones: en primer lugar, porque ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido, constituyen objetivamente un acto ilícito aun cuando pueda ser discutible, en el supuesto de su valoración moral o ética. en segundo lugar porque el marido luego de consentir en la inseminación heteróloga planteará el desconocimiento del hijo, obraría deslealmente contrariando una conducta anterior, contradictoria con su posterior pretensión impugnatoria. Siendo así, se estaría ante un típico supuesto en que corresponde aplicar la "doctrina de los actos propios", que se desarrolla un auténtico principio general del derecho con sustento en la buena fe. (27).

Por mi parte, reitero, sin perjuicio de las reservas de tipo moral o ético que la inseminación heteróloga puede merecer, me parece más justa y razonable esta última posición.

(23) Sentencia del 30-4-56, citada por Rivero Hernandez, la presunción de Paternidad legítima, cit. p. 391, nota 9. En este sentido, Bosser, Gustavo A. El régimen de impugnación de la paternidad legítima, LL suplemento diario del 31-8-78, No. V.

(24) Valdéz, J. La procreación irregular, cit. P.39.

(25) Bami Mauro, y Comuci, Guido, La Fecondazione Artificiale umana nei riflessi medio legali, en "studi Sinesi".1953, 3,P.563.

(26) Porque la doctrina concuerda en que consentimiento o conformidad del marido para que a su mujer se le practique inseminación heteróloga, es revocable hasta el momento en que ésta se practique. Así lo sostiene Hollesaux, De la filiation en droit allemand, suisse et francais, París, 1966. p. 134. Cfr. Rivero Hernandez, F. La presunción de paternidad legítima, cit., P. 391.

(27) Sobre la doctrina, en general, Díez-Picazo Ronce de León Luis, La doctrina de los propios actos, Barcelona 1963.

Doy un argumento de tipo axiológico: El disgusto con que pueda valorarse se la inseminación entre sí, no debe abostar a que la solución que se adopte conjugué dos directivas básicas: una, la buena fe en el comportamiento, la lealtad de conducta. La tesis admite a ultranza la impugnación de la paternidad por parte del marido que aceptó la fecundación de su esposa con esperma fértil y, porqué no, un auténtico engaño. Ha de suponerse que la inseminación fué decidida luego de una deliberación común de los esposos, y en ese entendimiento, practicada. Podrá juzgarse que el procedimiento es éticamente repugnante, pero no siendo jurídicamente ilícito, y no lo es, (28), debe prevalecer entonces, como valor jurídico, el de la seguridad en las relaciones jurídicas.

El otro argumento es de naturaleza sistemática. La doctrina de los actos propios a que acuden los autores, como se sabe, tiene el carácter de un verdadero principio general del derecho. Según él, es inadmisibles una pretensión contradictoria de quien habiendo asumido una conducta jurídicamente relevante, lícita, intenta luego obtener un resultado contrario al exigible o esperable en razón de aquella. La lesión a la buena fe, lealtad, es evidente. Y no puede discutirse que consentimiento para la inseminación es un acto jurídicamente vinculante entre los cónyuges. Para demostrarlo daré un ejemplo: Si el marido pretendiese después de prestar su consentimiento y realizarse la inseminación, acusar a su esposa de injuria, adulterio o similar como causal de divorcio, evidentemente no triunfaría en su pretensión. Porque ese consentimiento excluye, por parte de la esposa, un acto que afrente al esposo. Del mismo modo, ese consentimiento importó el compromiso vinculante entre ambos cónyuges de asumir la paternidad y la maternidad, aun cuando los componentes genéticos sean por parte de uno de ellos, extraños. Díaz de Guijarro, diría que opera relevantemente la voluntad procreacional. Yo, aunque no creo que esa tal voluntad procreacional sea el fundamento exclusivo de la filiación como anticipé, creo que en el caso, se traduce en un elemento voluntario suficiente para responsabilizar

(28) No lo es, porque según nuestro derecho, siguiendo un principio secular en esta materia, "ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamento respectivo..."

zar al marido. Aunque no son supuestos idénticos, algo similar acaece en la adopción plena.

Esta es, en definitiva la tesis que prevalece en los países que incorporan a su legislación la inseminación heteróloga con consentimiento del marido. En los Estados Unidos Georgia y Oklahoma, aceptan legalmente la inseminación artificial heteróloga de la esposa mediante el consentimiento del marido, que debe ser dado por escrito. Y la jurisprudencia norteamericana muestra una notable evolución. Primitivamente (así en la causa "Doornbos vs. Doornbos" resuelta por el tribunal de Juicio de Nueva York), consideró que la inseminación artificial heteróloga esa contraría al orden público y buenas costumbres (is contrary to public policy and good morals), aunque se hubiese practicado con consentimiento del marido. Más tarde, sin embargo, probado ese consentimiento, la misma corte de Nueva York en dos juicios similares ("People Vs. Soresnsen" y "Anonymous Vs. Anonymous") ordenó al marido pasar alimentos y sustento al hijo concebido. En los Estados de Georgia y Oklahoma, se juzga que el hijo concebido mediante inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido queda legitimado. (29).

Hay que reconocer, sin embargo, que la inseminación heteróloga plantea un problema nuevo no previsto jurídicamente en los principios tradicionales. Es cierto que el semen fecundante no es el del marido que ausme la paternidad , y por consecuencia, que la trascendencia biológica de los componentes genéticos contenidos en el esperma fecundante pertenecen a un tercero, generalmente anónimo o desconocido. A pesar de todo, todo como se ha dicho, "el hijo necesita un padre, no tanto como solución dialéctica a un problema teórico o doctrinario, sino para encauzar su futuro y formar su personalidad. La filiación jurídicamente hablando , no encierra un puro elemento biológico sino también el factor o existencia institucional. Dar prevalencia a este último, en el caso, conduce a una solución socialmente más valiosa que la contraría, ya que, de aceptarse sin más la impugnación de la paternidad legítima,

(29) American Medical Association, Committee on Human Sexuality, 2da. ed., 1972, P. 262.-

llevaría a colocar al hijo ante una paternidad incierta y quizá imposible de establecer. Solución a la postre antifuncional si se tiene en cuenta que ese hijo fué concebido con consentimiento del marido de su madre. Como se ha dicho, gráficamente, fué él quien decidió que ese hijo debía nacer.

2.2.2 DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD DEL HIJO CONCEBIDO MEDIANTE INSEMINACIÓN HETEROLOGA REALIZADA SIN O CONTRA EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.

a diferencia del supuesto anterior, a la circunstancia de que el hijo no es biológicamente del marido, se añade la circunstancia de que él no asumió voluntariamente su concepción. Es más, puedo rechazarla y oponerse a que su esposa fuera inseminada.-

En este caso la doctrina es prácticamente uniforme en el sentido de que el hijo no puede reputarse legítimo o legitimado, como el anterior, aquí ha de inferirse que la esposa ha obrado unilateralmente sin el concurso biológico involuntario del marido, por lo que respecto a éste, el hijo le es totalmente extraño. De tal modo, teóricamente queda expedita la acción de impugnación o desconocimiento de la paternidad presumida legalmente, conforme a las normas generales.-

Pero, acotando, teóricamente, o al menos relativamente, en aquellos sistemas legales "como el nuestro" consagraron un sistema cerrado de desconocimiento reguroso de la paternidad legítima, basado en causas o supuestos restringidos que habilitan la acción impugnatoria. El sistema cerrado, más que otros sistemas abiertos de impugnación como actualmente el francés, suizo y alemán, muestran que el criterio de atribución de la paternidad al marido presupone la posibilidad fáctica de que éste haya podido mantener relaciones sexuales con su esposa en el período legal de la concepción, o, a lo sumo, aunque éstas no queden descartadas en ese lapso, que la conducta de la esposa no invierte gravemente la presunción de paternidad. También los sistemas abiertos descansan en ese supuesto, pero permiten al marido desconocer la paternidad en cualquier caso en que pueda verosímilmente demostrar que no es el autor de la concepción.

En un sistema abierto, tomaré como ejemplo el artículo 262 del código Civil Civil Suizo, (texto según la reforma de 1976) que permite al marido probar ampliamente que su paternidad está excluida o es menos verosímil que la de un tercero; creo que, sin dificultad alguna, el ejercicio de la acción de desconocimiento properaría de acreditar el marido fehacientemente que su mujer fué fecundada por esperma de un tercero sin o contra su voluntad, sin perjuicio de que, aun de no poder probarlo, de otras pruebas biológicas resultara descartada la paternidad (Ejem. por incompatibilidad de los grupos sanguíneos, o demostrandose la imposibilidad material de cohabitación entre los cónyuges durante el período legal de la concepción del hijo, o su esterilidad absoluta). En los sistemas cerrados, tal el Guatemalteco, el marido no estaría habilitado para accionar si no se dan ninguno de los supuestos que hacen la probabilidad del desconocimiento (en nuestra ley Impugnación). Como sabemos en nuestro derecho positivo el marido sólo puede impugnar, (desconocer) la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, en dos situaciones únicamente: 1o. Probar que existió imposibilidad física de cohabitación en el período legal de la concepción (artículo 200); 2o. Probar el adulterio de su mujer, seguido de la ocultación del nacimiento o del embarazo. (artículo 203). Puede agregarse la impotencia coeundi, como lo hace parte de la doctrina (a pesar de la literalidad normativa del artículo 200 Código Civil) como un caso que se asimila a la imposibilidad de la cohabitación. Pero nada más.

Ante este panorama, de lege lata forzoso, es concluir que mientras no se modifique la ley, el marido no podrá accionar por desconocimiento si no cuenta en su favor con alguna de esas dos circunstancias. Lo cual, como se destaca doctrinariamente en relación a aquellos países que mantienen como el nuestro un sistema cerrado e impugnación de la paternidad, viene a mostrar una vez más las falacias del sistema impugnatorio del mismo.

2.2.3 EVENTUALIDAD DE QUE LA PATERNIDAD FUERA RECLAMADA POR EL DADOR DEL SEMEN:

Si bien en los hechos, lejana, la hipótesis de un dador de semen

no anónimo que, conociendo a su destinaria, pretendiese luego reconocer como suyo el hijo, o reclamase judicialmente la paternidad, es motivo de una breve consideración.

Fuera de todo ámbito legislativo, creo que debe negarse tal pretensión con semejante fundamento. Quien consintio en donar o entregar su semen para su utilización por el matrimonio infértil si bien puede alegar que el hijo es genéticamente suyo (en lo que a paternidad se refiere), deberá, en cambio, aceptar que el hijo no es institucionalmente ni voluntariamente suyo. Aquí también le estaría vedada toda reclamación en función de la prohibición de ir contra sus propios actos. Al desprenderse de su esperma fecundante abdicó voluntariamente de su "paternidad jurídica".

Esto que afirmo es de toda lógica y reconoce, además, una razón elemental de orden y de seguridad. Si la atribución de paternidad legítima se hace en cabeza del marido de la mujer que recibió el semen, el estado de familia adquirido por el hijo no puede ser objeto de división. Opera la indivisibilidad del estado de familia. (30).-

Distinto sería el caso si el hijo, por cualquier circunstancia, no puede quedarse emplazado en el estado de legítimo; por ejemplo: de prosperar la acción de desconocimiento de la paternidad intentada por el marido de la mujer alegando que no prestó su consentimiento para la inseminación artificial heteróloga. En tal hipótesis, el hijo podría ser, en lo sucesivo, reconocido por quién se dice su padre, pero, claro está, la filiación quedará confinada a la ilegitimidad.

En nuestro derecho positivo, el dador del semen, en el supuesto imaginado, no podría reconocer o reclamar la paternidad en tanto la presunción de paternidad legítima subsistiere, ante el claro e inequívoco enunciado del artículo 201 "Impugnación por el Marido" del Código Civil. Entonces, como precisamente el único que puede ejercer esa acción de impugnación - es el marido, otro carecería de legitimación para efectuar el reconocimiento.

(30) Zannoni, Derecho de Familia, T. I, P.39

2.3 Caso de Desconocimiento de la Paternidad ejercida por Los Herederos del Marido que consintió la Inseminación Heteróloga de su Esposa.

El artículo 205 del Código Civil guatemalteco, permite a los herederos del marido fallecido interponer la acción de desconocimiento (Impugnar la Filiación) del hijo concebido por la mujer durante el matrimonio si aquél murió sin "hacer reclamación contra la legitimidad del hijo". Se presupone que el marido no inició la acción falleciendo pendiente el plazo de caducidad, sesenta días desde que tuvo conocimiento del nacimiento, (artículo 204, Cod. Civil). Porque si el marido premuerto no inició la acción de desconocimiento y, en vida, se cumplió ese término de caducidad, el estado de legítimo y la presunción de paternidad habrían quedado consolidados definitivamente.

Estimo que si la inseminación heteróloga fue consentida por el marido en tal supuesto, los herederos no pueden desconocer la paternidad de la ley suprema de aquél. Rigen, al respecto, todos los argumentos que ya dí para negar la procedencia o propunibilidad de la acción por parte del marido mismo.

Si ellos son válidos, como creo yo, los herederos no podrían iniciar una nueva acción impugnatoria que no habría prosperado de haberla intentado en vida el marido de la mujer inseminada. Lo contrario conduciría a propiciar una solución incongruente. El desconocimiento que no le era posible intentar a aquel que, jurídicamente, es el padre del hijo concebido por su esposa, lo podrían ententar los herederos, siendo que los presupuestos de la acción son, como no podría ser de otro modo, comunes en ambos casos.

Y si se tratase de la impugnación de la paternidad atribuida del marido fallecido que no consintió, o en su caso se opuso a la inseminación heteróloga de su esposa, los herederos sólo podrán iniciar la acción en tanto y en cuanto se configuren los presupuestos que hacen a la proponibilidad de la acción por el marido. Es decir, la imposibilidad material de la cohabitación de este con su mujer en el período legal de la concepción (Artículo 200 del Cod. Civil), o la ocultación del parto parto que subsigue al adulterio (Artículo 203 del Cod. Civil) conforme también lo expliqué.

3. SUPUESTO DEL HIJO CONCEBIDO MEDIANTE INSEMINACION HOMOLOGA PRACTICADA DESPUES DEL FALLECIMIENTO DEL MARIDO:

He aquí, un supuesto atrayente que evidentemente, como los anteriores, no pudo ser imaginado por los legisladores guatemaltecos. Se presume que sólo los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio tienen por padre al marido y en ello, queda involucrada la presunción de legitimidad en función del período legal de la concepción del hijo: "La ley supone concebidos durante el matrimonio los hijos que nacieran después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges legalmente separados, y los que nacieron dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio".

Es obvio que los hijos dados a luz por la viuda después de los trescientos días desde que su matrimonio quedó disuelto ipso iure por fallecimiento del marido no se presumen concebidos en ese matrimonio, ni, por ende, el marido premuerto será reputado padre. Pero, ¿Qué ocurriría si la viuda alegara y en su caso probara que ese hijo fue concebido con semen del marido obtenido antes del fallecimiento?

En las legislaciones los términos del problema se invierten porque no descartan que pueda inscribirse, como legítimo, el hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, aunque, en este caso, dejan abierta la acción de impugnación de la legitimidad. Así por ejemplo, el artículo 111 del Código Civil Español, dispone que "marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los conyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido".

Norma similar contenía el Artículo 232, del Código Civil Italiano, la fue substituida por la ley 151 de 1975.

Desde esa perspectiva, la legitimidad del hijo nacido después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio es impugnabile. Si lo fuese, cierto sector de la doctrina ha reputado que el hijo

o su representante legal y la madre, podrían alegar y ofrecer probar, que la concepción tuvo lugar "post mortem" con semen del marido adecuadamente conservado. (31). En el caso del derecho español esta conclusión ha sido aceptada a la vista del precepto del artículo 111, citado, que planteaba la impugnación de la legitimidad confiere al hijo y a la madre el derecho para justificar la paternidad del marido no obstante que aquél naciera luego de los trescientos días posteriores a la muerte del marido pre muerto. En cambio, en nuestro derecho positivo como la paternidad del marido premuerto no se presume; en el supuesto, cabe preguntarse si la madre podría, en representación del hijo póstumo, reclamar la filiación legítima, si puede probar fehacientemente, claro está que la concepción post mortem se obtuvo mediante inseminación con esperma de él. En el caso que planteo, el conflicto o dicotomía entre lo biológico y lo institucional se presenta de modo diferente al supuesto de la inseminación heteróloga durante el matrimonio. Aquí estamos en presencia de lo que llamé una concepción genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial.

Si diéramos trascendencia exclusiva al elemento biológico o genético que, mediante la procreación determina la filiación, el razonamiento sería más o menos éste: La paternidad debe atribuirse al marido premuerto que genéticamente es el autor de la concepción. En consecuencia, como se trata de un hijo concebido por marido y mujer, el hijo es legítimo. Sin embargo, abordaré el razonamiento desde la perspectiva institucional: sólo son legítimos los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio. En tal exigencia institucional no juega la voluntad de los progenitores, puesto que la legitimidad es una atribución, o calificación si se prefiere, que depende de la presunción operante de la concepción del hijo que acaeció durante el matrimonio. He ahí por qué pueden, conceptualmente, distinguirse las acciones de desconocimiento de la paternidad (Arto.199 y 200 del Cod. Civil) de las acciones de impugnación de la paternidad (legitimidad) (artículos:201,202,203,

(31) Así Santossuso, *La Fecondazione Artificiale Nella Donna*, Millán, 1969, P.91, citado por Rivero Hernández, en *La Presunción de Paternidad Legítima*. Cit. P. 388.

del, C. C.). En esta últimas, no se discute la paternidad, lo que se contraviene es la existencia o validez del matrimonio, o en su caso, se afirma que el hijo fue concebido fuera del matrimonio. Aunque la legitimidad, como tal, caería, si el hijo fue reconocido por quien aparentemente era el marido de la mujer que lo concibió, la paternidad se mantendría incólume.

Sobre la base de este deslinde creo que una cosa es plantear que, en el caso que analizo, el hijo pueda ser legítimo no obstante haber sido concebido después de la disolución del matrimonio, y otra, disintta, plantear que el hijo tenga por padre al marido premuerto. Estimo que de "lege lata" el hijo concebido con semen del marido pero con posterioridad a la disolución del matrimonio, es hijo extramatrimonial. Es que, en tanto se mantengan las calificaciones básicas de la filiación (legítima y extramatrimonial), esas calificaciones se realizan atendiendo exclusivamente a la época en que la concepción sucede.

Es cierto que en virtud del "favor legitimatis" también quedan en situación de legítimos o legitimados, los hijos concebidos antes del matrimonio pero nacidos durante él (Artículo 201 inciso 1o., Cod. Civil). Pero constituye una dispensa secular acogida por el derecho positivo que no hallamos para el caso que analizo.

Los herederos del marido premuerto podría siempre reconvenir demostrando que el hijo fué concebido durante el matrimonio, con sustento expreso en las citados artículos 201, 202,203, del Cod. Civil.

Y aunque no lo hisieren, e incluso, aunque por hipótesis se allanara asemejante prensión, el juez no podría tener al hijo por legítimo desde que el juego de la presunción legal (Arto. 199, segunda parte. Cod. Civil), fué concebido después de la disolución del matrimonio.

Ahora bien, ello no obsta a que el hijo, o su representante legal, reclame judicialmente la paternidad a los términos del artículo 220, 221 del Cod. Civil, probando que, antes de morir, el marido aceptó expresamente la extracción del esperma para su conservación con el fin de engendrar un hijo con su mujer.

La reclamación, probados los extremos que fundan el presupuesto biológico de la filiación. (32).

4. SUPUESTO DE INSEMINACION HOMOLOGA MEDIANDO IMPOSIBILIDAD DE ACCESO ENTRE EL MARIDO Y MUJER EN EL PERIODO LEGAL DE LA CONCEPCION:

Al reseñar en general los replanteos jurídicos que provocan los avances científicos aludidos al caso, planteado por la doctrina extranjera, del hijo que fuera concebido mediante inseminación homologa de su madre y cuyo marido, después pretendiera desconocer la paternidad alegando que existió imposibilidad física de acceso durante el período legal de la concepción. El supuesto podría ser operante en la hipótesis de que el marido hubiese consentido en remitir a distancia su propio semen, o en los casos de impotencia coeundi, accidental, sobreviniente al al matrimonio, que no provocaren esterilidad. En tales hipótesis el marido podría, eventualmente demostrar que existió imposibilidad material o física de mantener relaciones sexuales en el período legal de la concepción, y con sustento en el artículo 200 del Cod. Civil, plantear la impugnación de la paternidad.

(32) Es digno de destacar que el supuesto suscita reflexiones que interesan planteos éticos-ontológicos inquietantes. Adviertase que la posibilidad que analizamos permite mediante la conservación del semen, prolongar el poder de reproducción de un ser aunque éste haya muerto.

La moderna biología, en suma, logra que los seres humanos, u otros vivos, pueda transmitir la vida después de su propia muerte física. Ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador se el semen ya había dejado de existir, de ser.

Podría afirmarse, entonces que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra.

Desde esta perspectiva el hijo podrá a lo sumo, decirse que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre, y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre. Sin embargo la hipótesis exige un esfuerzo de reformulación: ¿Porque no afirmar que la moderna biología permite la individualidad genética del ser vivo, del hombre en nuestro caso, trascienda su muerte física y que en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante, al ser a quién pertenecía no ha muerto definitivamente?.

Advierto, no obstante, que para el derecho positivo, la muerte física del sujeto al fin de su personalidad. Y así por ejemplo, el hijo "post mortem", con semen de su padre no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque el día de su fallecimiento ese hijo no existía jurídicamente.-

En los supuestos planteados, estimo que si el marido desconociese la paternidad legítima que la ley le atribuye (por tratarse de un hijo concebido por su esposa durante el matrimonio), la mujer podría oponer un auténtico hecho impositivo a tal desconocimiento: la prueba de la inseminación con el semen de aquél. Aún cuando hubiere mediado imposibilidad material de cohabitación en el período legal de la concepción, la prueba de tal inseminación siendo fehaciente implicaría afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica (científica); el "hecho constitutivo de la procreación". La actitud del marido que habiéndol consentido en la extracción de su propio semen para fecundar a su esposa, impugna la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio por ella, implica ir contra sus propios actos y desconocer el origen biológico que es fundamento de la filiación.

5. LA "EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIIUM" ALEGADA POR EL MARIDO EN EL SUPUESTO ANTERIOR

Aun así el marido podría reconvenir, a su vez en el sentido de que si bien donó su semen para fecundar a su esposa ésta tuvo relaciones sexuales con terceros en el período legal de la concepción. Lo cual implicaría que, si bien pudo tener lugar, o tuvo efecto la inseminación, la paternidad estaría enervada por la prueba del adulterio de la esposa. En el particular supuesto de que se diese un planteo de esta naturaleza se efectuará habiendo mediado imposibilidad física de acceso por parte del marido, en el período legal de la concepción (caso del arto. 200, Cod. Civil). Dicha imposibilidad, al constituir por sí misma un presupuesto autónomo y suficiente para accionar la impugnación de la paternidad, permitiría alegar el adulterio, el plurium concubentium, aunque no hubiese mediado, parte de la mujer, ocultación del embarazo o del parto. Pero, probada la inseminación homóloga, el marido debería producir pruebas biológicas que descartasen la procreación genética a él atribuida (por ejemplo, mediante la incompatibilidad de los grupos sanguíneos entre él y el pretendido hijo). Si tales pruebas biológicas no se ofrecen, o si resultan negativas creemos que la paternidad legítima del marido debe ser mantenida no obstante el adulterio, porque

Una vez más se hace presente la posible dicotomía entre procreación genética y cópula o coito. Hace un siglo, o menos aún, parecería imposible escindir ambos conceptos. Para Vélez Sársfield, como para todos los códigos y leyes de la época, no era físicamente posible la procreación sin mediar coito entre hombre y mujer. De allí la poderosa fuerza, el vigor, que esos códigos y leyes atribuyeron a la imposibilidad del coito como destructor de la presunción de paternidad atribuida al marido de los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio. Es más, la interpretación del supuesto permitió inferir que "la sola prueba de la imposibilidad física del coito", era suficiente para descartar la paternidad. En los casos de separación de los esposos, la imposibilidad material es resultante inevitable de su alejamiento. En los casos de impotencia, la inferencia es razonable consecuencia de que el coito exige aptitud genital, existencia de órganos, erección del pene, etc., y sin esa aptitud no se habría podido engendrar, aún cuando el impotente no fuera propiamente estéril.

Hay algún autor que ha sostenido que en este último caso, impotencia coeundi, el hijo concebido por inseminación artificial con semen del marido impotente cuyo matrimonio no se consumó, sería natural (extramatrimonial), puesto que se está en presencia de nupcias inválidas. (33). Esto no es, de "lege lata", cierto. La impotencia del marido siendo absoluta, manifiesta y anterior a la celebración del matrimonio (artículo 144, inciso 2do.), permite demandar la nulidad de éste, es cierto pero esa acción compete exclusivamente a la mujer; si ella no lo hace, no procede reputar inválido el vínculo matrimonial. De modo que rigen las normas legales generales que hacen a la presunción de legitimidad o de paternidad, y, en su caso, las que permitirían desconocerla o impugnarla.

(33) Así Frugoni Rey, Guillermo, La Fecundación Artificial en seres humanos ante la Moral y el Derecho. Bs.As. 1951, P.49, citado por Rivero Hernández, "La Presunción de Paternidad Legítima", Cit. P. 388, nota 86.-

subsistirá la duda sobre quién es el padre del hijo dado a luz por la esposa. Y ante la duda, subsistirá la presunción de paternidad legítima en función del tradicional "Favor Legitimitatis", del mismo modo que subsiste cuando, en circunstancias normales, el plurium concubentium no descarta la paternidad. Prevalece en este caso, como en tantos otros, el criterio de que, ante la duda debe estarse por el --- mantenimiento de la filiación legítima. (34).

LA FECUNDACION EXTRAUTERINA:

A. TRASCENDENCIA:

La fecundación obtenida en el tubo de ensayo, o en la Probeta, como se le ha llamado, se puede lograr con un óvulo de la esposa y espermatozoide del marido. Es decir puede tratarse de una fecundación homóloga utilizando en la terminología, ya aceptada para la inseminación artificial. En otras palabras el procedimiento para fecundar el óvulo es equiparable a la inseminación homóloga: intervienen los componentes genéticos de marido y mujer.-

Sin embargo, la posibilidad de extraer quirúrgicamente del ovario uno o más óvulos femeninos y ensayar su fecundación "In Vitro", implica además, de la manipulación de las células reproductivas, alterar, jurídicamente, los presupuestos de la concepción. Nuestra Constitución Política de la República, preceptúa en su artículo tercero, al respecto del Derecho a la Vida, dice, "El Estado garantiza y protege la Vida Humana, desde su concepción"... ocurre que mediante la fecundación In Vitro, la formación del huevo o cigoto no se produce en el seno materno, sino fuera de él, en el laboratorio, en la "Probeta". Allí están el óvulo, al que se han proporcionado los medios nutricios que le deben brindar en el seno materno las trompas de Falopio, y el espermatozoide eyaculado también In Vitro.

La adecuada manipulación de ese óvulo y de los espermatozoides contenidos en el espermatozoide logra la fecundación, la formación del embrión humano, el que es implantado para su anidación en el útero con posterioridad. ¿Podemos ya, con base a la norma constitucional citada, y

(34) López de Carril, La Filiación, Cit., P.222.

lo expuesto, suponer que según nuestra ley, es indiferente el lugar de la concepción?

Aquí es cuando advertimos que la fecundación extrauterina interesa aspectos mucho más amplio que los comprometidos en el derecho de la filiación, como sucede en la inseminación artificial. Esta en juego nada menos que la determinación jurídica del comienzo de la vida en cuanto personalidad jurídica (Ver comienzo de la Personalidad en el Capítulo I.), y consecuentemente, la protección al nasciturus, tanto desde el punto de vista civil como del derecho penal. Recordemos que como indica nuestro Código Civil en su artículo 1o. que Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.

La fecundación humana extrauterina, si bien genéticamente importa la formación del nuvo ser, se logra fuera del medio biológico natural. Hasta que el embrión sea implantado en el útero, el proceso generativo desarrolla sus primeras e incipientes etapas fuera del cuerpo de la madre. Acepto que, aún así, ha quedado ya fijada la individualidad genética y por ende, debe reputarse perfecta la concepción.

Una primera pregunta surge al paso: ¿Qué límites jurídicos existen para la libre manipulación y en su caso destrucción o modificación del embrión In Vitro?; si, como vimos la misma Constitución garantiza y protege la vida humana desde su concepción; la cuestión es trascendente . Aludo a la destrucción y a la modificación del embrión In-Vitroque, por efecto de la manipulación, pudiere llegar a alterar la evolución natural, fisiológica, a que conlleva la fecundación.

La respuesta a mi pregunta se halla, claro está, íntimamente legada con el modo en que experimenta y opera la moderna embriología. Dificilmente podría ahora pretender afianzar pautas o límites en una materia que se halla en plena elaboración científica. A pesar de todo, creo útil arriesgar algunas ideas al respecto. Una de ellas, vinculada al tema de el aborto.

A.1 RELACION CON EL PROBLEMA DEL DELITO DE ABORTO:

Tradicionalmente el delito de aborto, que el código penal Guatemalteco, define normativamente, se conceptúa desde el punto de vista jurídico como "La muerte del Producto de la Concepción en cualquier momento de la Preñez"⁽³⁵⁾, y doctrinariamente como la acción de matar o destruir el feto. ⁽³⁶⁾.

Por tal razón Carrara definía este delito como Feticidio ⁽³⁷⁾. Pero, en el concepto técnico penal "existe feto desde la concepción del nuevo ser en el seno materno, y no sólo desde que pasa el período embrionario, que dura hasta fines del tercer mes de embarazo. ⁽³⁸⁾.

Como vemos, el aborto, en el concepto tradicional, supone la concepción "en el seno materno", siendo indiferente el grado de desarrollo alcanzado por el embrión o feto. De allí que también se lo defina como la interrupción del embarazo, con muerte del feto o producto de la concepción (preñez).

Desde este punto de vista parece obvio que la destrucción del embrión In Vitro, antes de su implantación en el seno materno, es decir en el útero, no constituiría aborto en el sentido típico que le han dado los autores e intérpretes de la ley penal. ⁽³⁹⁾. Incluso podría objetarse científicamente una asimilación semejante, por cuanto, desde ese punto de vista, recién suele aceptarse la existencia del nuevo ser cuando el feto resulta viable, o sea es capaz de sobrevivir mediante todas las técnicas médicas.

(35) El Artículo 133 del Código Penal, se limita a reprimir al que causa el aborto, siguiendo luego las distintas figuras del delito.

(36) Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino, Bs.As. 1976, T. III, P. 91.

(37) Carrara Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol. I, Ortega Torres y J. Querrero, Bogotá 1972, P.333.

(38) Nuñez, tratado, cit., Lug.cit. P. 163.

(39) Así Balluscio, Augusto C., Aspectos Jurídicos de la Fecundación Extracorporal, LL, suplemento diario del 14-8-78.-

Yo creo que si bien ello puede ser así de "lege lata" y por sumisión, además, al clásico principio de que "Nullum crimen, nulla pena, sine lege". Caben dos observaciones fundamentales.

En primer lugar que no definido normativamente el aborto, su concepto se ha perfilado doctrinariamente y jurisprudencialmente, no solo en nuestro país sino en todo el mundo, aprehendiendo los elementos materiales que la observación de la naturaleza ha brindado hasta el presente. Pero hoy existe una nueva "posibilidad de aborto" que no supone la muerte del embrión en el seno materno, y por ende, la interrupción del embarazo.

Se trata de la destrucción del embrión viable mediante implantación en el útero, en la etapa en que aún se encuentra fuera del seno materno y sujeto a la manipulación de laboratorio. Si biológicamente la fecundación extrauterina implica la fusión genética del espermatozoide y del óvulo y si esa fusión de células germinales masculinas y femenina constituye la primera célula del nuevo ser, es ineludible que la protección jurídica debe alcanzarle del mismo modo que si esa fusión hubiera ocurrido en el seno materno.

La sumisión a conceptos seculares que han delimitado el delito de aborto a la muerte del embrión o del feto "en el seno materno", no podría constituir, al menos en las legislaciones que no contienen una definición legal del aborto, un obstáculo para reformular el concepto recogido, como decimos, de la observación de la realidad biológica que con la posibilidad de la fecundación "In Vitro" muestra una nueva posibilidad biológica de engendrar vida. Opino que lo esencial, lo común a todo tipo o forma de aborto es la destrucción provocada del embrión humano. Que has ayer solo se formaba en el seno materno, pero que hoy puede formarse fuera de él.

Si no se aceptan estas ideas, propongo la segunda observación: es imperioso recoger penalmente el tipo que reprima el aborto mediante las mismas condiciones que el que reprime la destrucción del feto en el seno materno, interrumpiendo el embarazo.

La previsión se impone ya que no podría aceptarse que, so pretexto de experimentación o de investigación, se estuviese manipulando con

células germinales que han constituido ya el nuevo ser que requiere la protección jurídica. Y ello viene a cuenta a raíz de cierta información periodística que alude al procedimiento utilizado para lograr la fecundación. Según esa información no se extraería de la mujer "un Ovulo" y con el esperma del marido se obtendría un embrión que luego es implantado, sino que operaría extrayendo varios óvulo y luego de ser todos fecundados, se escogería una, el que mostrase mayor vitalidad o viabilidad.

Si ello fuere así, el "descarte" de embriones constituye, se mire donde se mire, una forma de destrucción de vida humana, genéticamente ya perfecta. Podrá decirse, no sin algo de razón desde el punto exclusivamente científico, que el ensayo de fecundación múltiple y la posterior selección del embrión "optimo" es ineludible para superar los riesgos a que condiciona operar con un solo óvulo.

Pero aunque fuere así, es insoslayable el problema ético implicado. Cada embrión es ya la síntesis incipiente de la individualidad genética del ser humano: Su destrucción por "descarte" importa, por qué no decirlo, un nuevo modo de "aborto eugenésico" que no está fundado en el peligro para la vida de la madre o del hijo, sino en una selección eugenésica mediante fecundaciones provocadas extrauterinamente. Quizá en este punto se muestre una importante limitación ética a la investigación científica.

Me anticipo a la posible objeción proveniente del ámbito científico que recién se recordaba incidentalmente. Se podría afirmar que el embrión In Vitro, al menos en el actual estadio de las posibilidades que brinda la ciencia, no es, hasta su implantación en el útero, viable por sí mismo. Es decir hasta su anidación en el seno materno, ese embrión carece de viabilidad, y, por lo tanto, no es capaz de sobrevivir más allá de el breve lapso de cuatro a seis días en cuyo transcurso debe ser implantado. Siendo así, se podría argumentar que no existe posibilidad de punir aborto alguno por la destrucción del embrión que todavía no ha alcanzado la condiciones biológicas para su ulterior desarrollo fetal.

Pero esa argumentación constituye una petición de principios. Es este embrión precisamente, el que ha sido formado extrauterinamente con miras a su ulterior implantación en el útero materno. Y si es así desde el mismo momento en que la fecundación se produce, se está coadyuvando al progreso de un resultado que escapa, indefectiblemente, a la libre o arbitraria determinación de la voluntad del médico, e incluso, de quienes asumieron la probable paternidad y maternidad. De no entenderse así, debería justificarse el aborto practicado por quienes mantuvieron relaciones sexuales sin asumir su eventual efecto.

B. PROBLEMAS JURIDICOS RELATIVOS A LA MATERNIDAD:

Tal como indiqué al considerar la inseminación artificial heteróloga, el condenar ética y en su caso legalmente la fecundación In Vitro que no fuere realizada exclusivamente como procedimiento al alcance de matrimonio infértiles y mediante la intervención del óvulo de la esposa y el espermatozoides fértil del marido, no impide prever las consecuencias que, respecto del hijo puede provocar la fecundación extrauterina heteróloga.-

Es decir, la represión a ese medioconcepcional no obsta a reconocer que, a la postre, la concepción acaezca y el hijo nazca. El enfoque del tema careará según exista o no una legislación represiva de tal fecundación extrauterina heteróloga. Si no la hay, como ocurre a la fecha, es forzoso concluir que al igual que en el caso de la inseminación heterológica, no nos hallamos ante un acto ilícito por sí mismo, aunque pueda juzarse inmoral. Si la legislación represiva se dicta, la ilicitud quedará encuadrada en los límites que prevea la ley.

A continuación distintas hipótesis:

B.1 la regla de que el parto sigue al vientre:

En primer término debe recordarse que, anteriormente a todo conflicto, operará la tradicional máxima "partus sequitur ventrem. (el parto sigue al vientre), de modo que, en principio, la maternidad se determina por el parto de la mujer que dió a luz el niño. Dicho en otras palabras, del mismo modo que aún mediando inseminación heteróloga mantiene vigencia a priori la presunción de paternidad legítima de los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio (artículo

210 Cod. Civil) a priori, también deberá presumirse que la madre es la mujer que dió a luz al nacido, y consecuentemente, esta afirmación llevará a virtualizar la presunción de paternidad del marido si el nacimiento acaece en los términos que hacen presumir iuris et de iure que la concepción tuvo lugar dentro del matrimonio.

B.2 el desconocimiento de la maternidad legítima:

Nuestro derecho vigente no contempla ninguna acción al respecto, pues, ¿Como entender hasta hace tan poco tiempo, que una mujer diera a luz, es decir pariese, un hijo que no fuere suyo?. La fecundación extrauterina mediante óvulo que no es el de la esposa y la posterior implantación del embrión en el útero de ésta, pueden al menos desde la perspectiva estrictamente biológica, dar virtualidad al supuesto, obviamente no intuido ni imaginado siquiera por los doctrinarios.

La importancia de la hipótesis es inocultable habida cuenta que, a diferencia de la impugnación o desconocimiento la paternidad legítima, "ya que en la madre además de que se prueba solo con el hecho del nacimiento, luego se entiende además que no es revocable".

Y en este punto, forzosamente, se deben de distinguir dos supuestos distintos: en primer lugar, cuándo y en qué condiciones podrían hacerlo los terceros, invocando un interés legítimo.

B.3 ejercicio del desconocimiento de la maternidad por el marido:

Corresponde deslindar, a su vez, dos situaciones distintas del mismo modo que lo hicimos al considerar la inseminación artificial heteróloga. Puede ser que la fecundación con óvulo ajeno haya ocurrido contando la mujer con el consentimiento del marido. Puede ocurrir en cambio, supuesto improbable por cierto, que se hubiese efectuado sin ese consentimiento o contra su consentimiento.

En el primer caso, aplicamos, respecto al ejercicio de la acción por el marido, el mismo principio hecho valer para impedirle desconocer la paternidad del hijo concebido por su mujer con esperma fértil de un tercer "donante". Opera aquí a mi juicio, como en el caso que planteara, la conducta jurídica vinculante del marido que prestó conformidad a la fecundación heteróloga de su esposa. Corresponde, entonces,

aplicar lisa y llanamente la imposibilidad de ir contra sus propios actos. La conformidad prestada a la fecundación implicó, además asumir plenamente la paternidad del hijo concebido por su mujer, y resultaría antifuncional y lesivo a la buena fe -lealtad, como ya lo expliqué, admitir una pretensión contradictoria. Esta solución será aplicable sea que la fecundación extrauterina se haya realizado con espermatozoides del propio marido (inseminación homóloga) o, a su vez, con espermatozoides de un tercero con consentimiento del marido (inseminación heteróloga). Tanto respecto a la inseminación como a la fecundación con óvulo que no es de la esposa, opera el mismo principio.

En el segundo caso, es decir si la fecundación se hubiere obtenido en un óvulo ajeno sin o contra el consentimiento del marido, aplicamos también el principio aceptado para el caso, similar, de inseminación heteróloga practicada a la mujer.

Pero hay una diferencia de "lege lata" en ambos casos. Si se trata de desconocimiento riguroso de la paternidad legítima, el marido sólo podría accionar si prueba que medió imposibilidad material de tener relaciones sexuales con su mujer en el período legal de la concepción o, en su caso, que medie adulterio y ocultación del parto o del embarazo. Mientras tanto, tratándose del desconocimiento de la maternidad, no existe en nuestro derecho ningún sistema impugnatorio.

B.4 Vicisitudes de la presunción legal de paternidad en el caso anterior:

Sabido es que, como también lo ha enseñado la doctrina invariablemente, el progreso de la acción de desconocimiento de la maternidad conlleva, *improbatum*, la caducidad de la presunción legal de paternidad del marido. Y ello por simple aplicación del artículo 199 del Cod. Civil, que es sustento de esta presunción en tanto y cuanto el hijo haya sido concebido por la esposa durante el matrimonio. Pero si se prueba que el pretendido hijo no fue concebido por ella, esa misma circunstancia hace caer la presunción correlativa de que el marido sea el padre.

Si se concibiese la fecundación humana a través de la cópula perfecta, como lo ha sido en la mentalidad jurídica tradicional, parece evidente que los distintos fraudes en el parto que pudiesen fundar el desconocimiento de la maternidad, descartan ipso iure la paternidad. Hay, en estos supuestos, una perfecta correlación o correspondencia entre la "ausencia de maternidad" por lo tanto "sensación del fundamento de la presunción de paternidad del marido"; las relaciones sexuales mantenidas con su esposa que se proyecta en la concepción del hijo.

En cambio en el caso que propongo, la cuestión no es tan sencilla. Podría ocurrir, por ejemplo, que el marido aceptase la fecundación extrauterina con la utilización de su propio semen y un óvulo de su esposa y, posteriormente a esa fecundación, conociese fehacientemente que, en realidad, el, óvulo utilizado hubiera sido de otra mujer. Dejando de lado las motivaciones concretas que pudieran haber conducido a semejante fraude (complicidad de la propia esposa con el médico, utilización de embriones múltiples, etc.), lo cierto es que genéticamente, el hijo es del marido y de mujer que no es su esposa ya que fué engendrado con su propio semen.

Creo que de todos modos corresponde aplicar como directiva básica la tradicional. Ello sin perjuicio de que si de la prueba de los hechos resulta que el hijo si bien no es genéticamente de la esposa sí lo es del marido, la paternidad se mantenga incólume. Pero entonces, bien se ve, la paternidad no será atribuida por vía presuncional, sino como consecuencia de la prueba del nexo biológico que se sustento, aunque el hijo será extramatrimonial.

C. EVENTUALIDAD QUE LA DADORA DEL OVULO FECUNDADO PRETENDIESE RECONOCER LUEGO AL HIJO:

Es de suponer que, como en el caso de la inseminación heteróloga, la "donante" del óvulo que se utiliza para la fecundación extrauterina sea anónima. Pero aunque no lo fuere creo que, al igual que el donante del esperma fértil utilizado para la inseminación, carece de acción para reclamar la maternidad si el hijo concebido con el óvulo donado no es ni voluntaria ni institucionalmente hijo de la donante de aqueél. Aceptar pretensión semejante sería antifuncional

e implicaría ir en contra de los propio actos.

D. POSIBILIDAD DE FECUNDACION EXTRAUTERINA HOMOLOGA E IMPLANTACION DEL EMBRION EN EL UTERO DE MUJER QUE NO ES LA MADRE:

Un caso, sin duda singular, se presentaría en la hipótesis que la fecundación extrauterina se efectuara con semen del marido en un óvulo de su esposa y que el embrión fuese implantado en el útero de otra mujer, en razón de imposibilidad por parte de aquella de soportar el embarazo o el parto.

En el supuesto exige distinguir la posibilidad, en los hechos, de que se tratara de la donación del membrión ya orñado, del caso en que la receptora del embrión aceptase la implación al solo efecto de posibilitar su desarrollo culminante en el nacimiento. Una u otra hipótesis provocan los más agudos reparos de tipo moral y ético, como lo suscitan las inseminación y la fecundación heteróloga en general, y exigen ineludiblemente su adecuado encuadramiento jurídico.

Para muchos, la fecundación extrauterina con semen del marido de un óvulo de la esposa y su posterior implantación en el útero de otra mujer, implica un acuerdo o pacto de contenido inmoral contrario alas buenas costumbres. En efecto no se concibe semejante procedimiento sin el acuerdok previo de la "receptora", del embrión, y, este -- acuerdo, de por sí, nos previene contra los "vientres mercenarios" o de "alquile de úteros".

La alucinante pero real perspectiva no tiene, por ahora otro freno que la directiva general del derecho, aplicada a la especie, conducente a negar toda reclamación derivada de semejante pacto. Así por ejemplo: mal podrían los "padres" del hijo que dió a luz otra mujer, pretender desconocer o impugnar la maternidad de esta última invocando como interés legítimo el hecho de ser ellos los autores fenéticos del hijo. Deberían para ello, invocar el acuerdo por el cual la receptora se obliga a entregar ese hijo, una vez nacido. A todas luces se estaría invocando un acto de objeto inmoral y contrario a las buenas costumbres que de todos modos deberá ser regulado o legislado en el futuro.

CAPITULO III

LA LIBERTAD DE INVESTIGACION EN GENETICA HUMANA Y SUS LIMITES

Introducción:

Hace cuarenta años (en 1952), que el doctor José María Martínez Val, escribió y presentó en la entonces llamada Universidad Central de Madrid (hoy Universidad Complutense), la primera tesis doctoral que se ha elaborado en idioma castellano, en España, Portugal, e Iberoamérica, sobre fecundación artificial en seres humanos, en relación con una sola de sus múltiples y posibles relaciones jurídicas: concretamente, con su tratamiento penal. (40)

Fué el, pues, el primer adelantado en esta clase de estudios, que ahora nos interesa y proliferan tanto. Algunos lo recuerdan en sus publicaciones aún, de todas formas, desde aquel alejado momento hasta la fecha, a través de múltiples experimentaciones genéticas humanas y de numerosa bibliografía jurídica y algunas ya existentes resoluciones judiciales y estudios prelegislativos y hasta alguna descisión legislativa, en varios países de los dos continentes, los problemas no han hecho más que acrecentarse y complicarse, porque la biología, sobre todo celular y molecular, ha ampliado sus horizontes y en cada uno de ellos ha hecho acto de presencia la ética profesional de los científicos y los médicos y, a renglón seguido, se ha evidenciado la insuficiencia de este punto de vista ético, y la necesidad de acudir a lo jurídico para conseguir normas que señalen lo ilícito y lo justo o lícito en materia tan delicada como es la creación de vidas humanas por esos nuevos medios; que la biología molecular sigiera permite adivinar en sus constantes avances.

Pero ocurre que a medida que se avanza científicamente en ese camino, lo que parece ponerse en cuestión es la misma licitud (moral y jurídica) de la investigación genética en seres humanos, o por lo menos

(40) Martínez Val, José María: La autolegnesia y su tratamiento Penal Tesis doctoral en Derecho. Madrid Ciudad Real. Instituto de Estudios Manchegos. C.S.I.C.-

se advierte que hay que replantear el problema de sus límites.

Por eso en esta tesis, (y como fuera presentado en varias oportunidades en foros Internacionales de juristas); intentaré, entre el rigor lógico exigible y la prudencia moral y jurídica necesaria, poner claridad en la cuestión, que es la más radical, en el sentido de la más de raíz, de la LIBERTAD DE INVESTIGACION CIENTIFICA (en genética humana) Y SUS POSIBLES LIMITES.

1. EL VERDADERO OBJETIVO DE LA VIDA INTELECTUAL:

Hay dos palabras, en nuestro lenguaje español o castellano, cuya etimología es decir, la ancestralidad de sus raíces, no da una primera pista de lo que hombre es en cuanto a ser que conoce. Esas dos palabras son Inteligencia e Investigación.

Inteligencia, palabra que ya encontramos en el idioma castellano desde el siglo XV (1433) del latín *intelligere* que vale tanto como leer, comprender o entender dentro. *intus*, lo que nos traslada a un interior de lo que nos aparece en lo exterior como simple imagen de los sentidos.

Investigación, Investigar: igualmente, existente en el castellano desde 1440, nos traslada al latín *vestigium*, que debe traducirse por planta de l pie o huella que deja el paso, adicinado como prefijo *in*, que denota dirección. Por tanto, también nos transporta a algo que está fuera de nosotros, o en nosotros mismos, en la medida en que podemos objetivarlos.

Conviene recordar que esta facultad es la que Teilhard de Chardin, ponía como paso fundamental y primero para la hominización del individuo: situarse cara al fenómeno central de la reflexión: "El poder adquirido por una conciencia de replegarse sobre si misma y de tomar posesión de sí misma como un objeto dotado de consistencia y de su calor particular".

Podemos considera pués, que la actividad inteligente de Investigar es; **antes que un derecho o una libertad, una realidad intrínseca humana, o, si se prefiere, diferencialmente humana, en relación con cualquier otro estadio de la vida animal.**

(41).

Ortega y Gasset nos dejó advertido, por otra parte, que casi todas las grandes filosofías han partido de estos dos supuestos:

1o. Que las cosas, además del papel que representan en su relación inmediata con nosotros, tienen por sí mismas una realidad oculta y más importante que aquella inmediata.

2o. Que el hombre tiene que ocuparse en descubrir el ser de las cosas.

(42). Esta observación histórico filosófica viene a conjugar vitalmente los dos vocablos de que venimos tratando, porque investigar es seguir las huellas que encontramos en la apariencia de la naturaleza hasta conseguir entender, porque sea despacio y con un largo proceso de observaciones, medida y pruebas, lo que hay dentro de la mera apariencia paladina o patente, que nos muestra las as.

Esto nos configura a los hombres como un seres que buscan la realidad más profunda de las cosas, lo que los metafísicos ha llamado la esencia y los lógicos, e incluso los más modestos de los hombres, nos conformamos con llamar la verdad.

Creo que el derecho debe partir de esta realidad, como un principio insoslayable. Y en consecuencia respetar lo que Alexis Carrell, Premio Nobel, afirmaba: "Tenemos que ser lo que somos en nuestra esencia de ser" (43). O sea investigadores.

El impedimento de tal actividad es algo más que ilícito o antijurídico, ES ANTINATURAL.

Como dice Alexis Carrell, "las leyes naturales son mudas. Las fronteras entre lo permitido y lo prohibido, es indivisible. En lugar de errar a nuestro antojo por el llano no podemos abandonar el camino, y este

(41) Vecinade del Cuadra, Ramón María, en su Tesis Doctoral "La eutelegenesia ante el Derecho Canónico" (ed. Bosch, Barcelona, 1957) Pag. 20 y 21.

(42) Teilhard de Chardin, P. "El fenómeno Humano". Ed. Taurus, Madrid, versión española de la 1era. Edición Francesa (1955), en 1965, pag.201.

(43) Ortega y Gasset, J.: "en torno a Galileo" en O.C. Tomo V. Pag.82.

camino es estrecho, incomodo, y mal trazado. La observación de las leyes naturales exige, pues, la restricción voluntaria de la libertad". (44).

Así queda diseñado el problema que nos afecta en una de las zonas más profundas, sino es la más profunda, del desconocimiento humano y sus consecuencias, porque se trata nada menos que del inicio biológico de la vida del hombre, de cada hombre, de genética humana, previo aún a la propia embriología.

El premio novel de Medicina , español, Severo Ocho, decía hace pocos años en el documento de presentación del Intituto de Biología Molecular de la Universidad Autónoma de Madrid, a principios de los años '70, que la "finalidad de BM (Biología Molecular), es la comprensión de la vida a nivel molecular, ya que la vida, en toda su complejidad, es el resultado de la interacción de los átomos y moléculas de ciertos compuestos químicos y de las transformaciones a que esta interacción da lugar". Y en seguida daba cuenta de los progresos espectaculares conseguidos en los últimos años, sintetizando así tal proceso: "Sabemos hoy que la clave de la vida, la llamada clave genética, no es otra cosa que el orden en que se eslabonan las bases del DNA, cuya transcripción da lugar a la producción de una secuencia idéntica de las bases del llamado RNA mensajero..." (45).

Y tras estas consideraciones básicas, al preguntarse por las consecuencias prácticas que podrían obtenerse de los progresos de la BM advertía "Se vislumbra la posibilidad de llegar a reemplazar algunos genes utilizando los fenómenos de recombinación y transfusión genética por medio de virus, la futura ingeniería genética". (46).

(44) Carrell Alexis: "La Conducta en la Vida" 5ta. edición, Ed. G. Kraft. Buenos Aires, 1952. Pag. 55.

(45) Carrell, A. Op. Cit. pag. 69.

(46) Teilhard de Gardin, P.:Op. cit. pag. 300.

Los horizontes siguen abiertos y son plenamente aceptados por los investigadores de EM : "Las enfermedades hereditarias conocidas como errores metabólicos hoy suponen un importante reto para la ingeniería genética" (47).

Desde Galileo, con su proceso y condena, pesa sobre cualquier intuición una especie de complejo de culpabilidad. No se considera fácil, y no es fácil, coartar la libertad de investigación, (fronteras plenamente abiertas, por otra parte, y que se perforan cada día) en las que sus aplicaciones prácticas representan riesgos que parecen evidentes y grandísimos.

Y desde otro punto de vista, a la afirmación, inescusable desde luego, de la libertad de investigación (connatural a la esencia misma de lo humano, según hemos visto) ha de acompañarle la afirmación de sus límites, igualmente ineludibles.

Mi primera afirmación es, por tanto, que a la exención de coerción del hombre, para que pueda ejercitar su facultad connatural y conseguir el objetivo de su vida intelectual, la realidad íntima de las cosas, su esencia y la verdad, debe acompañarle, Una normativa, y no solo ética sino jurídica por su trascendencia social, que le imponga límites exigible. Desde luego, como veremos más adelante, la comunidad jurídica internacional está en esa línea.

2. DE LA LIBERTAD DE INVESTIGACION, COMO PRERREQUISITO DE OTRAS LIBERTADES FUNDAMENTALES:

En el largo, a veces difícil, y hasta dramático desarrollo histórico de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hemos llegado a un punto que, por concretarlo en una norma constitucional, a modo de ejemplo o de simple referencia que podría multiplicarse, se puede sintetizar así: Todos tienen derecho a la libre expresión del pensamiento; a la producción literaria, artística, científica y técnica; a la libertad de cátedra; a comunicar o recibir libremente

(47) Programa de presentación del Instituto de Biología Molecular, del Consejo Superior de Investigación Científica, de España, de Madrid, por el Profesor Dr. Severo Ochoa, reproducido y citado en Art. en ABC de Madrid, el 5-3-68.

información. (48) .-

En cierto modo, la referencia a la libre producción de ciencia y técnica, en el ámbito en que nos estamos moviendo en esta investigación, y particularmente en este punto, es la base de todo lo demás, pues cronológicamente le precede, porque es la génesis misma del pensamiento expresable y del contenido que puede impartirse desde la enseñanza, (cátedra) y de la materia de la información que ha de comunicarse.

Como es natural también lo dicen varias constituciones:

"El arte y la ciencia son libres, y libre es su enseñanza" (artículo 33 de la Constitución Italiana).

"El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres" (artículo 50. de la constitución de la República Federal de Alemania). Y por supuesto muchas más; entre ellas la nuestra que dice: Artículo 57, "DERECHO A LA CULTURA: "Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad, así como a beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la nación".

Pero el texto fundamental, que obliga a 85 países, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que en su artículo 15.3 dice:

"Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora". (49).

Lo que se complementa en el mismo pacto con el derecho a participar y beneficiarse del progreso científico (Artículo 15.1). Y también en la Declaración de Derechos Humanos de la ONU, de 1948 (artículo 27).

(48) Vid. Artículo 20 de la Constitución Española de 1978.

(49) También lo tienen ratificados los siguientes Estados Iberoamericanos: Colombia, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela. así mismo Portugal.-

Es , sin embargo, bien conocido y plenamente aceptado entre juristas que no hay libertad ilimitada o absoluta, Precisamente el Derecho se justifica como límite racional, que permite la coexistencia útil y eficaz de las libertades entre sí.

Al respecto cabe indicar que en el Derecho Guatemalteco, al más alto nivel, está ordenada su reglamentación ya que procedido del artículo antes citado, está el artículo 59, que indica **Protección e Investigación de la Cultura:** " Es obligación...; promover y reglamentar su investigación científica, así como la creación y aplicación de tecnología apropiada", y en su artículo 63 también nuestra Constitución contempla al respecto del **Derecho a la Expresión Creadora:** El Estado garantiza la libre expresión creadora, apoya y estimula al científico, al intelectual y al artista nacional, promoviendo su formación y superación profesional y económica".

El Derecho Español en su Constitución proclama y reconoce en su artículo 20: ... "en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección a la juventud y a la infancia".

Todas son referencia a materias delicadas, de ciertamente laxa interpretación, en relación con la moral social dominante, sobre el supuesto de que los Estados han llegado a ser confesionales.

En España, desde esta base se estima que puede ser aceptado, incluso con extensión analógica a las demás libertades, lo que el Tribunal Contitucional Español ha definido respecto a la libertad de expresión: El concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicada por los tribunales como límite del derecho a la libertad de expresión". Desde este punto de vista jurisprudencial se comprende que el legislador, al crear la norma; el abogado, al interpretarla y el juez al aplicarla deben tener en cuenta las valoraciones sociales de cualquier conducta, con sus previsibles consecuencias, en cuanto puedan afectar el honor, a la intimidad y a la propia imagen de un ser personal humano.

Como viéramos anteriormente en el capítulo I, en lo que respecta a los aspectos Jurídicos de la Personalidad Jurídica (Pag. 26).

Nos encontramos, pues en que por una parte se afirma, y hay que mantenerlo, la libertad de investigación genética. No resulta ocioso recordar aquí y ahora que en la Primera Conferencia Mundial del Premio Nobel, celebrada en París (Enero de este mismo año, 1988) se afirmó expresamente entre su veintena de conclusiones, que "la biología molecular debe estimularse para luchar contra ciertas enfermedades". Puede verse en esta declaración un principio de autolimitación, porque entre los científicos mismos hay la impresión de que existen graves riesgos en la manipulación genética, cuyas consecuencias y resultados resultan imprevisibles.

Y por otro lado, queda la preocupación de fijar los límites y los controles, no solo éticos, sino aún más, jurídicos, a quella libertad de investigación que en principio se afirma. Y a ello se han dedicado ya bastantes trabajos internacionales (además de otros de ámbito nacional, en algunos Estados, entre otros España) que vamos seguidamente a examinar, aunque sea con brevedad, para poder montar sobre ellos nuestras propias conclusiones.

3. SINTESIS DEL ESTADO DE LA CUESTION:

Para el efecto bastará con hacer una síntesis de los tratados que en la esfera internacional se ha elaborado. No son nada antiguos, porque los avances científicos también son muy recientes. Los que más problemizan las cuestiones jurídicas apenas datan de dos décadas. En enero de 1982, la Asamblea Parlamentaria de Europa, en sus sesiones 21 y 22, preparatorias, y en la sesión 33, ordinaria, llegó a importantes "recomendaciones" relativas a la denominada ya oficialmente "Ingeniería Genética", que era definida en su primera consideración "Aplicación de nuevas técnicas científicas de recombinación artificial de materiales genéticos provenientes de organismos vivos" (sin excluir por lo que en el texto completo se aprecia, los humanos: Gametos, - y Embriones).

En marzo de 1986, también en el seno de la C.E.E. (Concretamente en la comisión Jurídica y de los Derechos Humanos del Parlamento Europeo), hubo importantes sesiones, con la colaboración de expertos

científicos y especialistas.

En esta ocasión, uno de los expertos españoles asistentes, el Profesor Dr. Esteban Domingo, del centro de Biología Molecular de Madrid, insistió en la diferente regulación que deberá haber entre la manipulación de células somáticas para corregir deficiencias o curar enfermedades, o prevenirías (cuya regulación debería ser análoga a la de trasplantes de órganos) y la manipulación de células germinales que plantean problemas, no sólo para el ser humano del que derivan, sino también para su descendencia. (Creo que esta observación es de la máxima trascendencia de cara a la normativa jurídica, "de lege ferenda").

En esas mismas sesiones, el eurodiputado italiano Carlos Cassini destacó que ningún Estado miembro de la C.E.E. ha legislado aún sobre la "Ingeniería Genética" (IG), por lo que las recomendaciones y conclusiones de esta sesión deberían ser tenidas en cuenta en el momento de legislar.

Pero, se debe destacar que, además de esta recomendación o moción genérica, el eurodiputado alemán Willy Rothley sintetizó muy bien la preocupación que subyacía a todas las intervenciones: "debemos tener la valentía de prohibir, sin excepción alguna, la producción de embriones humanos para usos científicos. No podemos fabricar seres humanos solo para investigar con ellos... Y como se ha disipado el conflicto sobre el inicio de la vida humana y se sabe que empieza antes del embrión, por ser potencialmente humano necesita protección jurídica y política". (50).

Precisamente, de este debate y de estas consideraciones, hechas desde la propia ciencia y no desde posiciones metafísicas o religiosas, voy a tomar más adelante base para propuestas o consideraciones, ya desde el punto de vista jurídico.

(50) Carrigo Andrés: correspondencia desde Bruselas: "Debate comunitario sobre los riesgos de la manipulación genética libre" en ABC, de Madrid. 22-3-86.-

En marzo de 1987, la Congregación Vaticana para la doctrina de la Fé, ha publicado la "Instrucción sobre el respeto a la vida humana y a la dignidad de la Procreación", que por su origen supranacional y por la amplitud de sus consultas previas puede igualmente considerarse como un importante documento prejurídico y condicionados de futura legislación, aunqueno debemos dejar de consignar que como era previsible en materia tan ardua, difícil, en constante elaboración en el campo investigador y conflictiva en el ordenmoral, haya sido acogida con fuertes reservas incluso en Universidades Católicas.

Desde el punto de vista de los estudios y legislaciones cabe destacar a Costa Rica que en 1975, que aunque limitada su regulación a la inseminación artificial (homologa y heteróloga), se ha adelantado a la legislación. (51).

Por el mismo tiempo hubo dos intentos para regular civilmente esta misma materia en sendos proyectos de los senados de los Estados de Nueva York y de Virginia en Estados Unidos. (52).

También en Estados Unidos, el presidente Carter, a nivel federal, designo una Comisión asesor presidencial, que terminó aconsejando la prohibición de híbridos humanos. (53).

En Gran Bretaña, se organizó (julio 1982), la famosa comisión Warnock, de encuesta sobre fecundación artificial y embriología, que termino igualmente con tres tipos de recomendaciones:

1) Conveniencia de una aproximación internacional para coordinar las legislaciones,

(51) Artículo 72, último inciso del Cod. Civil del 21 de Dic. de 1973, que entró en vigor el día 1 de enero de 1975.

(52) Pueden verse sus articulados en "La fecundación artificial" y sus implicaciones en los conceptos de Filiación y Paternidad" de A. Sanguino Madariaga, en la revista "estudio de Derecho" Num. 101, 102, Marzo-Septiembre de 1982 Universidad de Antioquia. Medellín Colombia.

(53) Vid. Miguel Castellví: "La producción de Híbridos hombre mono. Un proyecto notable" en ABC, de Madrid, Sección "ciencias y futuro", 15-4-86. Pag. 56 y 57.

- 2) Necesidad de creación de un organismo administrativo (de composición fundamentalmente científica) para el establecimiento y control de las investigaciones; y,
- 3) Una bastante, larga serie de limitaciones y restricciones de investigación , cuya infracción debería amenazar con sanciones penales. (54).

Suecia ha sido el primer país que ha promulgado una Ley sobre Inseminación Artificial en seres humanos (20 de Diciembre de 1984), muy breve y con bastantes lagunas en relación con los efectos jurídicos de la descendencia, muy conflictiva en cuanto se relaciona con el secreto profesional de los sanitarios que intervengan en las fecundaciones (Arto. 6to.) y muy deficiente en la tipificación penal, que también se prevé de conductas contrarias a esta ley (artículo 7 y último de la misma). Pero, como se advierte aún en esta síntesis nada contempla la ley sueca acerca de la investigación genética y sus límites, que es el objeto de estas consideraciones.

Recuerdo aquí, esta reciente Ley Sueca para destacar que, aún en materia mucho más acotada y conflictiva como es la fecundación artificial, en cualquiera de sus formas, hasta los países que se consideran más progresistas y pioneros, contemplan "restricciones y prohibiciones", que conllevan una amenaza penal.

En España en el Congreso de los Diputados se organizó una "Comisión Especial de estudio de la Fecundación artificial humana" (la denominada con el apellido de su Presidente, Comisión Palacios, C.P.) que tras consultar varios médicos, biólogos, sociólogos, juristas, etc. ... emitió su "Informe" (55) en el mes de abril de 1986.

Es particularmente interesante ese "Informe" español porque de sus 155 recomendaciones, las que tratan "sobre manipulación con gametos y embriones" tienen especial referencia a la "Investigación y Experimentación" las números 76 y 89, ambas inclusive, previniéndose un

(54) Hay una edición sintética hecha por el Consejo de Europa, Estrasburgo, 12 de Octubre de 1984, con la identificación OIH-84-41.

(55) Este informe ha sido editado por el propio Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.-

riguroso control administrativo-sanitario; que las investigaciones se realicen solamente en base a los debidos fundamentos científicos, selección de objetivos y garantía de diagnóstico, y tratamiento en su caso (con lo que está aludiendo a fines terapéuticos); que la experimentación con embriones humanos no debería autorizarse ni indacarse actualmente y que las denominadas "desviaciones no deseables" de esta técnicas de procreación humana (quimeras, híbridos con otras especies) deberán ser prohibidas y tratar como delitos".⁽⁵⁶⁾

4. CONVENIENCIA DE UNA LEGISLACION INTERNACIONAL:

Según ponencia del Profesor Dr. José María Martínez Val en la mesa redonda sobre "Derecho y Nueva Genética", celebrada en La Unión Iberoamericana del Colegio y Agrupaciones de Abogados.⁽⁵⁷⁾

"Ilegados a este punto nos parece necesario concretar mucho en algunos puntos fundamentales, o por lo menos así lo creo".

Lo primero es la necesidad de legislar. No obstante las consideraciones éticas, lanzadas a la conciencia de los investigadores. Permítase-nos recordar que así lo hemos ya explicado casi un año antes que la "Insatrucción" vaticana lo haya proclamado, como postulación en los Estados. Valga esta referencia, en aras a la brevedad, como máxima orientación moral-jurídica.

En segundo lugar, la conveniencia de una regulación que tenga respaldo internacional, o por lo menos de un conjunto grande de naciones y estados, muy avanzados científica y técnicamente, que coincidan, aún dentro de un inevitable pluralismo, en los grandes principios basados en un mismo orden moral. Ya estaba esto en cierto modo adelantado en el Informe Warnock (Gran Bretaña) al pedir la enunciación de "un conjunto de principios que sean totalmente aceptados por todos.. . en traducción de una posición moral común ... en el cuadro de la legislación llevar una exigencia mínima para un sociedad tolerable".

(56) Vid. en el Informe Palacios, la síntesis sobre "Manipulación de Gametos y Embriones" y en la tercera parte las recomendaciones D) 2, núm. 76, 77, 82 y 83, y muy especialmente los núm. 87 y 89.-

(57) IUBA, Madrid 1988.

Pero ya más concreta fué la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, en sus deliberaciones del 19 al 24 de Septiembre de 1986, y - en su Recomendación 1046 derivadas de las misma, cuando en su 12o., considerando dice textualmente: toda reglamentación exclusivamente nacional tiene riesgo de ser ineficaz, dado que la actividad en la materia podría desplazarse de u país a otro que no tuviera prevista la misma reglamentación.

Desde el punto de vista doctrinal tengo la satisfacción de haber adelantado ese mismo criterio unos meses antes de las precipitadas deliberaciones y resoluciones, cuando escribí en mis conclusiones del trabajo citado : "El principio de unidad doctrinal existente en los países de cultura occidental y régimen democrático exige que se complete con acuerdos internacionales concretos; que completen y normen los problemas familiares, sociales, y jurídicos, que derivan de la nueva biología".

En cambio, el informe Palacios no contempla esta posible y conveniente internacionalización. Es una laguna lamentable.

5. CRITERIOS BASICOS EXISTENTES PARA UNA NORMATIVA LEGAL:

Desde un punto de vista iusnaturalista, creo que las normas jurídicas deben inspirarse en lo está inscrito en la naturaleza de las cosas (y del hombre mismo), intento referirme a los resultados que, hasta ahora, ha ido consiguiendo la ciencia biológica, sobre todo la biológica celular y molecular, en la medida escasa, pero básica y suficiente, en que pueda entenderlas una profana de las mismas, como lo soy yo.

Por otro lado, tampoco se puede olvidar que el hombre no es solo naturaleza, sino algo más, que escapa a la investigación naturalista o biológica. Y ese algo es lo que ha producido las infinitas variantes a lo largo del tiempo, (historia), que conocemos con el nombre de valores culturales, o sencillamente cultura. Es lo que Ortega y Gasset manifestó, de una manera excesiva, quizá para llamar más la atención sobre el importante hecho, cuando escribió con cierta reiteración, úes se encuentra en varios pasajes de su obra: "El hombre no tiene naturaleza, tiene historia". Pero aún así cabría volver al primer

término, porque tener historia, o lo que es lo mismo, ser capaz de ser creador de cultura está en su propia naturaleza.

De todas formas, será conveniente, de cara a la normativa legal que hay que ir creando, tener en cuenta a la vez la biología molecular y los valores morales, sociales y jurídicos que el hombre ha ido descubriendo y que forman parte ineludible de su vida, como tal hombre.

Porque no podemos olvidar algo que dejó claro otro gran pensador español, el profesor García Morente, cuya claridad expositiva y de valoraciones era realmente extraordinaria: "La diferencia esencial que separa al hombre y los demás animales, decía, es que para el hombre hay otros valores además y por encima del valor vital ... Para el hombre, vivir no es solo vivir, sino en cierto modo trascender la vida misma y crear unos bienes cuyo sentido y justificación se hallan en calores extravitales, superiores a la vida misma... Si en esta labor queremos darle el nombre de cultura, entonces puede decirse en plenitud de sentido, que el progreso es el perfeccionamiento de la cultura!"⁽⁵⁸⁾.

En esta misma línea, pienso que unos avances en la Biología molecular o en Ingeniería genética que puedan conducir a deshumanizar, homgenizar, animalizar e incluso "codificar", lo humano no serían hasta trágica regresión. Desde esta base que como se ve, son a la vez naturalistas, se ha de intentar dar propuestas de solución normativa, que precisamente por ir muy montadas sobre los avances de la biología molecular y del reconocimiento de la protección antenatal de la vida humana (de cada uno de los seres humanos en su personalidad, en su "ser personal", aún antes de ser jurídicamente "persona") pueden resultar novedosas, aún que no se busque novedad ni la originalidad sino el hallazgo de un criterio jurídico que pueda ser válido y firme. Ocurrió que a la Ingeniería ya le es posible, porque está ampliamente experimentado y probado (Cohen 1975 y Murray 1976) Cortar segmentos

(58) García Montes, Manuel: "Ensayos sobre el progreso" Discurso de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, de Madrid en 1932. Reeditado por Editorial Dorcas, Madrid 1980 Pg. 64 y 65.

de ADN, interrumpiendo su cadena individual, dejando en ella un segmento pegajoso por donde se une otro ADN, que hubiese sido cortado de la misma enzima. Así se producen los llamados genes clonados, que permiten conseguir millones de seres que sean copias exactas. (59). Pero, claro que los estudios en esta dirección no deben ser impedidos, entre otras razones porque se abren amplias posibilidades de descubrimiento de terapéuticas de enfermedades congénitas y hereditarias, que algunos autores estiman en más de 1,300 diferentes, y que podrían prevenirse a través de estudios de EM e IG.

Pero, por otra parte, dado que en el gene, hay potencialidad de transmisión y que corresponden al nuevo ser humano del que es origen genético, la protección antenatal, debe llegar a ese originario estadio de su desarrollo impidiendo facultades de disposición (que sería disposición sobre el nuevo ser), lo mismo de los proveedores de gametos que, menos aún, de los biólogos o los médicos. Hay que respetar la identidad y la intimidad biológica o genética de cada genoma, porque tener la propia individualidad desarrollable es indisponible para terceros. La facultad de disposición convertiría el genoma en una cosa, dicho sea en sentido jurídico, lo que por ser ya, según hemos dicho un verdadero código genético individualizado, distinto y particular de cada ser humano, hace que tal sofisticación repugne a la sensibilidad humana, y tras tantos siglos de lucha por alcanzar el nivel de progreso que llamamos hoy "Derechos Humanos".

Muy relacionado con esto se encuentra el sentido de la "dignidad humana", que ha llegado a tener fuerte ingrediente de consideraciones morales con implicación hasta en los antepasados de cada individuo humano. Aquí interfieren ya más las posibilidades, al parecer ya intentadas y prouestas, aunque rechazadas, por algún médico o biólogo japonés de hidratación animal-humana (concretamente hombre y hembra de chimpancé).

(59) Martínez Gonzales y otros: "Manipulaciones genéticas..."op.cit, la nota 8 pag.45.

Pero tanto, aún prescindiendo hipotéticamente (y conste que no debe prescindirse, desde ningún punto de vista) de los altos riesgos que eventualmente podrían derivarse de la clonación y del hibridismo, hay los argumentos de respeto a la identidad y a la intimidad genética, por una parte, y a la dignidad de lo humano, por otra, para justificar que se llegue a una normativa legal, preferiblemente de acuerdo internacional y de base muy científica, que afirme y garantice la investigación celular y molecular y a la vez imponga límites muy concretos y rigurosos que, en el estado actual de la ciencia podrían ser éstos, que extraemos fundamentalmente de recomendaciones y estudios altamente calificados que insertamos como referencia:

- 1) Respetar el derecho a un patrimonio genético que no haya sufrido manipulaciones, salvo en aplicaciones con fines terapéuticas (recomendaciones del Consejo de Europa num. 943, de 1982, 7.b.)
- 2) Prohibir todo lo que podría definir como manipulaciones o desviaciones no deseables, entre otras, la creación de seres humanos por clonación y la implantación de un embrión en otra especie animal o la fusión de gametos humanos con los de otras especies (Recomendación número 1046 de 1986, IV y comisión Warnock, num. 15, así como la comisión de Palacios, num. 89).
- 3) Prohibición de la ectogénesis (producción de seres humanos en laboratorios. Idem. IV de la C.W.)
- 4) La creación de seres humanos desde personas del mismo sexo; la de gemelos idénticos; la selección de sexo por manipulación de genética y la investigación y experimentación sobre embriones humanos, viables o no (Idem. C.P. num.87).
- 5) El mantenimiento de embriones humanos in vitro más allá del día 14 de la fecundación (hecha deducción del tiempo de una congelación eventual) (C.W. núm 12 y C.P. núm. 77).

Se propone que de esta forma se propone reducir las limitaciones al derecho o a la investigación a un mínimo, porque se tiene convicción de que aquél es contranatural al hombre y por ello no debe ser restringido más que muy estrictamente.

Por otra parte se ha tenido en cuenta que los gametos o los embriones humanos, aunque tengan potencialidad de desarrollo, como es hoy recono-

cido por los genetistas al parecer con generalidad y sin polémica, mientras no llegan a la individualización (en el sentido biológico) y más aún cuando éste no se produce, porque todo el proceso permanece en el laboratorio, no han de proseguir su desarrollo propiamente humano, y en consecuencia, puede prescindirse a efectos jurídicos, de la referencia a la identidad y a la intimidad genética y más aún a la dignidad humana, que en ningún caso, dados los antecedentes de que partí, va a ser puesta en cuestión con referencia a un ser humano concreto que según tales antecedentes, no va a llegar a producirse ni a nacer.

Con esto creo se puede establecer un punto de equilibrio entre:

"La libertad y El Derecho a la investigación y la protección jurídica de lo humano", y por medio de razonables limitaciones y restricciones".

CAPITULO IV:

LA PROCREACION ARTIFICIAL EN EL GENERO HUMANO

NECESIDAD DE LEGISLACION Y SUGERENCIAS.

1. Reflexiones:

- a) Tal como hemos venido analizando, se nos abre ya una gran puerta a la intervención del derecho: si no se puede este cegar a las fuentes del desarrollo, tampoco puede permitir que se desborden en la investigación aquellos principios que constituyen la defensa del derecho a la identidad genética, a que cada persona puede ser lo que corresponda a su estructura genética.
- b) Es imprescindible, por consiguiente, un cuadro o sistema normativo que establezca las normas básicas en este sector que afectaría a los investigadores en general, biólogos, químicos, farmacéuticos, médicos, ingenieros genéticos, etc. , en orden a las posibilidades y responsabilidades civiles y penales.
- c) En cualquier caso es muy importante que el derecho avance al compás de las técnicas y se acomode a una dinámica social propia de cada época y que, con espíritu abierto y tolerante, sitúe las barreras de la permisividad allí donde la humanidad corra el peligro de perder el sentido trascendente de la persona, de su intransferible personalidad, de su identidad genética y de su realización como tal, dentro de unos muy amplios parámetros de libertad, distinguiéndolo que atente a estos universales e inderogables principios de todo aquello que suponga luchar contra las patologías, las deficiencias y las enfermedades, finalidad esencial de la biología, de la química, de la medicina y también, por supuesto, del derecho.
- d) Ante todo será guía de estas reflexiones y constituirá su fin primordial, la protección de la familia y especialmente del niño.

2. Señalamiento concreto en nuestro Derecho de Problemas Jurídicos:

a) En el área del Derecho relacionado con el Matrimonio y el Divorcio, al realizarse la procreación artificial en cualquiera de sus formas, sin voluntad del marido constituye infidelidad y consecuentemente da lugar a la acción de divorcio. O sin la voluntad de la esposa pero a instancia del marido constituye ofensas al honor o conducta que hace insoportable la vida en común, y por lo tanto base para la citada acción de divorcio.

b) En el área de la filiación... ¿debe considerarse como padre el donante o el esposo?.

c) En el Derecho Hereditario... ¿el hijo habido con inseminación heteróloga hereda el donante o el esposo respectivo...ó en cuanto al derecho de alimentos?, respecto al ascendiente o descendientes.

d) También existe una estrecha vinculación entre la insminación y el derecho contractual y el derecho de daños, por la documentación que en algunos casos se prepara para protección del médico que realiza la inseminación y por los daños y perjuicios que pueda demandarse no sólo en presencia de documentación preparada para el efecto, sino en ausencia de ella.

3. Soluciones en la Inseminación y Fecundación Extrauterina Homóloga :

En estos casos, el problema se reduce a la voluntariedad del procedimiento de concepción, y las consecuencias en el segundo caso, ya que en el primero estamos en situación idética a la del matrimonio. En el segundo caso, o sea aquél en que la inseminación homóloga se realiza en forma involuntaria, deben distinguirse principalmente los problemas de filiación, de normas del derecho matrimonial en sí, y las hereditarias.

A) En cuanto a la Filiación (base para el derecho de alimentos y el hereditario) debe distinguirse si el acto de la inseminación fue realizado contra la voluntad de la esposa o en contra de la del marido. En el primer caso estaríamos en una situación similar a aquella que existe cuando se da una violación de mujer casada. En protección del

niño, (y no puede ser de otra forma), simplemente se acepta y reconoce a la madre progeneradora como tal, con los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad. Es una solución idéntica, como ya se expresó a la que alcanza en los casos de violación. Diferente puede ser el tratamiento que se da a la paternidad, ya que inmediatamente surgen las dos posiciones opuestas, la de asimilar el caso al anterior, confiando al padre todos los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad y filiación, o permitiendo que se asimile la situación a la prevista en el artículo 200 de Código Civil, en los que el marido puede impugnar la paternidad si prueba la imposibilidad del acceso físico con su cónyuge.

Me uno a la primer tendencia, o sea la que considero para todos los efectos legales, que el fruto de tal inseminación es hijo del marido. Asumir una actitud contraria equivaldría a dar la espalda a la obligación de no discriminar entre hermanos, por el sólo hecho de haber sido engendrados, unos por medios cinéticos y otros por medios naturales. Por otra parte, cabe considerar que el hijo nacido bajo las citadas condiciones no tiene por qué sufrir las consecuencias de un acto en que el padre tuvo, cuando menos alguna sugerencia, ya que fue su voluntad contraer matrimonio, el sostuvo esa relación y posiblemente él permitió en una u otra forma la extracción del semen. Cabe concluir pues, que para los efectos legales de paternidad y filiación, si el semen utilizado en la inseminación es el del marido, el niño que nazca será considerado como suyo independientemente de si se hizo con su consentimiento o no.

Es resultado o conclusión, de brindarle total protección al niño considerándolo hijo en exactamente igual forma que el nacido por medios naturales, es similar o incluso idéntica, a la que daría a un supuesto de violación de la esposa por su propio marido. Por otra parte, esta solución no requiere modificaciones al Código Civil o emisión de ley alguna, ya que a nivel de jurisprudencia se puede llegar a la citada conclusión sin violentar precepto alguno. Y en todo caso si se tratare de los supuestos: (1) Del hijo concebido mediante inseminación homologa practicada, después del fallecimiento de marido. (2) Supuesto de Insemi-

nación homóloga mediando imposibilidad de acceso entre marido y mujer en el período legal de concepción. De acuerdo el planteamiento hecho en el capítulo II, segunda parte, Inciso C) y D), debemos abocarnos a lo que estipulan los artículos 220 y 221 del código civil, ya que lógicamente deberán existir en cada uno de los casos pruebas contundentes, como sería el caso de los documentos e informes médicos respectivos, etc.

B) En cuanto al derecho que regulan las instituciones del matrimonio y del divorcio; indudablemente que la actitud de uno de los cónyuges que acude a la inseminación artificial, en contra de la voluntad del otro o simplemente sin su consentimiento, es un deslealtad, apartada de la corrección que debe privar en la vida matrimonial. Esa deslealtad es de tanta trascendencia que no debe considerarse como una simple desavenencia o desacuerdo entre los cónyuges sino como verdadera falta grave al buen orden y consecuentemente, como una conducta que da origen a una causa de divorcio.

Tampoco requiere esta solución una intervención legislativa, ya que las normas actuales son suficientes para llegar a ella, bastando un sano criterio judicial.

4. Soluciones en la Inseminación y/o Fecundación Extrauterina Heteróloga:

Ante esta clase de concepción, es imperioso distinguir las siguientes situaciones básicas: si se verifica con el consentimiento de la madre o sin él; si se verifica con el consentimiento o sin el consentimiento del marido en caso de que fertilización se practique en mujer casada; finalmente deben analizarse las consecuencias del conocimiento de la situación en general que puede tener el donante.

a) Cuando la inseminación heteróloga se verifica con el consentimiento de la madre, no existe alguna dificultad en concluir que para ella y para el hijo nacen todos los derechos de maternidad y filiación sin limitaciones.

Tampoco es difícil concluir que si se practicara contra el consentimiento de la madre, y al igual que en la inseminación homóloga, a ella,

como madre natural el derecho simplemente le reconoce su calidad de tal.

Y no entro a analizar aquí los derechos que ella podría tener contra quién haya intervenido en el aspecto técnico o realización física de la inseminación. Nuevamente saco a relucir aquí, que estamos ante una solución idéntica a la violación, con respecto a la madre que concibe un hijo como consecuencia de dicha acción ilícita.-

b) Con relación al marido que da su consentimiento para la inseminación heteróloga de su mujer, nos encontramos ante la realidad de qué no es el padre biológico del hijo que nace dentro del matrimonio. Ante tal situación, puede que los hechos queden totalmente comprendidos dentro de la presunción del artículo 199 del Código Civil, pero sin la posibilidad de argumentar la excepción del artículo 200 del mismo código. La legislación actual resulta totalmente inadecuada para tratar este problema, ya que si se encuentra en el caso de imposibilidad física del último artículo citado, podría resultar sin ninguna obligación hacia el hijo de su esposa, que fue engendrado con su autorización e incluso a veces hasta con su ayuda. Este resultado es por demás injusto y clama por normas claras y precisas que no dejen desapamparado al fruto de la inseminación.

¿ En que forma puede la legislación presentar soluciones concretas? En primer lugar, impidiendo que el marido que ha dado su consentimiento para la heteroinseminación puede hacer uso de la excepción establecida por el artículo 200 del código Civil (imposibilidad física de acceso) y por supuesto, el, uso de la norma del artículo 203 del mismo código (impugnación por adulterio de la esposa, unido a la ignorancia de la preñez y nacimiento). En segundo lugar, impidiendo cualquier acción del donante como veremos más adelante.

c) En los casos en que el marido no da su consentimiento para la inseminación heteróloga, debemos analizar, en primer lugar, lo referente a la filiación y luego lo relacionado con el matrimonio y el divorcio. Al igual que en el caso anterior, el marido no es el padre biológico del hijo que da a luz su esposa, pero a diferencia de él, el esposo

no realiza ninguna acción que tienda al engendramiento del hijo. Ante esta situación, que se considera por muchos como un verdadero adulterio; Tal y como lo indiqué anteriormente, cosa que yo en lo personal no comparto, que implique una acto similar al adulterio en su caloración ética, como se ha sugerido, porque en este hay una entrega del cuerpo, reporchada moralmente por parte del esposo o esposa, que mantiene una relación extramatrimonial. Así también nuestro Código Penal señala que este acto/delito implica la acción de yacer...cosa que en el caso que analizamos no se dá. Sin embargo me adscribo por utilizar la norma que impide el ataque de la paternidad, en aquellos casos en que conociendo la situación ha callado al respecto. En otras palabras, la misma solución que nos concede el artículo 203 del Código Civil antes citado, o sea un breve plazo para la impugnación por adulterio de la esposa que puede utilizarse sólo si se ignora la situación de preñez o nacimiento.

Efectivamente, es ésta una norma conciliadora de la protección de los intereses del hijo, que se ve así cubierto por el manto del matrimonio, y los del esposo que tiene derecho de reclamar contra una situación que puede ir en contra de sus más íntimos principios, pero limitado a que debe presentar cualquier reclamo contra la situación creada en contra de su voluntad, dentro de un plazo relativamente breve. La razón para la brevedad del término, es evitar mantener una situación de incertidumbre sobre la determinación de derechos y obligaciones. En cuanto al donante en esta situación lo analizaré en el siguiente párrafo.

d) La participación del donante en el derecho proveniente de la inseminación artificial debe limitarse. En primer lugar, la técnica usual parte del principio de la secretividad del donante. Sin embargo, ello no siempre es posible, no sólo por deficiencias en la práctica, sino incluso por deseo de quienes intervienen en su realización. En segundo lugar, por razones de ética, conveniencia, seguridad jurídica e incluso, tranquilidad y prosperidad de un hogar, no debe permitirse que en la inseminación heteróloga de mujer casada se de interevención al donante, lo contrario implicaría la afectación de los derechos del esposos, que entraría así en una competencia con el donante para la

determinación de la paternidad en detrimento obvio de la integración. Por el contrario, en la inseminación heteróloga de mujer soltera, no vemos ningún inconveniente en establecer derechos y obligaciones de paternidad y filiación para el donante que da su consentimiento específico por escrito (con relación a determinada mujer) para que se practique la inseminación de una mujer que también ha dado su consentimiento en igual forma (específico). Esta situación especialísima y poco probable en la práctica, no riñe con ninguna de las normas existentes ni las sugeridas e insinuadas en este trabajo. Efectivamente el donante, en cualquiera de los casos, que resulta así padre biológico no sólo tiene el derecho, sino la obligación de cuidar y matener el hijo así engendrado.

En la situación inversa, en que el donante no da su consentimiento para una inseminación específica, sino que resulta un simple donante /donador para un banco de semen o algo similar, dicha persona no debe tener ninguna obligación respecto al ser que ha engendrado su semen, ni menos aún pretender un derecho (hereditario si él resultare dueño de una fortuna, por ejemplo.)

La legislación debe preocuparse porque esta situación sea definida, ya que en ausencia de la presunción establecida por el artículo 200 del Código Civil, puede surgir una reclamación en cualquier sentido: de hijo a padre biológico en la forma de pretensión hereditaria, o a la inversa, una pretensión de padre biológico contra el hijo por los mismo u otros conceptos. Idéntica situación se dará en las donantes de óvulos o madres que alquilan úteros, etc. en los casos de fecundación extrauterina. Para evitar casos de difícil solución a base de interpretaciones legales forzadas, ya que se trata de situaciones nunca previstas por los inspiradores de nuestro Código Civil, se impone la actividad legislativa al respecto.

5. Conclusiones:

En el derecho guatemalteco, hay sectores en que no se requiere una nueva legislación para resolver, adecuadamente, las situaciones generadas por la inseminación artificial y fecundación extrauterina.

Por el contrario existen otros en que la legislación se vuelve imperativa o muy necesaria para evitar dudas y facilitar la labor del juez o de quien pretenda aplicar o simplemente conocer las consecuencias de ciertos actos.

Cualquier intento de legislar sobre la inseminación artificial debe responder a la idiosincracia del lugar para el cual se va a legislar y muy especialmente a las normas morales que lo rigen. El siguiente es un resumen que pretende captar esa necesidad y seguido de una apéndice que contiene un proyecto de ley.

5.1 Con relación al Derecho Administrativo y de Sanidad:

a) La práctica de la inseminación artificial y fecundación extrauterina, debe limitarse a médicos colegiados, especializados en ginecología y obstetricia, comomínimo; y deben establecerse la condiciones básicas para que pueda realizarse. Así, aparte de una solicitud escrita autenticada de la mujer, que incluya declaración jurada sobre su estado civil, la exigencia de certificación reciente de su partida de nacimiento. En todo caso de mujer casada, el consentimiento auténtico del esposo; y lógicamente todo esto acompañado de los exámenes médicos correspondientes a: el estado físico de la mujer en general, exámenes correspondientes a la carencia de cualquier enfermedad venerea, así como exámenes médicos respectivos del esposo en su caso, todos ello para determinar antes de someterse a cualquier tratamiento dirigido a la concepción, el estado físico de los pacientes y la determinación del sujeto causa de la infertilidad en la pareja.

b) En la inseminación heteróloga el absoluto anonimato del donante, salvo los casos en que exista el consentimiento expreso de todos los involucrados (persona inseminada, donante, y esposo si tratarse de mujer casada).

5.2 Con relación al Derecho de Familia:

A) En la Inseminación Homologa y Fecundación Extrauterina Homologa:

1) En caso de que la inseminación se realice con el consentimiento de ambos esposos, los efectos de un nacimiento como consecuencia de una inseminación artificial, son idénticos a los que surgen como

consecuencia de un nacimiento por medios normales. Para llevar a la práctica esta conclusión no se requiere de cambios en la legislación. (al indicar en este trabajo que no se requiere intervención legislativa no se descarta la conveniencia de ella para algunas situaciones).

2) Si la inseminación se realiza contra la voluntad de la esposa debe : a) en cuanto al derecho de filiación, tenerse a la esposa como madre y al esposo como padre; y b) en cuanto al derecho matrimonial, si el marido intervino en la inseminación puede constituir causa de divorcio, dependiendo de las circunstancias del caso concreto. Tampoco estas conclusiones requieren de actividad legislativa.

3) En caso de que realice contra la voluntad del esposo: a) en cuanto a la filiación debe considerarsele como padre, y b) en cuanto a las relaciones matrimoniales también puede constituir causal de divorcio dependiendo del caso concreto.

B) En la Inseminación Heterologa y Fecundación Extrauterina Heterologa:

1) Dentro del matrimonio, en caso de inseminación voluntaria o fecundación extrauterina voluntaria por parte de la esposa: a) En cuanto al derecho de filiación, la madre tendrá los mismo derechos y obligaciones que les corresponde a una concepción normal. El padre obviamente, tendrá tales derechos y obligaciones si la inseminación fué hecha con su consentimiento o su aceptación expresa o tácita posterior. Para el efecto, el caso debe asimilarse al de un adulterio, y por consiguiente ampliarse el ámbito del artículo 203 del Código Civil a este supuesto; b) en cuanto a los derechos matrimoniales, será causa de divorcio , si se realizo sin autorización del esposo, conclusión para la cual no ser requiere de disposición legal, bastando la actividad jurisdiccional.

2) Dentro del matrimonio, en caso de falta de coluntad de la esposa: a) en cuanto al derecho de filiación, la madre queda investida de iguales derechos uy obligaciones que los que conrresponde a un parto proveniente de concepción normal. b) en cuanto al esposo, debe considerar el caso en igu-al forma que el de la violación.

La presunción de paternidad rige aún para esta situación, y debiera de impedirse en este caso especial la utilización de la excepción contenida en el artículo 200 (prueba de la imposibilidad de yacimiento). Obviamente para esto se requiere también de norma legislativa; c) en cuanto al derecho matrimonial, si el marido participó en la inseminación contra la voluntad de la esposa caemos en una causal de divorcio ya contemplada por nuestro Código Civil.-

3) Dentro del matrimonio, en la inseminación o fecundación voluntaria por parte de la esposa, pero en contra de o sin la voluntad del esposo: a) en cuanto al derecho de filiación debe concederse al esposo el mismo derecho que le confiere el artículo 203 del Código Civil al marido agraviado por un adulterio. Para el efecto, es también necesaria una norma legislativa; b) en cuanto al derecho matrimonial, es obvio que debe concederse al marido el derecho a requerir el divorcio, para lo cual son suficientes las normas vigentes actuales.

C) En cuanto al Donante:

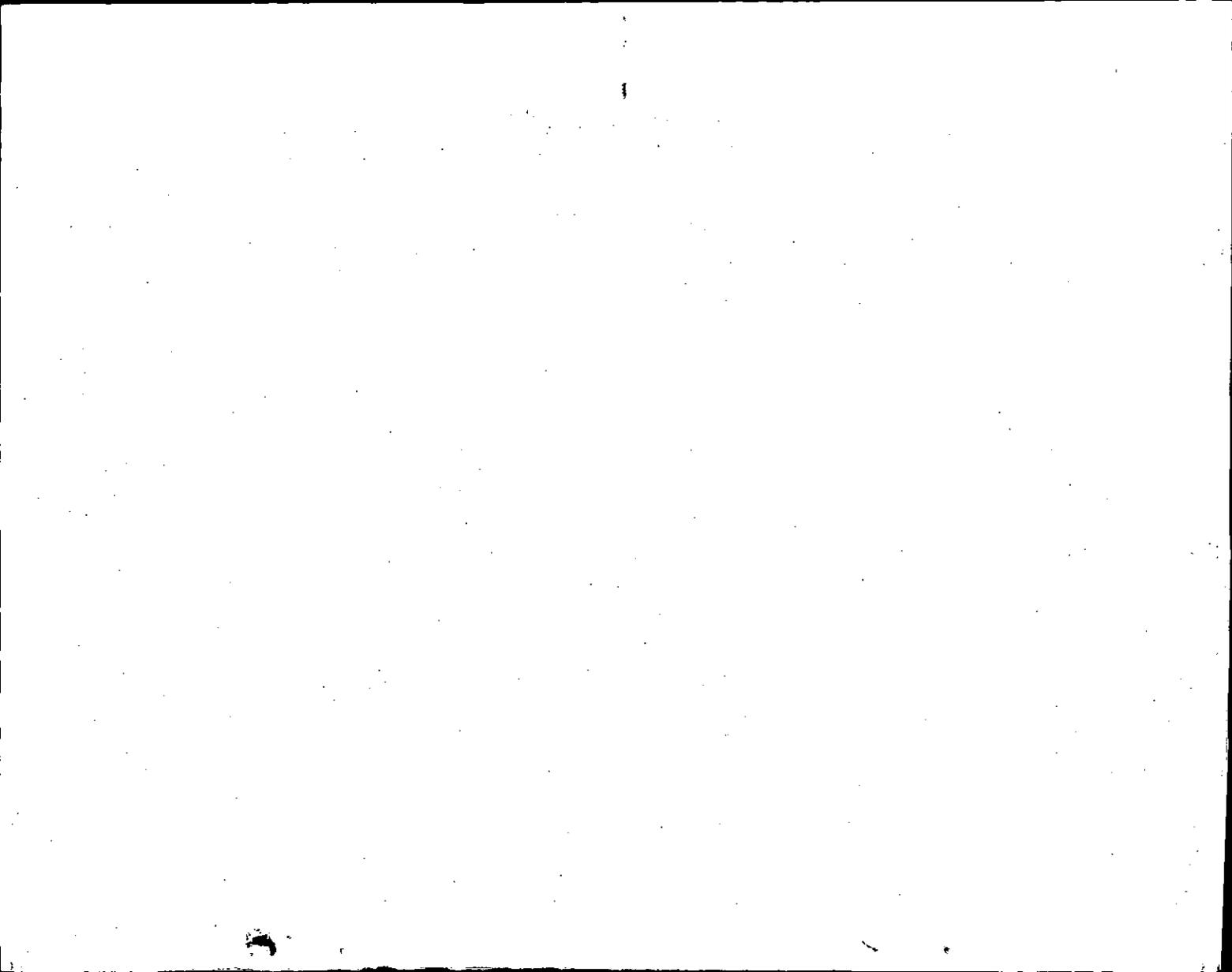
Para el caso de que se rompa el anonimato del donante, la norma general debe ser el no permitirle ningún derecho ni obligación respecto al producto de la inseminación. La excepción deberá estar constituida por aquel caso en que la donación se hace para una mujer especial, con el consentimiento de ella. Para el efecto es necesaria también, una norma legislativa.

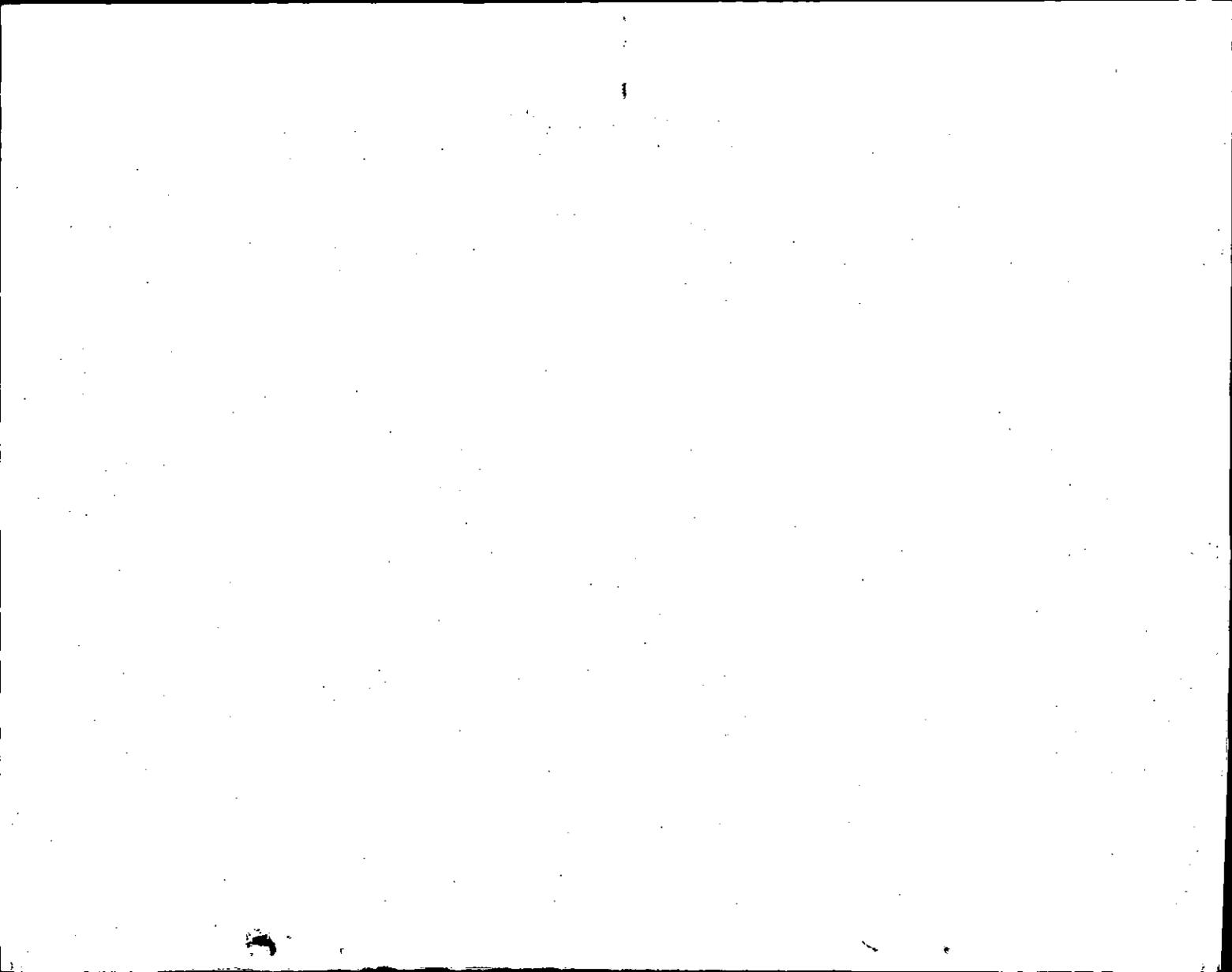
5.3 Con relación al Derecho Penal:

La protección del Derecho Penal se entiende, debe utilizarse para sancionar situaciones como: a) la inseminación de menor de edad o de mujer que no dé su consentimiento; b) la violación del secreto profesional (de parte del médico); c) las lesiones que en un momento el médico pudiera ocasionar a la mujer a título de culpa.

5.4 Con relación al Derecho Civil:

Con relación a este punto debemos de abocarnos y cumplir con lo que nuestra ley sustantiva civil nos brinda para el efecto en su apartado





APÉNDICE

CONSIDERANDO

Que la práctica de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina, en el género humano es una realidad de la época moderna, que conduce a situaciones no previstas por la legislación vigente, lo cual conlleva la incertidumbre sobre consecuencias jurídicas.

CONSIDERANDO

Que el tratamiento jurídico de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina en el género humano debe tener como norma básica la protección del niño nacido como fruto de ella, y de la familia en general.

CONSIDERANDO

Que en virtud de los múltiples campos del derecho que se ven afectados por la práctica de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina es conveniente reunir en una sólo ley las implicaciones legales de la misma y no efectuar reformas aisladas a los códigos o leyes que tienen relación con ella.

CONSIDERANDO

Que es conveniente brindar la protección que las sanciones penales conllevan, a las diversas situaciones en que mediante la inseminación artificial y la fecundación extrauterina, se atenta contra los principios básicos en que se asientan las instituciones de la familia y demás instituciones civiles.

POR TANTO :

En uso de las atribuciones que le asigna la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA ;

La siguiente:

LEY SOBRE FECUNDACION ARTIFICIAL EN EL GENERO HUMANO

Artículo 1o. La Fecundación Artificial, en el género humano sólo puede practicarse por médicos colegiados, especializados en ginecología y obstetricia, a mujeres mayores de edad que lo soliciten en el pleno uso de sus facultades volitivas.

Artículo 2o. Para realizar una Fecundación Artificial, en cualquiera de sus formas, el médico deberá exigir la presentación de una declaración auténtica de la mujer que desea someterse al tratamiento, en la que expresa su libre voluntad de ser tratada, así como su esta civil al momento de la fecundación, sin perjuicio de requerir una certificación reciente de su partida de nacimiento. Tratándose de una mujer casada solo lo realizará si el esposo da su consentimiento en forma auténtica.

La Fecundación Heteróloga, deberá ser con donante anónimo, excepto si hubiere el consentimiento auténtico de la mujer, del esposo si lo tuviere y del donante.

Artículo 3o. Para realizar una Fecundación Artificial, deberá de llenarse las siguientes formalidades: Las Personas civilmente capaces que deseen concebir un hijo por medios de fecundación artificial, lo deberán hacer constar ante notario, conforme escritura pública, la cual deberá contener además de los requisitos exigidos por el Código de Notariado; 1) Razón del faccionamiento del Instrumento, (los esposos para requerir los servicios profesionales del médico _____, especializado en _____), (el médico para comprometerse a cumplir diligentemente el tratamiento con el fin de que la pareja pueda procrear un hijo, através de la la fecundación artificial idónea para el caso). 2) Valor en que se estima el tratamiento, en concepto de honorarios etc., así como la forma a realizarse dicho pago. 3) La aceptación del pago por parte de el médico, así como la promesa bajo juramento de realizar eficientemente el tratamiento, y en su caso la aceptación de las responsabilidades respectivas que este pudiera ocasionar al adolecer de negligencia o impericia por su parte. 4) La indicación de los documentos que se aportan de prueba, como lo son: I. La declara-

ción Jurada señalada en el Artículo anterior II. Informes médicos respectivos : a) en el que conste el estado de salud de la compareciente b) De la carencia de enfermedades venereas o infecto contagiosas, de los cónyuges en su caso. c) Constancia de la infertilidad de la pareja, determinando a quién corresponde ésta. III. La partida de nacimiento de la esposa. IV. Tener a la vista la cédula de vecindad de cada uno de los cónyuges así como del médico que interviene en el Instrumento suscrito.

Artículo 4o. Una vez llenados cada uno de los requisistos del instrumento respectivo, se tomará razón de haber tenido a la vista los documentos antes indicados, y se finalizará éste, conforme lo prescrito para el efecto en el Código de Notariado. Dto. Ley 314-46.

El Notario designado para faccionamiento de dicha Escritura Pública, será el nombrado por las personas a someterse al tratamiento (esposos, o mujer), y en su defecto uno que sugiera el médico, a practicar el tratamiento.

Artículo 5o. Queda prohibido al médico y a la persona que participa en una fecundación artificial, la divulgación, en cualquier forma, de la identidad del donante del semen, u óvulo salvo por orden de juez competente, o si mediare autorización escrita y auténtica de la mujer (futura madre), como de su esposo si lo tuviere, y del/la donante.

Artículo 6o. Los hijos nacidos de la Inseminación artificial entre esposos o inseminación homóloga, ya fuere voluntaria, o sin la voluntad de alguno de los cónyuges, serán considerados hijos de ambos cónyuges.

Artículo 7o. En la fecundación heterologa de mujer casada, asistirá al marido los derechos de impugnación establecidos por los artículos 200, 203, 204, del Código Civil, salvo si hubiere dado su consentimiento para dicha inseminación.

Artículo 8o. En la fecundación artificial heteróloga de mujer casada, el/la donante no adquiere derechos ni obligaciones paterno-filiales, ni de sucesión.

Artículo 9o. En ausencia de matrimonio, -- los hijos nacidos de la inseminación artificial, solo se consideran hijos de la madre inseminada, excepto si hubiera aceptación expresa y escrita del donante y de la

madre, en cuyo caso el donante será tenido como padre.

Artículo 10. La Inseminación Artificial sin el consentimiento del esposo o el convenio de donación de esperma celebrado por hombre casado para un persona específica sin el consentimiento de la esposa, constituyen ofensas al honor , para los efectos de la separación o divorcio.

Artículo 11. El médico que practicare una Fecundación Artificial sin llenar los requisitos establecidos en la presente ley, será sancionado con prisión de uno a dos años o multa de quinientos a tres mil quetzales.

Artículo 12. El médico que practicare Inseminación Artificial a una menor de edad será sancionado con prisión de uno a tres años.

Artículo 13. El médico que violare el secreto profesional proporcionando la identidad de un donante, será castigado con prisión de seis meses a dos años o multa de quinientos a dos mil quetzales.

Artículo 14. Quien efectuare inseminación artificial en contra de la voluntad de la persona inseminada o la efectuara mediante engaño, y quien contratare sus servicios concociendo tal circunstancia, serán castigados con prisión de dos a cuatro años, más lo prescrito en el artículo 11 de la presente ley.

Artículo 15. La mujer casada que se inseminare o se hiciera inseminar con semen de persona que no es su marido, sin el consentimiento de éste, será castigada con prisión de seis meses a un año. Con igual pena se sancionará al médico que hubiera practicado dicha inseminación, más lo prescrito por lo el artículo 11 de la presente ley.

Artículo 16. La presente ley entrará en vigor sesenta días después de su publicación en el Diario Oficial.

Pase al Organismo Ejecutivo para su publicación y cumplimiento.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la Ciudad de Guatemala, el _____

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS:

1. MARTINEZ CALCERRADA, LUIS.
Derecho Médico, Volúmen I. Editorial Tecnos, Madrid España.
2. DR. THOMASA SANCHEZ, JOSE M.
Nueva Enciclopedia del cuidado del Niño. Editors Press. Service INC. New York, N.Y. 10076.
3. DEPALMA S.R.L. ALFREDO Y RICARDO.
Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina.
Editorial Astrea, Lavalle 1208 Buenos Aires.
4. LICENCIADO MAZARIEGOS CASTELLANOS, ALBERTO.
Las Modernas Técnicas Biológicas de la Fecundación Artificial y sus incidencias Jurídicas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1986.
5. SOLER SEBASTIAN.
Derecho Penal Argentino . Tomo III. Buenos Aires Argentina. 1976.
6. Carrera. Francesco.
Programa del Derecho Criminal. Volumen I. Editorial Ortega Torres y J. Guerrero. Bogotá 1972.
7. DE LEON VELASCO, HECTOR ANIBAL, Y DE MATA VELA, JOSE FRANCISCO.
Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General y Parte Especial. 2da. Edit.-Art. Guatemala, Enero de 1989.
8. LACADENA, JUAN JOSE.
La Naturaleza Genética del Hombre. No. 10. Editorial Madrid.

PUBLICACIONES:

1. SANCHEZ, ANTONIO LORENZO, Y MONTERO RICARDO JAIME LORENZO.
"El Comienzo de la Vida Humana", Boletín del Colegio de Abogados No.4 Julio. Agosto 1986. Andres Ollero. Madrid.
2. CONGRESO SUIZO DE BIOETICA.
El Embrión: Un Hombre (conclusiones).
3. EL HOMBRE Y LA SOCIEDAD.
Millan Puelle. Ediciones Rialp. S.A. Madrid 1976.
4. CASTELLANI, LEONARDO
Notas de Suma Teológica= Santo Tomás de Aquino. Madrid España 1951.
5. PEREZ GOMEZ JESUS. La dignidad de la Persona. Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Mayo 5 de 1986.

6. FRUGONI REY, GUILLERMO.
La Fecundación Artificial en Seres Humanos, ante la Moral y el Derecho. "La Presunción de Paternidad, legítima. Buenos Aires. 1951. Nota 86.
7. BELLUSCIO AUGUSTO.
Aspectos Jurídicos de la Fecundación Extra Corporal, LL. Suplemento Diariodel 14-8-78. Madrid.
8. Profesos Dr. SEVERO OCHOA.
Reproductor y citado en Abc. de Madrid el 5-3-88del programa de presentación del Instituto de Biología Molecular del Consejo Superior de Investigación Científica en España.
9. El Periódico EL PAIS del 26 de mayo de 1986. Artículo: Prudencia en la Administración de E.E.U.U. en los experimentos de Ingeniería Genética.
10. PRENSA LIBRE, artículo "Experimentación con Seres Humanos, por Fecundación In-Vitro", por Luis Roberto Sarmiento. Guatemala 15 de Enero de 1987.
11. DIARIO PRENSA LIBRE, de Fresse de Gonzales Ana, artículo "de la Calma al Llanto", 11 de enero de 1988.
12. Diario PRENSA LIBRE, DE Fuente Soto Benjamin, Artículo "Fecundación Artificial II parte", Revista Amiga del 19 de enero de 1988.
13. Diario PRENSA LIBRE, Artículo "Pareja Divorciada se Disputa tenencia de Embriones", publicado el 10 de Agosto de 1989. Guatemala.
14. Dirario PRENSA LIBRE: Sección Internacional. Artículo "Madre tuvo a Niña Negra, demanda a Banco de Espermas", publicado el 10 de marzo de 1990. Guatemala.
15. MESA REDONDA sobre DERECHO Y NUEVA GENETICA.
Colegio de Abogados de Guatemala, 1989. Pnentes: Por España: Dr. JOSE MARIA MARTINEZ VAL Y DR. MARIA DOLORES VILLA CORO. Por Guatemala: Licenciado Ricardo Alfonso Umaña Aragón.
16. Programa NUESTRO MUNDO POR LA MAÑANA, Canal 3 de Guatemala. Reportaje sobre Procreación Artificial en Guatemala. hecho por Anay Quedes de Veliz. Abril de 1990.

LEYES CONSULTADAS:

Internacionales;

1. Constitución Española de 1978.
2. Código Civil Español. 1975.
3. Código Civil de Costa Rica. Ley No. 5476 del 25 de diciembre de 1973. Reformada por leyes Nos. 5895 del 23 de marzo de 1976, y 6045 del 14 de marzo de 1977.
4. Ley del Estado de Conneticut, Estados Unidos, "Children Conceived Through Artificial Insemination" (Niños Concebidos através de Inseminación Artificial) Año de 1972.
5. Código Civil Argentino. 1978.