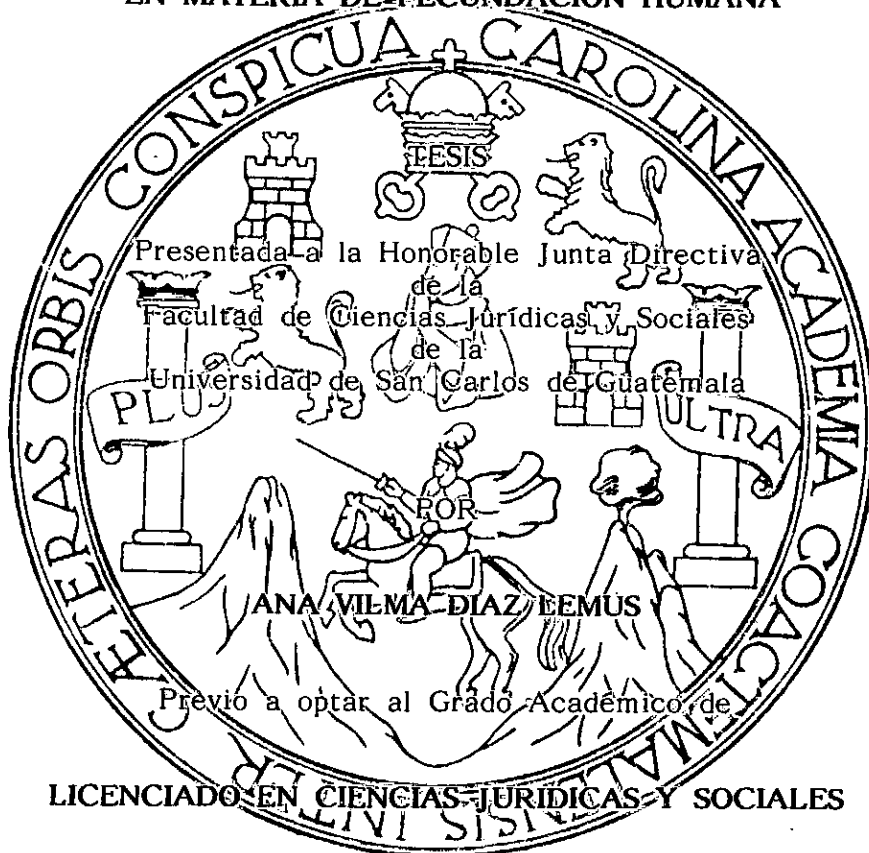


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

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

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

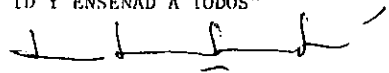


.../2

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 13
Guatemala, Centroamérica

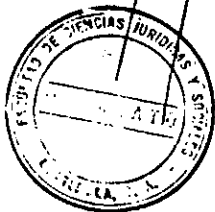


FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
DIRECTORES DE AREA

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

3 -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

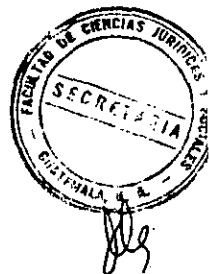
RARM/mbpp.

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. -----



A C T O Q U E D E D I C O :

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 órganos 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 trataran 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 no 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 examen 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, porlo 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 gestición, 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 cúpula. Sin embargo, la inseminación artificial y la fecundación exaterina, permiten observar que puede haber concepción humana sin cúpula, 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 cúpula 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 ciertos 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" tenemos 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 alarar 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 afrontar 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 circunstanacias 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 conjugue 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 responsabili-

(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.-