

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO
CIVIL**

ANA CETO CHÁVEZ

GUATEMALA, JULIO DE 2018

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL
CÓDIGO CIVIL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ANA CETO CHÁVEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Julio de 2018

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

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIA:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Jaime Amilcar González Dávila
Vocal:	Lic. Carlos Antulio Salazar Urizar
Secretaria:	Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol

Segunda Fase:

Presidente:	Licda. Adela Lorena Pineda Herrera
Vocal:	Lic. Juan Carlos Ríos Arévalo
Secretario:	Lic. Raúl Archila Méndez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



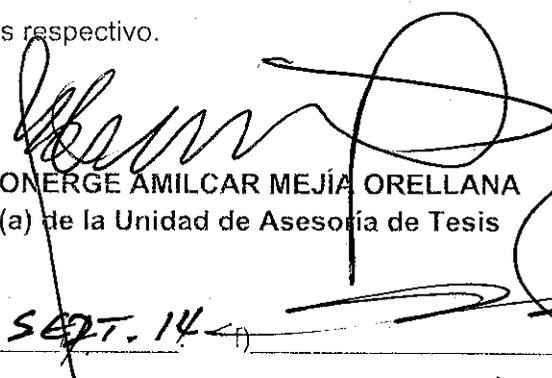
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 11 de septiembre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ANA CETO CHÁVEZ, con carné 200119019,
 intitulado LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 11 / SEPT. 14 / 2014

Asesor(a)
LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
 ABOGADO Y NOTARIO





Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805

Guatemala, 27 de abril de 2015

Doctor
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Respetable doctor Mejía Orellana:

En cumplimiento del nombramiento de fecha once de septiembre de dos mil catorce, emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a **ASESORAR** el trabajo de tesis de la bachiller **ANA CETO CHÁVEZ**, carné número 200119019 intitulada: **"LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL"**.

1. Para el efecto me permito informar a usted lo siguiente: a) que el trabajo de tesis que procedí a asesorar se encuentra elaborado conforme a la perspectiva doctrinaria adecuada y moderna de los textos legales relacionados con la disciplina civil; b) que el trabajo referido se encuentra contenido en cuatro capítulos, comprendiendo en los mismos aspectos importantes del tema, de tal forma que la autora en el análisis realizado demuestra que efectivamente, muchas mujeres tienen problemas congénitos o adquiridos para concebir un hijo, por tal motivo, se ven obligadas a someterse a tratamiento de fertilización, porque de lo contrario nunca lo lograrán, sin embargo, la mayoría no obtiene buen resultado. Consecuentemente, los cónyuges buscan otras alternativas para procrear un hijo, por lo que al encontrarse regulada la figura de la maternidad subrogada, seguro que recurrirán a la misma.

2. Que realicé las recomendaciones del caso, así como las correcciones atinentes y necesarias, mismas que fueron observadas y cumplidas fehacientemente por la sustentante del presente trabajo.

9ª. Avenida 13-39, zona 1, ciudad de Guatemala
Teléfono 54120813



En mi opinión, la tesis, efectivamente cumple con los requisitos del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y para el efecto hago constar que: a) el contenido científico y técnico contribuye a concientizar sobre la necesidad de adicionar al Código Civil el Artículo 1941 bis, con el fin de regular el contrato de maternidad subrogada y así brindar la oportunidad a los cónyuges para que recurran a una madre sustituta para concretar su objetivo, tener un hijo; b) en cuanto a la metodología utilizada, en su desarrollo se observó la aplicación científica de los métodos jurídico e inductivo; c) en lo concerniente a las técnicas de investigación la sustentante aplicó las técnicas de investigación documental y la ficha bibliográfica; d) para el efecto, la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión, de tal forma que sea comprensible al lector; e) la sustentante brinda un importante aporte jurídico, así como un enfoque doctrinario y legal, al recomendar que se propicie una iniciativa de ley, para que se adicione el Artículo 1941 bis al Código Civil, porque sólo de esta forma se evita que se disuelva el vínculo conyugal, pues no todos los cónyuges aceptan la idea de no procrear un hijo y menos en optar por la figura de la adopción. De lo expuesto deriva que es invaluable la contribución científica que la sustentante realiza en la tesis de mérito; f) la conclusión discursiva a la que arribó es atinente, oportuna, clara, sencilla y concreta, con el fin que su propuesta sea tomada en cuenta; g) la bibliografía utilizada es reciente, acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en el contenido; h) y por ultimo declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes. Por lo antes expuesto, en definitiva, al haberse cumplido con todos los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público referidos, resulta pertinente aprobar el trabajo de investigación objeto de asesoría, por lo que para el efecto procedo a emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**.

Atentamente,



Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
Asesor de tesis
Colegiado No. 3805

9ª. Avenida 13-39, zona 1, ciudad de Guatemala
Teléfono 54120813



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



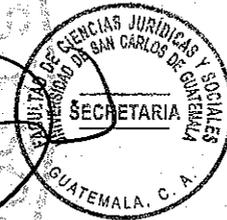
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 03 de julio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ANA CETO CHÁVEZ, titulado LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL. Artículos. 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs

[Handwritten signature]

[Large handwritten signature]



[Handwritten signature]
 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO



DEDICATORIA



A DIOS:

A quien entrego mi carrera, para que la bendiga por siempre; gracias por escuchar mis oraciones; devolverme la vida y la ilusión para lograr este sueño, acompañarme e iluminarme. Gracias Dios por estar conmigo.

A MI ESPOSO

LIC. MANUEL CEDILLO:

Por su amor incondicional, instrucción, conocimiento e irrestricta paciencia; así como ser un ejemplo de sabiduría y perseverancia en mi vida.

A MI MADRE

MAGDALENA CHAVEZ:

Que en paz descansa. Por ser una madre ejemplar, guiarme y darme buen ejemplo. Agradezco el esfuerzo que hizo en mí. La extraño, por ello su lugar en mi ser aun sigue vacío. Dios la guarde.

A MI PADRE

VICENTE CETO:

Por estar siempre a mi lado, apoyarme y brindarme sus sabios consejos. Gracias papá, por su esfuerzo, este triunfo también es suyo.

A MIS HIJOS:

Vicente, Fernando y Cecilia. Gracias por la paciencia, son la inspiración de mi vida. Los quiero mucho.

A MIS HERMANAS:

Jacinta, Ana, María y Rosa, por motivarme a estudiar y graduarme. Gracias hermanas, las quiero con todo mi corazón.

A MIS AMIGOS:

María Rosaura Vallejos Javier, Otto René Arenas Hernández, Cristina Pérez, Daniela Galindez, Natalia Caruso, Petrona Velasco Brito, Sharón Andrea Cruz,



William Rolando Sánchez Pérez, Magdalena Soliz Marcos, Cecilia Ramírez, Fredy René Aguilar, Santos Alvarado y Francisco Cedillo Sánchez. Gracias por las motivaciones, la amistad y el apoyo incondicional.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, por darme la oportunidad y privilegio de haber sido una estudiante sancarlita.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por brindarme el conocimiento necesario para poder ser una gran profesional del derecho, para el servicio de toda la población, Guatemala.

PRESENTACIÓN



Para el desarrollo de la investigación se utilizó el método cualitativo, situándose el tema objeto de estudio en la rama del derecho civil. El ámbito geográfico comprendió la ciudad de Guatemala; por consiguiente, el ámbito temporal abarcó del 1 de enero de 2009, hasta 31 de diciembre de 2013.

En cuanto el objeto sujeto de estudio fue: La necesidad de adicionar al Código Civil el contrato de maternidad subrogada con el fin de fomentar la unidad familiar en aquellos casos donde la mujer adolece de infertilidad.

El objeto y el sujeto que se tomó para realizar la investigación son: la ley, la maternidad y la madre sustituta. La hipótesis empleada es la específica. La representatividad de la muestra fue de un veinticinco por ciento.

Efectivamente, ante la poca atención que el Estado le ha otorgado al tema de la maternidad subrogada, muchos vínculos conyugales se han disuelto, ya que no es permitido autorizar un contrato de esta índole, pues el Código Civil no lo regula. No obstante, cuando los cónyuges, atraviesan la dificultad de no poder procrear sus propios hijos, su única alternativa es la adopción, pero no todos los cónyuges la aprueban, por el contrario la maternidad subrogada si cumple sus expectativas, por ello es oportuna su creación. El aporte de la investigación fue: adicionar el Artículo 1941 bis al Código Civil a efecto de regular el contrato de maternidad subrogada.



HIPÓTESIS

Las variables utilizadas en la investigación fueron: contrato, hijos, infertilidad, tratamiento para la infertilidad, disolución de vínculos conyugales, procreación, indemnización a la madre subrogada y alquiler de útero.

La hipótesis planteada fue la siguiente: La falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en el Código Civil, en el caso que la cónyuge no pueda concebir un hijo por adolecer de infertilidad, pese a haberse realizado los estudios y tratamientos adecuados para el efecto, lo cual provoca que exista mayor probabilidad de que los núcleos familiares se disuelvan, máxime cuando los hombres no aceptan recurrir a ningún otro tipo de figura, sin embargo, si aceptan la maternidad subrogada. Dicho vacío legal, provoca que no exista un parámetro adecuado sobre los gastos derivados del parto e indemnización económica que corresponde a la persona que presta su útero. La maternidad subrogada como alternativa para concebir un hijo, es producto de la estigmatización social de los núcleos familiares que no tienen hijos. Una posible solución a la problemática señalada constituye regular en el Código Civil, el contrato de maternidad subrogada.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



El método de comprobación de la hipótesis utilizado fue el deductivo. Como contraste de variables empleadas para emitir argumentos se encuentran: la unidad familiar, disolución de vínculo conyugal, madre biológica y el vacío legal del contrato de maternidad subrogada existente en el Código Civil. Son factores filosóficos: el respeto a la vida; los factores axiológicos: falta de valores de los solicitantes para alquilar un útero de otra mujer; los factores exegéticos: la contratación de la maternidad subrogada para algunas madres subrogadas tiene un objetivo económico; como factores hermenéuticos: se interpreta como un deseo de tener hijos propios independientemente de los prejuicios sociales; y los factores pragmáticos de la argumentación: la regulación del contrato de maternidad subrogada en el Código Civil para evitar que los contratantes incurran en ilícitos penales como la trata de personas.

La hipótesis fue comprobada porque las mujeres que adolecen de problemas congénitos o adquiridos no pueden concebir sus hijos, en consecuencia sus vínculos conyugales se han visto disueltos, no obstante, los cónyuges al aceptan recurrir a la maternidad subrogada, si materializan su deseo de ser padres. Inclusive, éstos se encuentran de acuerdo en compensar económicamente a la mujer que alquila su útero, dentro de los parámetros lógicos del caso. Además su regulación disminuye la estigmatización que se hace de los núcleos familiares que no tienen hijos.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Maternidad subrogada.....	1
1.1. Definición.....	2
1.2. Históricos.....	8
1.3. Tipos.....	17
CAPÍTULO II	
2. El contrato de maternidad subrogada.....	21
2.1. Definición.....	22
2.2. Características.....	25
2.3. Derechos y obligaciones de las partes.....	31
2.4. Naturaleza jurídica.....	33
2.5. Derechos del niño.....	35
2.6. Derecho comparado.....	36
CAPÍTULO III	
3. Conflictos generados por la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada.....	45
3.1. No poder recurrir a una tercera persona para solicitarle sus servicios de maternidad subrogada.....	46
3.2. Determinación de la filiación.....	47
3.3. Determinar a quién corresponde los gastos derivados de la maternidad y el parto.....	49
3.4. Determinación de la indemnización económica que corresponde a la mujer que presta su útero.....	50
3.5. Eventualidades en torno al embarazo, parto y el nacimiento del niño.....	51
3.6. Inscripción (inscripciones en el Registro Civil de las Personas.....	55



CAPÍTULO IV

4. Soluciones a la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada.....	57
4.1. Poder recurrir a una tercera persona para la utilización de su útero.....	59
4.2. Regular la figura del contrato de maternidad subrogada.....	60
4.3. Propuesta.....	63
4.4. Su adición al Artículo 1941 bis del Código Civil.....	65
4.5. Proyecto de ley.....	65
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	75

INTRODUCCIÓN

Se eligió el presente tema, para abordar la problemática que existe en torno al contrato de maternidad subrogada, pues es evidente que hasta la fecha existe dicho vacío legal en el Código Civil, el cual impide que muchas mujeres se vean imposibilitadas a recurrir a esta medida cuando no pueden concebir un hijo, como consecuencia de tener problemas en su útero o adolecer de cualquier otra anomalía congénita o adquirida, pese a haberse sometido a un riguroso tratamiento de fertilización, poniendo en riesgo su vínculo conyugal al no poder concebir un hijo, pero aún si el cónyuge desea firmemente tener hijos.

El caso, es que las mujeres que tienen problemas de fertilidad, ven con suma tristeza que es casi nula la probabilidad de poder procrear un hijo, aunado a ello, su cónyuge no acepta la idea de adoptar a un niño, ya que a la fecha existen muchos prejuicios sobre el uso de esta figura jurídica; sin embargo, si ven o se sienten atraídos por la idea de tener sus propios hijos mediante el alquiler de un útero o un vientre de otra mujer, máxime por el hecho que es posible utilizar su espermatozoide y el óvulo de su cónyuge, en su defecto, de otros donantes anónimos y en última instancia emplear el óvulo de la madre sustituta, por lo que definitivamente, el contrato de maternidad es la figura ideal para resolver sus problemas, no obstante, no es posible su empleo por no estar regulado en el Código Civil.

El objetivo general de la investigación fue: Establecer la necesidad de adicionar al Código Civil el contrato de maternidad subrogada, así como dar a conocer la problemática que existe en torno a que muchos hombres que no aceptan recurrir a ningún otro tipo de figura, sin embargo, si aceptan la maternidad subrogada. Efectivamente, si se logró el objetivo perseguido, pues es evidente que existen muchas mujeres que tienen problemas para procrear hijos, de modo que se ven limitadas legalmente a no poder recurrir a otra mujer que colabore en prestar su útero para gestar un hijo, a pesar que su cónyuge si acepta dicha opción como una alternativa para no disolver su vínculo conyugal.



La teoría principal del tema, establece que es necesario que el Estado proteja la unidad familiar, porque al no modernizarse la legislación civil en materia familiar, se veda la oportunidad a muchas mujeres de poder tener sus propios hijos y sobre todo que el vínculo conyugal no se disuelva. Esta teoría si fue comprobada, porque se ha comprobado que en otros países que ya regulan dicha figura, la relación conyugal se fortalece, pues los cónyuges varones ven cumplido su sueño de procrear sus propios hijos.

La tesis consta de cuatro capítulos, siendo los siguientes: en el primer capítulo, se describe la maternidad subrogada; el segundo capítulo, se aborda el contrato de maternidad subrogada; en el tercer capítulo, se analizan los conflictos generados por la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada; y por último, el cuarto capítulo desarrolla las soluciones a la regulación del contrato de maternidad subrogada.

En el desarrollo de la investigación se emplearon los métodos jurídico e inductivo, para establecer la problemática derivada de la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en el Código Civil y los conflictos que genera, pues muchas mujeres adolecen de infertilidad por problemas congénitos o adquiridos y se ven imposibilitadas para concebir un hijo. En cuanto a la técnica, se utilizó la bibliográfica para la recolección del material de referencia.

Por último, se espera que el tema que se aborda en la presente tesis sirva de material de apoyo para los estudiosos del derecho, dejándoles la inquietud para que continúen investigando sobre el tema en cuestión.

CAPÍTULO I



1. Maternidad subrogada

Guatemala, es un país que se caracteriza por contar con una alta tasa de natalidad, sin embargo, para otro grupo de mujeres la situación es otra, pues derivado de múltiples complicaciones ginecológicas genéticas o adquiridas, se ven imposibilitadas para procrear un hijo dentro de su claustro materno, por lo que recurren a otras alternativas, dentro de otras, utilizar el útero de otra mujer que no tenga problemas para fecundarse. El caso es que la legislación guatemalteca no regula el contrato de maternidad subrogada, en virtud que en este sentido la normativa civil tiene dicho vacío legal.

La figura de la adopción constituye una medida que viene a llenar en parte este vacío, pero hay que tomar en cuenta que no todos los cónyuges conciben la idea de adoptar un hijo de otra persona, por lo tanto descartan dicha posibilidad. Este grupo de mujeres como se menciona se ponen en tratamiento ginecológico, pese a los esfuerzos, tampoco logran su objetivo, de manera que recurren a una tercera persona para materializar su deseo de ser padres biológicos.

La maternidad subrogada constituye un tema controversial en aquellos países donde la figura no se encuentra regulada, como Guatemala, ya que al no encontrarse normada dicha figura, la madre sustituta, fácilmente puede reclamar la maternidad del

hijo concebido in vitro o en laboratorio, inclusive puede darse el caso que no sea indemnizada como corresponde, motivo por el cual debe regularse dicho acto.

1.1. Definición

La autora Hildara Araya define a la figura de la maternidad subrogada de la siguiente forma: "Se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que le pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos madres de alquiler y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso.

Existen diferentes tipos de maternidad subrogada según el objetivo de la madre que aporta el vientre y el factor monetario de por medio. También puede categorizarse según la composición genética del bebé, es decir, quienes aporten el óvulo y el espermatozoide".¹

La maternidad subrogada, define la autora citada, que es la maternidad que lleva a cabo una mujer, pero el hijo es de otras personas. Este tipo de maternidad recibe distintos nombres, ya sea madre en alquiler o vientre en alquiler, depende de cada legislación. Existen distintos aspectos que deben tenerse en cuenta al momento de concretar este tipo de servicios.

¹ Araya, Hildara. ¿Qué es la maternidad subrogada?. [http://embarazoyparto about.com/od/QuedarEnEmbarazo/ss/Que-Es-La-Maternidad-Subrogada.htm](http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/ss/Que-Es-La-Maternidad-Subrogada.htm). (Guatemala, 2 de diciembre de 2014).

El autor A. B. Faraoni en relación a la maternidad subrogada establece que: “Su surgimiento ha provocado una ausencia de regulaciones que solucionen las problemáticas legales que conlleva y que, sin duda, deben ser atendidas. Ejemplos de estos conflictos, son los siguientes: la presunción y determinación de la maternidad y de la paternidad; disposiciones en el supuesto de que los padres contratantes mueran durante la gestación; el derecho de los padres a rechazar al bebé por malformaciones y pedir a la madre sustituta el aborto del mismo”.²

Como señala el tratadista citado, la maternidad subrogada implica contemplar legalmente muchos factores e incidencias, ya que la ausencia de regulaciones conlleva a diversidad de conflictos entre las partes, principalmente la presunción de maternidad y paternidad, entre otros, los cuales deben ser cuidadosamente observados para evitar sobre todo, dañar al hijo que está por nacer.

“El tema de la subrogación es muy complejo debido a que implica y comprende una gran variedad de elementos e involucra a varias personas en el proceso. En primer lugar, se encuentran los núcleos familiares que desean tener un hijo pero que por algún motivo la mujer no puede gestar al bebé y desea que alguien más lleve a término el embarazo. En este caso se habla de padres intencionales o pareja o persona contratante. En segundo lugar, se ubica a la mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, ya sea por motivos altruistas o a

² Faraoni, A.B. **La maternidad subrogada**. Pág. 1.

cambio de una compensación económica. A esta mujer se le llama gestante o madre sustituta. En tercer lugar, está el contrato de subrogación mediante el cual el o los padres intencionales y la gestante estipulan la causa, el objeto y la forma de cumplir con el acuerdo. Aunque los contratos varían, siempre incluyen disposiciones relativas a los derechos y las responsabilidades de todas las partes, antes y durante el embarazo y después del nacimiento del niño. Por último, la posible aportación de donadores de gametos. Esta opción es empleada cuando los padres intencionales se sirven de óvulos y/o espermatozoides ajenos para realizar la fecundación.

Así el bebé puede ser hijo biológico de la madre sustituta, este tipo se denomina subrogación tradicional, y es más controvertido, o más comúnmente, ser fruto del óvulo de otra mujer, como una donante anónima o la contratante, denominado subrogación gestacional, este tipo está más aceptado, previamente fertilizada, implantado en el útero de la gestante mediante la técnica de transferencia de embriones, iniciada en la década de 1960. En este segundo caso, la gestante no tiene ninguna conexión genética con el o los bebés, siendo la madre biológica o la donante anónima la genitora del o de los óvulos.

En la primera forma, la criatura puede ser el fruto de la inseminación artificial con espermatozoides de uno de los miembros de la pareja que alquila o con el de un donante ajeno.

Aunque puede ser un procedimiento altruista, por ejemplo en el caso de hermanas o hijas, lo más común es que sea comercial por parte de extraños. Se estima que en los Estados Unidos la compensación a una madre de alquiler es de aproximadamente 40,000 euros, frente a los 4,500 en la India³.

El tema de la subrogación, como se cita es bien complejo, es utilizado por los núcleos familiares, donde la mujer generalmente no puede concebir por motivos genéticos o físicos. Existen distintas modalidades de subrogación, pero la que más interesa es el contrato de subrogación, en este caso, los cónyuges se encuentran de acuerdo en solicitar los servicios de otra mujer. Es sumamente importante determinar los parámetros que regirán a este tipo de maternidad para evitar cualquier problema posterior entre la madre subrogante y la subrogada. Muchas veces la subrogación tiene motivos altruistas, pero en su mayoría tiene un propósito económico, razón principal para dejarlo regulado a través de un contrato.

Raquel Bolton en relación a la maternidad subrogada, establece lo siguiente: "Junto a otros nombres -gestación sustitutiva y alquiler de vientre- denominan habitualmente la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento de nacimiento a una pareja o persona, renunciando a sus propios derechos como madre; frecuentemente es realizada a cambio de dinero. Las motivaciones que pueden llevar a una pareja o persona, a solicitar esta práctica son variadas, entre ellas se comparten: Esterilidad o

³http://es.wikipedia.org/wiki/Madre_de_alquiler. **Madre en alquiler**. (Guatemala, 4 de diciembre de 2014).

infertilidad de la persona o pareja, para llevar a término un embarazo e incapacidad para soportar posibles consecuencias que podrían ocurrir en la etapa gestacional".⁴

Afirma la autora citada, que la maternidad subrogada, no es más que, la práctica a través de la cual, una mujer consciente llevar en su vientre al hijo de otras personas, que son los padres del hijo por nacer. El motivo fundamental del alquiler de su útero o vientre, regularmente es económico, pero para los padres constituye, poder llevar a término un hijo que su cónyuge no pudo concretar por diversos motivos de gestación.

Dahiommy Ramírez Richards también le denomina vientre de alquiler que puede definirse como: "El proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar un bebé. Una vez que el niño es dado a luz, es entregado a la pareja en cuestión, y la mujer que lo ha gestado debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el bebé".⁵

La maternidad subrogada como tal, tiene distintas denominaciones entre otros, vientre de alquiler, el cual se caracteriza porque conlleva todo un proceso en el cual una mujer ofrece o le es solicitado el alquiler de su útero, que en términos cotidianos se le denomina vientre con el propósito de gestar un niño durante el tiempo del embarazo,

⁴ Bolton, Raquel. **Maternidad subrogada**. <http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-vozes/210-maternidad-subrogada>. (Guatemala, 5 de diciembre de 2014).

⁵ Ramírez Richards, Dahiommy. **La maternidad subrogada**. curiosidadesjuridicasyalgomias.blogspot.com/2011/10/la-maternidad-subrogada-i-parte.html (Guatemala, 6 de diciembre de 2014).

luego se encuentra obligada a entregarlo a los solicitantes, por consiguiente, esta mujer renuncia a sus derechos legales y biológicos.

El autor Pablo Elles Albornoz en relación al tema de la maternidad subrogada o vientre de alquiler, establece que: "No es más que la propia maternidad por sustitución, que será la concepción de un ser humano por una madre la cual ha llegado a cierto contrato el que se otorga a terceros la custodia y todos los derechos que tenía sobre el menor.

Los argumentos en contra sobre esta técnica son:

- a) El valor de intercambio dado por el dinero en la maternidad subrogada, mercantiliza a los seres humanos y un hijo o hija no puede ser un medio para obtener otra cosa.
- b) Los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales.
- c) Es inmoral traer de esta forma un niño o niña al mundo habiendo muchos chicos que pueden ser adoptados.

El argumento a favor de esta técnica podría ser: La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y

prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Y gracias a esto todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma”.⁶

El autor citado, afirma que el alquiler de vientre tiene como propósito primordial, que una mujer que por motivos de infertilidad o cualquier otro, recurra a dicha figura, para que otra mujer le alquile su útero. Existen varios tipos de maternidad, las partes se ponen de acuerdo o escogen el que más le conviene. Esta figura, tiene opiniones a favor y otros en contra, que van desde el punto de vista psicológico, moral y legal entre otros, pero de una u otra forma, son aspectos que deben tomarse en cuenta al momento de decidir dicha probabilidad de maternidad.

1.2. Antecedentes históricos

“La primera madre de alquiler conocida en la historia nació hace unos dos mil años antes de Cristo en la tierra árida de Canaán, cerca de Hebrón. He aquí lo que dice al respecto el Antiguo Testamento, Génesis 16, libro sagrado de los judíos, cristianos y musulmanes. Saraí, la esposa de Abram, Sara y Abraham se llamarán un poco más tarde, era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo.

⁶Albornoz, Pablo Elles. **Maternidad subrogada o alquiler de úteros**. eticaenlautb.blogspot.com/2012/10/maternidad-subrogada-o-alquiler-de.html. (Guatemala, 7 de diciembre de 2014).

Abram accedió al deseo de Sarai. En aquel entonces Abraham tenía 86 años, pero su edad venerable no impidió la concepción. En 1910 A. C., Agar dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael. Sarai le sentó en sus rodillas como si fuera su hijo propio. Éste fue el primer niño nacido por medio de un programa de la llamada gestación subrogada tradicional. A propósito, de Ismael descienden todos los árabes que se llaman también ismaelitas o agarenos, por el nombre de la madre subrogada que ha gestado a Ismael. Es interesante que 14 años después del nacimiento de Ismael, en 1897 A. C., Sara consiguió quedarse embarazada de su marido legítimo, quien se preparaba para festejar su centenario, y dar a luz a Isaac”.⁷

Evidentemente, la maternidad subrogada es un tema antiguo que data desde el inicio de la historia del hombre, en virtud que siempre ha habido mujeres a las cuales se les ha dificultado concebir sus propios hijos, adoptando otras alternativas para agenciarse de un hijo.

“El segundo programa de gestación subrogada, del que se tiene conocimiento, se desarrolló en la Mesopotamia sumeria a mediados del Siglo XVIII A. C. Cabe destacar que en el reino de los sumerios la subrogación gestacional fue una práctica corriente, y más aún consolidada legalmente. El Código del rey Hammurabi, 1792 -1750, creado en 1780 A. C., disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón.

⁷<http://surrogacy.ru/es/history.php>. **Maternidad subrogada en Rusia y en el mundo.**(Guatemala, 8 de diciembre de 2014).

La segunda fue Bilhá, sierva de la bella Raquel, la segunda esposa de Jacob, nieto de Abraham, que le dio dos hijos, Dan y Neftalí. El propio Jacob tenía entonces 85 años. Por extraño que parezca, en programas de gestación subrogada a menudo ocurren cosas raras, después del nacimiento del niño gestado por la madre de alquiler o incluso durante la gestación, queda embarazada inesperadamente la arrendadora del programa.

En la Sagrada Escritura se trata de la llamada maternidad subrogada tradicional, cuando debido a la falta de las técnicas de reproducción avanzadas la gente se veía obligada a recurrir a la fecundación natural de la donante que a la vez era madre de alquiler. Sin embargo, desde el punto de vista legal esos niños se consideraban hijos de profetas bíblicos y sus esposas legítimas.

La gestación subrogada fue una práctica habitual en la antigüedad. Basta decir que muchos faraones egipcios se servían de sus criadas para tener hijos. Se consideraba que los gobernadores del Antiguo Egipto descendían directamente de Ra, el dios del Sol. Para que la sangre divina no se mezclara con la de personas normales, el faraón se casó con su hermana. Claro está que, en caso de haber nacido, los niños procreados en ese matrimonio incestuoso no gozaban de una salud de hierro.

En las Antiguas Grecia y Roma también fue una práctica muy extendida. Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, una región que estaba situada en la parte central de Asia menor, y su esposa estéril Estratónica que personalmente

seleccionó entre las prisioneras a la bella Electra para su marido y crio a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos, con amor y una generosidad admirable”.⁸

Es indudable, las diversas civilizaciones, han recurrido a la maternidad subrogada, consecuentemente dicha figura fue regulada en forma muy escueta, la historia demuestra que los principales interesados en procrear un hijo, han sido los gobernantes, cuyo fin fue perpetuar su especie.

“Por otra parte, las diferencias culturales y religiosas no fueron un obstáculo para que en la Edad Media la maternidad subrogada tradicional se utilizara en China, Corea y Japón.

En 1677 el inventor del microscopio Antoni van Leeuwenhoek estudió el semen humano y fue el primero en ver espermatozoides. Supuso que el espermatozoide es una suerte de semilla, al tiempo que el útero femenino sólo le crea un ambiente favorable para su germinación. En 1790 el eminente cirujano y venereólogo escocés John Hunter recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadia y lo inyectó en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en la historia. El experimento resultó en el nacimiento de un niño sano ese mismo año.

⁸Ibid.

En 1880 se llevó a cabo el primer intento de FIV en conejos y conejillos de indias, en este caso en el sentido pleno de la palabra. Dentro de 11 años el científico británico Walter Haupe realizó con éxito una FIV y transferencia de un embrión de una coneja a otra, haciéndola la primera madre subrogada. En la última década del siglo XIX el obstetra ruso Victorín Gruzdev (1866-1936) elaboró la teoría sobre la importancia de la madurez del óvulo para la fecundación y la probó en conejas. La técnica diseñada por Gruzdev llegó a ser prototipo de la GIFT, es decir la transferencia simultánea de gametos femeninos y masculinos a la trompa de Falopio.

A partir de los años 20 del siglo pasado en el tratamiento de la infertilidad empezó a utilizarse ampliamente la inseminación artificial con el semen del marido o un donante seleccionado especialmente. La primera FIV de ovocitos humanos fue realizada en 1944 en Harvard por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin que cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular.

No obstante, todos los logros alcanzados anteriormente, como los fundadores de la fecundación in vitro en el sentido moderno de la palabra son considerados dos científicos británicos, el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe. En 1967 Edwards consiguió el primer éxito en la fecundación in vitro de un óvulo humano. Sin embargo, el primer embarazo de un niño ajeno que desgraciadamente fue extrauterino sólo se produjo en 1976, después de nueve largos años de investigaciones y experimentos sin cesar.

El 10 de noviembre de 1977, cuando el número de intentos fallidos de FIV ya superó la cifra de 600, los médicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable.

En 1980 en Melbourne, Australia, en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata después de ocho años de intenso trabajo nació el segundo bebé probeta, esta vez un niño, mientras que en 1981 se realizó el primer programa exitoso de FIV en Estados Unidos”.⁹

Indudablemente, los avances en la ciencia se han ido modernizando, puesto que el hombre puede intervenir en las técnicas de fertilización fuera del útero humano, todo con el fin de asistir a las mujeres que no pueden fecundizarse en forma natural.

“En la Unión Soviética los experimentos de fecundación de óvulos fueron iniciados a finales de los años 60 por B. Leonov en Moscú y A. Nikitin en Leningrado. La primera niña probeta rusa Lena, procreada en el laboratorio de B. Leonov, nació en Moscú en febrero de 1986, manifestando el comienzo de la famosa perestroika.

Borís Leonov estuvo en los orígenes de la FIV y, en general, de las técnicas de reproducción asistida en el país. En los duros años del estancamiento brezhneviano cuando no había Internet, ni otros medios de comunicación modernos y cuando al país a duras penas llegaban noticias desde el exterior, Leonov entendió la importancia y el

⁹ **Ibid.**

valor de la información fragmentaria sobre los primeros intentos de FIV en el Occidente e hizo todo lo posible para comenzar el desarrollo de tales programas.

Así que con toda razón Borís Leonov puede considerarse el padrino de los muchos miles de niños que han nacido como resultado de los programas que él diseñó y plasmó en la vida. Tan sólo en los 30 años pasados desde el nacimiento de Louise Brown en el mundo han nacido más de dos millones de niños probeta.

En Estados Unidos, en lo que se refiere a la maternidad subrogada como tal, este término fue acuñado por Noel Keane, un abogado de Míchigan, que en 1976 abrió la primera agencia de alquiler de vientres. Al principio sólo ofrecía programas de maternidad subrogada tradicional, utilizando un óvulo de la madre de alquiler fecundado con el semen del padre biológico.

El primer programa coordinado de maternidad subrogada tradicional fue realizado en 1980 en Louisville, empresa constituida un año antes por el doctor Richard M. Levin. El proceso de pruebas médicas y coordinación de la documentación legal, previo al comienzo del programa, tardó nueve meses pero el embarazo fue conseguido en el primer intento y terminó con el nacimiento de un niño sano.

En abril de 1986 en Ann Arbor, Míchigan, nació la primera bebé fruto de un programa de maternidad subrogada gestacional que consiste en que la madre de alquiler gesta un niño que no tiene ningún vínculo genético con ella. La niña fue concebida in vitro a

partir del semen y óvulo de sus padres biológicos. La FIV se llevó a cabo en el centro médico Mount Sinai de Cleveland bajo la dirección del médico Wolf Utian. La madre biológica de 37 años de edad con el útero extirpado recurrió a su amiga de 22 años, madre de dos hijos, para que le gestara el feto. El programa se desarrolló bajo la supervisión del referido Noel Keane, y una de sus principales condiciones fue el mantenimiento de la confidencialidad total".¹⁰

Las técnicas de fertilización en laboratorio, fue el preámbulo de la maternidad subrogada, pues años más tarde los científicos se atrevieron a implantar en úteros de alquiler los óvulos y espermatozoides fecundados con sus consiguientes resultados.

José Guitrón Fuentecilla establece que: "La historia de las madres sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración.

Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.

Por otra parte, uno de los casos más resonantes ocurrió en 1985 cuando una pareja de cónyuges contrató a una mujer para la gestación de un niño, producto de una inseminación artificial con semen de un integrante de los cónyuges. El contrato

¹⁰ Ibid.

plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con él bebé, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de US\$10.000.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento, pero la madre portadora además, dueña del óvulo se negó a entregarla a los cónyuges y procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse de la bebé.

El juez, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña a los cónyuges y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los cónyuges alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para la niña. Luego de diez años, la Corte reconoció a la madre que proporcionó su vientre como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad”.¹¹

Evidentemente, el tema de la maternidad subrogada no ha sido fácil, máxime en sus inicios, puesto que existían muchas dudas sobre la forma cómo manejar el tema, a raíz de ello, se dieron cuestionamiento morales y jurídicos que hizo necesaria la participación de una tercera persona, un juez para dirimir las diferencias.

1.3. Tipos

La autora Hildara Araya señala que: “Según la genética del bebé, la maternidad subrogada puede ser de dos tipos:

a) Tradicional: La madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación in vitro.

b) Gestacional: Cuando el óvulo y el espermatozoide son aportados por la pareja que

¹¹ Guitrón Fuentecilla, José. **La genética y el derecho familiar**. Pág. 73.

solicita la subrogación. En estos casos, la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como madre portadora o madre gestacional. Este embarazo se alcanza mediante fecundación in vitro.

La maternidad subrogada también puede dividirse en dos tipos según las finanzas que hayan de por medio:

- a) Altruista: Cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se responsabilizan por todos los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que afectan el bienestar del embarazo y la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, o son necesidades directamente relacionadas con el embarazo, como ropa maternal.

- b) Lucrativa: Cuando la madre gestacional ofrece llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad subrogada. El monto a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo”.¹²

Existen distintos tipos de maternidad subrogada, su clasificación se hace atendiendo a la persona que aporta el óvulo y el espermatozoide, puede ser solo la madre o el padre y fecundarse con el de otra persona, pero in vitro; inclusive, puede gestarse la

¹² Araya. **Ob.Cit.** Pág. 2.



maternidad en una tercera persona, sin que esta aporte su óvulo. Por otro lado, también existe una división que atiende al carácter financiero, es decir puede hacerse con y sin interés lucrativo, dependiendo del caso.

En resumen, la maternidad subrogada es una figura que ha venido a resolver los problemas de procreación en las mujeres, que por uno u otro motivo no pueden gestar a un hijo. Es cierto existe la figura de la adopción, pero existe mucha resistencia en cuanto a la misma, los padres prefieren tener sus propios hijos, por lo que han visto en la maternidad subrogada una buena forma de procrearlos, la limitante radica en la necesidad de tener que alquilar un vientre materno de una tercera persona conocida o desconocida, esto depende de las circunstancias.



CAPÍTULO II



2. El contrato de maternidad subrogada

De conformidad con la normativa civil, hay contrato cuando dos o más personas convienen, crean, modifican o extinguen una obligación, de acuerdo a ello, todo contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, obligando a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre y cuando se encuentren dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, el cual debe ejecutarse de buena fe y la común intención de las partes.

El objeto del contrato debe ser lícito, aunque no se encuentre regulado como contrato típico, para que surta los efectos legales correspondientes. Modernamente existen contratos que no se encuentran regulados en la normativa civil, pero adquieren el carácter de atípicos.

A la fecha existen actos que afectan la vida privada de las personas que urge ser reguladas para evitar abusos de los contratantes, siendo el caso del contrato de maternidad subrogada, el cual en el país, ya es una realidad, por cuanto, muchas mujeres se ven imposibilitadas a procrear por uno u otro motivo.

La maternidad subrogada, no es un tema nuevo, puesto que históricamente se conocen casos del manejo de la figura en el ámbito privado, pero que no se le ha dado

la importancia que reviste, al creer que no se da cotidianamente, por el contrario, es necesario regularlo, pues puede conllevar serios problemas o prestarse a malos usos por los interesados o terceras personas de sobre manera el niño.



2.1. Definición

El tratadista C. L. Gallee en relación al contrato de madre subrogada determina que: “Es un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero”.¹³

Este tratadista afirma que el contrato de maternidad subrogada es un acuerdo entre dos personas, una que no puede concebir un hijo por motivos de infertilidad, y otra que se presta a alquilar su útero, para que quienes solicitan sus servicios puedan tener un hijo, de hecho ésta última tiene que renunciar a todos sus derechos maternales, en cambio, recibe una compensación económica.

“La maternidad subrogada es una de las cuestiones de debate a nivel político, ético y social en varios países en el mundo. Esta nueva forma de maternidad y paternidad se

¹³ Gallee, C. L., **Contrato de maternidad subrogada**. Pág. 243.

apoya implícita y tácitamente, y se practica legalmente en varios países por parte de personas pertenecientes a diferentes espectros sociales e ideológicos. Las críticas sobre la adopción de esta técnica de procreación asistida, provienen esencialmente de ambientes feministas radicales y ultraconservadores católicos. La realidad es que a pesar de las prohibiciones existentes en las legislaciones de algunos países, se realiza regularmente en los países en que está permitida y resulta ser el último remedio para que determinadas personas tengan descendencia”.¹⁴

Sin duda alguna, en varios países este tema es controversial, debido a que las legislaciones y costumbres son conservadoras hasta cierto punto, sin embargo, es un tema que merece atención, ya que es bastante frecuentado y motivo de incentivo para que los núcleos familiares no se disuelvan. El problema radica en que se involucra una tercera persona, la cual posteriormente puede alegar derechos de filiación, si no se realiza un contrato o la legislación lo regulan, inclusive puede generar muchos problemas psicológicos, principalmente para el niño, ya que cuenta con dos madres.

“Una pareja, en el caso donde la mujer estéril, firma un contrato en el cual es evidente la relación enteramente comercial: la pareja paga para que otra lleve su producto a buen término o le entregue su producto que se supone que especialmente para ella se gestó. El contrato puede ser minucioso, detallado; se paga alimentación, estudios, servicios médicos etcétera; de la madre incubadora. Pero la madre incubadora sólo debe comprometerse a entregar el recién nacido. Aquí entran los problemas éticos y

¹⁴<http://www.imferblog.com/maternidad-subrogada-en-espana/>. La maternidad subrogada en España.(Guatemala, 8 de diciembre de 2014).

bioéticos. Cabe preguntarse: ¿Qué pasaría si la mujer se niega a entregar el recién nacido? No se puede tomar esto simplemente como violación de un contrato. Las dos partes son necesarias para la vida del niño: el ovulo, el espermatozoide y el útero. Más aún, si el niño nace, ¿cuál de las dos mujeres es su madre? La que proporcionó el óvulo o la que lo gestó?

La maternidad significa estado o cualidad de madre. Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos, etcétera...

Por lo tanto, se puede decir que en la maternidad subrogada existen dos madres para el bebé. ¿Qué pasaría si el niño gestado viene con algún defecto y entonces la pareja solicitante ya no lo quiera? ¿y si la solicitante por cualquier motivo se arrepiente?

Ante esta situación hay que aclarar que la bioética no busca frenar la ciencia, sino saberla manejar por lo tanto los avances científicos hay que neutralizarlos y saber hacerlo. Hay que considerar otras estrategias que reemplacen la decisión de alquilar un útero y que tengan menos problemas y consecuencias biológicas, psicológicas en los involucrados. Y que ante todo no se viole la naturaleza de la fecundación, implantación y desarrollo del feto; así como la violación del respeto al inicio de la vida humana".¹⁵

¹⁵ <http://maternidadsubrogadainvestigacionuco.blogspot.com/p/en-colombia-un-pais-con-altos-indices.html>. **Maternidad subrogada**. (Guatemala, 9 de diciembre de 2014).

Indudablemente, el contrato de maternidad subrogada, tiene aparejado múltiples problemas de tipo ético y jurídico, ya que al haber dos madres, hay que determinar quién tiene mejor derecho, por ese motivo es fundamental que se suscriba un contrato, para que no existan controversias al respecto. En todo caso, siempre debe prevalecer el interés del niño, sin embargo, este tipo de contratos riñe un poco con dicho principio. El caso es que es una forma moderna de acceder a ser padres, cuando el cónyuge, dentro de un núcleo familiar no puede concebir por adolecer de infertilidad congénita o adquirida.

2.2. Características

Cristóbal Antonio Santander, establece que: “En otras legislaciones, como la Chilena, se puede señalar que son características las siguientes:

- a) Es un contrato bilateral, ya que tanto la madre gestacional como la madre de deseo resultan obligadas de manera recíproca, la primera a la gestación y la entrega del niño, y la segunda al pago del precio acordado, sin perjuicio que el contrato asuma el carácter de gratuito; en esta modalidad sin bien no hay un precio es posible acordar el pago de los gastos incurridos durante el proceso gestacional. Su objeto reporta utilidades a ambos contratantes.

Asimismo, el carácter bilateral expresa la particularidad del contrato de maternidad subrogada, que se integra por una serie de obligaciones, dependiendo de las

condiciones que pacten las partes, por lo regular se encuentran las siguientes que se presentan como esenciales:

- No tener relaciones sexuales sin protección con su pareja durante el período de inseminación, a fin de evitar confusión en el parentesco.
- Comprometerse a seguir ciertas normas de higiene y asistencia a controles médicos, cuya periodicidad determinará la pareja demandante.
- Obligación de abortar al niño si aparecen anomalías en la criatura en gestación. Y en caso de abortar por grave peligro de la vida de la madre debe devolverse el precio ya entregado.
- Renuncia a todo derecho al niño desde su nacimiento incluyendo el verlo ni tocarlo.
- Consentir en la adopción del niño.
- Dar a luz en anonimato.
- Renuncia por anticipado al derecho de impugnar la maternidad de la mujer que la contrató.

b) El contrato es consensual perfeccionándose por el sólo consentimiento de las partes y principal, pues subsistiría por sí mismo, sin requerir de otra convención, además y dado que no está calificado expresamente para algunos ordenamientos jurídicos, se mira como innominado.

El carácter consensual del contrato es fundamental para determinar si su celebración pertenece al ámbito de acción del derecho a procrear, en virtud de la voluntad de procrear, o si éste constituye un grave atentado a la dignidad de la persona, afectando esta infracción tanto a la mujer que gesta como al niño producto de la gestación.

- c) Se trata de un contrato de familia, ya que el objeto jurídico no es patrimonial sino que es un derecho de familia, la filiación. En este caso, no es un niño directamente lo que se contrata, sino que se trataría de una obligación de conducta expresada en la conducta gestacional, sin perjuicio que se entrega finalmente una criatura”.¹⁶

De acuerdo a la legislación civil, existen diversas características que tiene que tener un contrato, entre otros, bilaterales y consensuales. En uno u otro caso, en materia de maternidad subrogada, todo acuerdo de voluntades debe reflejar en suma medida los derechos y obligaciones de las partes, para que en un futuro el mismo no adolezca de nulidad o en su defecto de impugnación, motivo por el cual, las partes deben ceñirse a la normativa existente.

El autor Santander señala que: “Ante esto, se ha sostenido por la doctrina española, que la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, integrando

¹⁶Santander, Cristóbal Antonio. **El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?** <http://bibliotecadigital.indh.ci/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1> (Guatemala, 10 de diciembre de 2014).

las cosas que están fuera del comercio humano, calificando de nulo aquel contrato que tenga por objeto atribuir la maternidad a una mujer distinta de la que pare.

Lo anterior, permite apuntar que el contrato de maternidad subrogada, haya sido rechazado, en otras legislaciones como la chilena, por adolecer de objeto ilícito, pues el vientre o útero materno está fuera del comercio humano, y donde la mujer no poseería un derecho de propiedad sobre él.

En este sentido se ha debatido que las partes del cuerpo humano jamás pueden estar sujetas a un acuerdo de voluntades de tipo patrimonial, ni dicho acuerdo puede ser validado ante las instituciones jurídicas de nuestro país, en virtud de que un elemento que distingue y da la categoría de personas es un cuerpo físico, y por tanto como elemento de la personalidad, el cuerpo humano o cualquiera de sus componentes en ningún momento puede ser objeto de contrato, sólo puede ser sujeto de derecho.

La obligación acordada por una mujer que arrienda parte de su cuerpo mediante una determinada remuneración importa atentar contra su integridad física lo que no resulta admisible, salvo que se enmarque dentro un fin terapéutico o de interés general.

Se lesiona la integridad y dignidad de la mujer gestante, pues ésta efectúa una cesión poniendo a disposición de manera temporal una parte no separable de su cuerpo para su utilización por otros o en beneficio de otros. Lo anterior, teniendo en cuenta que el

objeto cedido no es propiedad de la mujer gestante, sino que forma parte de su integridad física.

En este mismo sentido se ha señalado que la maternidad subrogada atenta la dignidad de la persona, pues la integridad física deja de ser un fin en sí mismo convirtiéndose en medio para que otros individuos cumplan su voluntad procreacional.

Con todo, hay cosas que no están en el comercio humano, y entre ellas el útero de una mujer. Ahora bien si el contrato por medio del cual se formaliza la maternidad subrogada es de aquellos en que la obligación es de dar, algunas normativas no son aplicables, sumado a que este contrato en la legislación española no es de aquellos que se prohíba, pero en otras si, y que conforme al principio de derecho privado lo que no está prohibido está permitido, es dable concluir que en virtud del derecho a procrear podría aceptarse dicha convención.

De ahí, que prohibir directamente el contrato de maternidad subrogada, no parece ser la única solución, pues debería analizarse si existe algún grado de libertad para disponer de nuestro propio cuerpo, identificando los límites a esta disposición, y no reduciéndola exclusivamente a lo moralmente aceptable. Vale decir, podría anunciarse que hay partes del cuerpo humano que ya están en el comercio de los hombres.

Lo anterior, permite preguntarse acerca del grado de disponibilidad que detenta una mujer sobre su cuerpo, y que vincula con la esfera de libertad y autodeterminación de



cada individuo.

Bajo esta premisa y luego del análisis cabe preguntarse, ¿si la concepción entra dentro del ámbito de la industria y del mercado de trabajo? ¿Es posible disponer de la ventaja reproductiva que algunos detentan, gestando un niño para luego entregarlo a quienes no gozan de ese privilegio reproductivo? Estas dos interrogantes exigirán interpretar la libertad que detentan los individuos, cuando ejercitan su derecho a procrear.

En la maternidad subrogada la disponibilidad no sólo está ligada con su propio cuerpo, sino que afecta derechos de terceros entre ellos, el del que está por nacer, en especial cuando se altera su filiación.

En definitiva, se trata de una diferencia en cuanto a la extensión y carácter de dicha disponibilidad, en orden a afectar o no a terceros".¹⁷

Sin duda alguna, a nivel mundial, son varios los países que han regulado la contratación en materia de maternidad subrogada, pero otros no lo han hecho, pues existe aún la idea, que una mujer que alquila su útero para gestar un niño de otra, actúa contra su naturaleza, por lo tanto dicho hecho sale de la esfera de lo humano, de su dignidad; sin embargo, en la práctica muchas mujeres se prestan a ello, con diversos fines, altruistas o económicos. El problema radica en que la mujer gestante,

¹⁷ **Ibid.**

regularmente se ve afectada psicológicamente, dando lugar a su arrepentimiento, en perjuicio del desarrollo también psicológico del niño gestado.

2.3. Derechos y obligaciones de las partes

Carmen Rodríguez-Yong manifiesta que: "A partir de las anteriores consideraciones, es posible identificar un conjunto de obligaciones y derechos particulares que surgen para las partes del contrato. Para el caso de la madre subrogada, estas consisten en:

- a) Permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico,
- b) Llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé, y
- c) Renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa.

Por su parte, en contraprestación a las obligaciones asumidas por la madre subrogada, el padre biológico y su cónyuge se obligan a:

- a) Pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo,
- b) Asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido, y



c) Como regla general, pagar a la madre subrogada una compensación”¹⁸

La autora citada, expresa que los contratantes tienen derechos y obligaciones que cumplir, unos y otros varían de una legislación a otra, dependiendo del caso, ya que se ha comprobado que algunas adolecen de vacíos legales. El caso, es que no es posible regular todo tipo de conflictos, pero lo que si se desea que se abarque en la mayoría posible los aspectos más importantes como los relacionados.

Definitivamente, todo contrato contiene derechos y obligaciones para las partes, no obstante existe la siguiente interrogante: “¿Puede un contrato entre los padres biológicos y la madre de alquiler bien redactado prevenir tal desenlace? Para tener validez jurídica dicho contrato sólo puede definir la adquisición y transferencia de derechos y obligaciones civiles. La entrega del niño a sus padres biológicos por la madre de alquiler no puede ser objeto de un contrato, igual que un niño no puede ser objeto de negocio. Lo que se puede y se debe hacer es prever en el contrato una compensación económica a la madre de alquiler con el fin de proporcionarle las condiciones más favorables durante el período de gestación y la rehabilitación post-parto.

Un contrato bien redactado debe contener una cláusula diciendo que si la madre subrogada decide quedarse con el hijo, no sólo perderá el derecho a la compensación económica, sino también deberá indemnizar a los padres biológicos todos los gastos

¹⁸Rodríguez-Yong, Carmen. **El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense** .<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v25n2/art03.pdf>. (Guatemala, 12 de diciembre de 2014).

derivados del contrato. De esta manera, las relaciones entre la pareja contratante y la madre de alquiler pasarán al ámbito del Derecho Civil, lo que hasta cierto grado garantizará que la madre subrogada entregue el niño a sus padres, ante la inviabilidad de su postura desde el punto de vista legal”.¹⁹

La compensación económica juega un papel importante en la contratación de maternidad subrogada, pues ésta viene a compensar en parte, los gastos del parto y la rehabilitación del desgaste post parto, en ningún momento se pretende comprar al niño gestado, por ese motivo, el contrato tiene que estipular que si la madre biológica se resiste a entregar el niño, a los cónyuges, tendrá como consecuencia, que no se le pague ninguna indemnización.

2.4. Naturaleza jurídica

La autora María Amparo Sagrero Cervantes manifiesta que: “Son múltiples las opiniones en relación con la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada. Así pues para algunas legislaciones, el acto es nulo; en cambio, para otras, es un acto eminentemente privado, en cuanto a declaración de voluntad entre las partes, que quedan expresadas en un documento, donde se les confiere poder para decidir sobre el objeto del acuerdo. Si ello fuere así, se estaría pensando que la vida humana en formación puede ser objeto de una diversidad de cláusulas, lo que resulta a todas luces en contra del orden público y los derechos humanos.

¹⁹urrogacy.ru/es/legal_aspects.php. Aspectos legales de la maternidad subrogada.(Guatemala, 13 de diciembre de 2014).

En este contexto, lo que impera es el interés público, pues lo que se está discutiendo en la existencia de un ser humano y la salud del arrendante del vientre, como bienes jurídicos, por lo que compete al Estado, regular la presente relación jurídica en observancia al respeto, la dignidad y los derechos humanos.

En efecto se requiere la autorización del Estado para que opere su licitud y la necesidad del servicio a través de la intervención, tanto del órgano jurisdiccional, el Ministerio Público, al momento de la contratación.

Bajo este orden de ideas, se puede concluir que la naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada es de interés social y de orden público, aunque revestido mediante un contrato de derecho privado”.²⁰

Establece la autora citada, que la naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada va a depender del país donde tenga lugar la celebración del acuerdo de voluntades, ya que en algunos países, el acto es nulo de pleno derecho, en virtud que, no se puede negociar la vida humana; en otros, su naturaleza es privada, pues priva la voluntad de las personas individuales y esto se realiza en el ámbito privado, no obstante, al ser regulado por el Estado, pasa a ser de orden público.

En otros países, su naturaleza es pública, en vista que, una vez nazca a la vida un contrato, interviene el Estado, ya que es quien regula la voluntad de las partes, por

²⁰Sagrero Cervantes, María Amparo. **Los contratos de maternidad subrogada a la luz del Código Civil para el Estado de Michoacán.** Pág. 52.

medio de su legislación de índole civil o familiar y sobre todo, y además porque la vida humana tiene estrecha relación con los derechos humanos. Sin embargo, el contrato de maternidad subrogada tiene un carácter social, revestido de orden público, enmarcado dentro del derecho privado.



2.5. Derechos del niño

Raquel Bolton afirma lo siguiente: “Se vulnera el derecho a la identidad que se encuentra comprometido por el anonimato de los dadores de gametos. Asimismo vulnera el Artículo siete de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Frente a proyectos que avalan la gestación por sustitución, se deben considerar las consecuencias que pueden surgir:

- a) Quién protege y tutela los embriones no implantados. Ante un embarazo múltiple, existe la posibilidad de tener que recurrir a una reducción embrionaria.
- b) Qué medida tomaría la pareja comitente, en el caso de embriones portadores de genes asociados con determinadas alteraciones cromosómicas.

Por tal motivo, el diagnóstico preimplantatorio es una forma de diagnóstico prenatal, vinculada a las técnicas de fecundación artificial, que prevé el diagnóstico genético de los embriones formados in vitro, antes de su traslado al seno materno. Se efectúa con objeto de tener la seguridad de trasladar a la madre sólo embriones sin defectos o con un sexo determinado o con algunas cualidades particulares.

Que marco legal ampara a los embriones crió preservados, esta técnica los exponen a serios riesgos, en la actualidad se utiliza la técnica de vitrificación, que mediante un enfriamiento muy rápido en el cual se utiliza una solución altamente concentrada, evita la formación de cristales que lesionarían el material biológico”.²¹

La tratadista citada, afirma que el niño gestado por medio de maternidad subrogada, tiene derechos que la Convención de los Derechos del Niño le arroja, como el derecho a una identidad, nombre, nacionalidad y contar con sus padres en la medida de lo posible, sin embargo, con dicha forma de gestación se vulneran dichos derechos, pues el niño tiene dos madres, la gestante y la que entregó su óvulo para ser gestado, inclusive, existe más conflictos cuando nace el niño.

2.6. Derecho comparado

Las experiencias en materia de maternidad subrogada en algunos países son:

²¹ Bolton. **Ob. Cit.** Pág. 2.



a) Estados Unidos

La autora Hildara Araya señala que: “En este país, los gobiernos locales tienen la potestad de dictar sus propias leyes, por lo que la legalidad de un contrato dematernidad subrogada depende de que se ubiquen los padres interesados en la procreación y la madre gestacional.

En este país, en los Estados donde la ley ampara esta técnica de reproducción asistida, se puede firmar un contrato y hacer una solicitud oficial para que los padres biológicos sean nombrados como tales en el certificado de nacimiento, la madre gestacional no tiene derecho alguno sobre el bebé. Por el contrario, en los Estados más restrictivos, los contratos de este tipo no tienen validez y debes esperar a que la madre gestacional te ceda al bebé en adopción.

Illinois es el único Estado que tiene leyes específicas que regulan y permiten la maternidad subrogada. En Florida, Nuevo Hampshire, Nevada, Texas, Utah, Virginia y Washington, esta técnica se permite en tanto se cumplan requisitos específicos. En otros Estados, como Arkansas, Connecticut, Iowa, Dakota del Norte, Nuevo México, Tennessee y Virginia Occidental, se practica pero las leyes no son muy detalladas y existen diferencias entre los tipos de maternidad subrogada”.²²

²² Araya, Hildara. **Maternidad subrogada: consideraciones legales.** embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/a/Maternidad-Subrogada-Consideraciones-Legales.htm. (Guatemala, 15 de diciembre de 2014).

Indudablemente, este tema en Estados Unidos de Norteamérica se conoce desde hace muchos años, no obstante, cabe recordar que dicho país se compone de diversos Estados, lo cuales manejan su propia legislación, por lo tanto, existe discrepancia en cuanto a la forma como se trata dicho tema.

b) Rusia

“Es uno de los pocos países donde el alquiler de vientres está permitido legalmente. Los aspectos legales de la maternidad subrogada se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia y los Fundamentos de la legislación rusa sobre protección de la salud de la ciudadanía. La parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la orden número 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia.

Entre los vacíos de legislación rusa se puede destacar las siguientes cuestiones que aún carecen de una solución unívoca:

- La posibilidad de que las parejas de hecho sean acogidas por programas de subrogación gestacional.
- Utilización de madres de alquiler para la terapia de la infertilidad en mujeres solteras;
- Alquiler de vientres para hombres solteros.

El gran inconveniente de la legislación actual es que la madre de alquiler no está

obligada a dar su consentimiento para que los padres biológicos sean inscritos como los padres del niño que haya gestado y, en principio, ella puede quedarse con el niño.

Por otro lado, alrededor del mundo, algunas naciones no solo permiten la maternidad subrogada, sino que esta se ha convertido en una industria lucrativa, como es el caso de India y Rusia. Otros países no la prohíben, pero los contratos de este tipo no tienen validez. Es decir, si la madre portadora decidiera dejarse al bebé, los padres biológicos no tienen fundamento legal para reclamarlo”.²³

Es oportuno recordar, que este país fue uno de los pioneros en conocer dicho tema, por lo tanto, uno de los primeros en regular en cierta medida algunos puntos que deben resolverse en este tema, no obstante, aún adolece de lagunas legales que ameritan resolverse.

c) España

“De momento se prohíbe totalmente el alquiler de vientre, y los padres de niños concebidos por maternidad subrogada luchan para obtener el reconocimiento legal de sus hijos. Un contrato establecido entre la madre subrogada y los futuros padres se considerará como nulo y prevalece el derecho a la maternidad de la mujer que ha dado su vientre en alquiler.

²³http://www.surrogacy.ru/es/surrogacy_russia_abroad.php. **Maternidad subrogada en Rusia y otros Estados.** (Guatemala, 17 de diciembre de 2014).

El problema es el vacío legal que puede existir cuando una pareja recurre a un alquiler de vientre en un país donde sí es legal en Estados Unidos, Canadá, Bélgica, Inglaterra o Grecia por ejemplo, se reconoce plenamente el derecho a la maternidad subrogada y vuelva a España con el niño. Para la protección de estos niños concebidos por maternidad subrogada, se necesita un marco legal, impedido por la contradicción que supondría con la ley que prohíbe la práctica del alquiler de vientre. Por tanto se ha rechazado en varias ocasiones el inscribir en el registro civil español a estos niños gestados en un vientre de alquiler.

d) El vacío legal que rodea maternidad subrogada en América Central y Latina

La mayoría de los países sudamericanos como Argentina, Colombia, Venezuela... y México ni autorizan legalmente ni prohíben el alquiler de vientre, aunque muchas asociaciones de defensa de la maternidad subrogada pidan una regularización de las practicas vinculadas al alquiler de vientre, entre ellas la protección de los derechos de la madre subrogada.

El alquiler de vientre es un tema sensible, y aunque muchos famosos hayan tenido bebés a través de la maternidad subrogada, todavía no es una práctica abierta a todos.

La mayoría de países de habla hispana consideran que la maternidad subrogada es ilegal. Entonces, países más conservadores, como la mayoría de Hispanoamérica,



tienen un enfoque restrictivo en este tema Costa Rica y España, por ejemplo. maternidad subrogada sí es permitida”.²⁴

España ha sido un país, que ha ido a la vanguardia de muchos temas en materia de familia, sin embargo, el tema de la maternidad subrogada, resulta ser un tema controversial, de esta cuenta, muchas personas interesadas, prefieren viajar a otros países donde si es permitida la contratación de alquiler de vientre.

De la misma forma, muchos países latino americanos todavía no acogen dicho tema en sus legislaciones, no obstante, que muchos interesados han recurrido a dicha práctica.

“En la mayoría de países europeos dejando de lado España, cualquier acuerdo de gestación subrogada ya sea comercial o altruista es ilegal o contrario al derecho y no es amparado por la ley.

e) Francia, Alemania, Suecia, Noruega, Italia y otros países

Los tribunales han declarado que cualquier contrato de subrogación es nulo y que cualquier pareja que utilice la subrogación no podrá adoptar al niño.

²⁴<http://www.co-padres.net/alquiler-de-vientre.php>.El alquiler de vientre, una práctica prohibida en España.(Guatemala, 19 de diciembre de 2014).



f) Reino Unido, Bélgica y los Países Bajos

La subrogación altruista es legal mientras que la comercial es ilegal. Los contratos de subrogación no son jurídicamente vinculantes, por lo que la madre subrogada sigue siendo la madre legal del niño, incluso si no están relacionadas genéticamente.

g) Suecia

La subrogación no está claramente regulada. La gestación subrogada se trata de forma similar a la adopción de un niño de un progenitor vivo. Así, la madre subrogada tiene derecho a quedarse con el niño si ella cambia de opinión hasta la adopción, mientras que el padre biológico puede también reclamar sus derechos sobre el niño²⁵.

Es evidente, que el tema de la maternidad subrogada altruista o comercial, no es permitido, pese a que otros países europeos si lo permiten, el tema aún es manejado con cierto recelo y en parte tienen razón, puesto que la vida humana no tiene precio, y menos el riesgo que corre una madre que alquila su vientre, así como todas las eventualidades que pueden surgir en torno al niño, pues de hecho, no todo niño bien física y mentalmente, siendo este un tema bastante sensible, pues en otros países se ha conocido de casos, donde los padres abandonan a los niños que adolecen de enfermedades o malformaciones congénitas.

²⁵<http://www.vientreanalquiler.com/lideres-del-sector/ventre-de-alquiler-mundial/>. **Leyes de maternidad subrogada mundial: Un paisaje global muy complicado.** (Guatemala, 20 de diciembre de 2014).

“g) Países donde está permitida la subrogación gestacional, incluso la mercantil

Estados Unidos, en la mayoría de los Estados aunque la legislación varía de un Estado a otro, República Sudafricana, Ucrania. De acuerdo con las nuevas leyes ucranianas, los padres biológicos del niño gestado por una madre portadora se reconocen automáticamente como padres del mismo, sin que se requiera el consentimiento de la madre de alquiler.

h) Países donde sólo está permitida la subrogación gestacional no mercantil

En Australia y Gran Bretaña, se puede cubrir los gastos corrientes de la madre de alquiler, Dinamarca, con serias limitaciones, Israel, España, Canadá y Países Bajos queda prohibida la publicidad del alquiler de vientres, las ofertas de los servicios de madres de alquiler y la selección de estas últimas, en algunos Estados norteamericanos como New Hampshire, Virginia.

i) Países donde la subrogación gestacional queda prohibida

Austria, Alemania donde la responsabilidad recae sobre los médicos y mediadores y no sobre los padres y la madre de alquiler; Noruega, Suecia y algunos Estados norteamericanos, Arizona, Míchigan, Nueva Jersey y Francia.



No viene regulada por la ley pero se realiza: Bélgica, Grecia, Irlanda y Finlandia”²⁶.

Pese a que la maternidad subrogada ya no es un tema nuevo, muchos países se resisten a reconocer dicha figura en sus legislaciones y menos a reconocer un carácter económico al alquiler del vientre.

Por último, el contrato de maternidad subrogada es reconocido en varios países, pero en otros no, esto se debe a que la figura es bastante sensible, ya que la vida humana del niño es la que está en juego. Los derechos del niño se encuentran plasmados en la Convención de los Derechos del Niño, los cuales deben ser respetados. Para que un contrato nazca a la vida jurídica, el objeto no debe ser ilícito, por lo que tiene que tenerse presente que la vida de un niño no es objeto que pueda ser objeto de contratación hasta cierto punto. Sin embargo, es lícito regular relaciones civiles que se dan en la vida diaria, porque las legislaciones no pueden omitir su regulación.

²⁶ Ibid.

CAPÍTULO III



3. Conflictos generados por la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada

El Código Civil no regula el contrato de maternidad subrogada para aquéllos casos en que la mujer adolezca de infertilidad, es decir que habiéndose realizado el estudio y tratamiento adecuado se vea imposibilitada para concebir un hijo. Debe recordarse, que uno de los fines del matrimonio es la procreación, por lo que siendo una institución social es lógico que los padres procreen los hijos que deseen, pero si la mujer, se reitera, por uno u otro motivo, no puede concebir un hijo, y agotada toda posibilidad médica o científica para ello, se ve en la necesidad de acudir al uso del útero de otra mujer, claro con su consentimiento.

El problema radica en que existe mayor probabilidad que la relación conyugal se quebrante, cuando la mujer no puede quedar embarazada, máxime cuando el varón tiene obsesión por ser padre biológico y no concibe la idea de recurrir a otras figuras jurídicas como la adopción, pero si acepta una maternidad subrogada. La subrogación de la maternidad, comprende la participación de una mujer que preste su útero para la fecundación, este tipo de maternidad necesita ser regulada, para evitar cualquier conflicto posterior, tales como: qué papel juega la madre que subroga la maternidad; qué papel desempeña la mujer que procrea en su útero materno; así como, quien será la madre legal del hijo por nacer, en fin existen múltiples aspectos que hay que

contemplar y uno de ellos, es el tema económico, porque al regularse dicha figura se debe determinar la posibilidad de indemnizar económicamente a la mujer que presta su útero durante la maternidad, así como establecer los gastos derivados del parto.

El tema de la celebración del contrato de maternidad subrogada genera infinidad de conflictos, entre otros se encuentran los siguientes:

3.1. No poder recurrir a una tercera persona para solicitarle sus servicios de maternidad subrogada

Legalmente no es posible recurrir a una tercera mujer a solicitarle el alquiler de su útero o vientre materno, pues cabe recordar que todo acuerdo de voluntades en el país, debe realizarse sobre un objeto lícito. Todo contrato debe efectuarse sobre cosas y objetos, pero en ningún momento sobre el cuerpo humano y menos aun cuando lo que se pretende es engendrar un niño.

Existen hechos cotidianos que escapan a la normativa civil, y dentro de estos se encuentra la maternidad subrogada, y así como se han dado casos en otros países, Guatemala no escapa de ello, por lo que es necesario regular dicha figura, con el fin de evitar que las personas realicen contratos verbales no regulados.

Claro, la adopción ha sido uno de los alicientes de muchos matrimonios, pero existen casos, donde el padre o la madre se niega rotundamente a adoptar un niño, o en

última instancia que no sean elegibles en el proceso de adopción, por cualquier circunstancia, derivado de ello, se vean vedados a adoptar un niño, por lo que la figura de la maternidad subrogada es una buena opción para buscar una persona que altruista o mediante compensación económica preste su colaboración para hacer realidad el sueño de muchos cónyuges.

3.2. Determinación de la filiación

Al regularse la figura de la maternidad subrogada, debe contemplarse concretamente a quien corresponde la paternidad y maternidad del niño. Está comprobado que la mujer gesta un niño, resulta ser la madre biológica y esto es indiscutible, pero en el caso de la maternidad subrogada, las cosas cambian, porque algunas veces, el óvulo y el espermatozoide es propiedad de los padres que solicitan el alquiler del útero; en otros, el óvulo lo aporta la madre gestante, esto depende de las circunstancias.

Muchas veces, la fecundación se realiza en laboratorio, por lo que se implantan varios embriones a la madre sustituta, para obtener buen resultado y en dado caso, por lo menos un embrión sea viable.

El caso es que, la madre sustituta es la madre biológica, no obstante, ésta ha consentido alquilar su vientre para la gestación, y es de su conocimiento que no puede alegar que el hijo es suyo, sin embargo, psicológicamente toda madre biológica cuando ve crecer a su hijo en la gestación, y como consecuencia del cambio

hormonal, se vuelve sensible, por lo que difícilmente puede separarse emocionalmente del niño, máxime cuando, éste nace. Esta circunstancia, es la que dificulta, que una madre biológica no alegue judicialmente la maternidad del niño, y al no estar regulado el problema se agrava.

Cabe recordar que el Código Civil, entró en vigencia hace más de 50 años, por lo que la filiación que regula corresponde a los padres que procrean un hijo, en este sentido la normativa civil debe modernizarse, puesto que no contempla el caso de la filiación derivada de una maternidad subrogada.

La maternidad subrogada como una técnica moderna para procrear hijos por parte de las madres que por uno u otro motivo no puede gestar un niño, es loable, pero al hijo le genera problemas de diverso tipo, no sólo legales sino psicológicos, ya que en determinado caso, si se llegara a enterar sobre su origen, tendría serios conflictos emocionales para determinar, quién realmente es su madre, sin embargo, se considera que se inclinaría por la madre biológica.

Efectivamente, la ciencia ha tenido grandes avances y la maternidad no ha escapado de ello, pero una de las cosas, que la ciencia no puede resolver en sí, es el problema psicológico y moral que encierra el tema para los hijos procreados, ya que es difícil explicar al hijo dicho hecho y más difícil es, para éste, entender dicha situación.

En el país, la subrogación de la maternidad ha sido utilizada por las personas que se

dedican a la trata de personas, ya que al no poder dedicarse a la comercialización de adopciones ilegales, han recurrido a dicha práctica, dificultándose la perpetración del delito, cuando las madres alegan ser las madres biológicas y sobre todo éstas, están en la capacidad de demostrar la filiación existente.

3.3. Determinar a quién corresponde los gastos derivados de la maternidad y el parto

Es un hecho, que toda madre sustituta, se desgasta físicamente, y tiene que recibir la atención ginecológica necesaria, hasta que el niño nazca, luego de ello, dicha madre debe rehabilitarse, esto no es sencillo, porque de acuerdo a la naturaleza corporal, una mujer tarda por lo menos de dos a tres años en rehabilitarse del desgaste sufrido, por lo que tiene que recibir la nutrición necesaria y esperar a que sus órganos se restablezcan.

Por tal motivo, es conveniente que la madre sustituta reciba una compensación económica equivalente a los gastos de maternidad, parto y rehabilitación, pues como se señala la madre gestante sufre un deterioro corporal invaluable. Claro, a ninguna mujer se le obliga a que se preste a dicha tarea, sin embargo, es justo que se le compense en parte los gastos relacionados.

Muchas legislaciones, prohíben que se pague por el servicio de alquiler de vientre, pero se considera que si una persona está dispuesta a sacrificarse por otra, para sufrir

todo un proceso de maternidad, lo justo es que aparte del reconocimiento de gastos concernientes a la gestación y post gestación, reciba una compensación adicional, pues no cualquier persona se presta a este tipo de servicios, de sobremanera, si el embarazo se complica.

De una u otra forma, ya sea se compensen solo los gastos de maternidad, parto y rehabilitación, corresponde a los padres solicitantes o interesados sufragar todos los gastos que implique el proceso de embarazo, parto y rehabilitación de la mujer, así como cualquier otro gasto médico extraordinario que derive de dicho proceso, el cual tiene que quedar debidamente escriturado para evitar conflictos.

3.4. Determinación de la indemnización económica que corresponde a la mujer que presta su útero

Para determinar la indemnización económica que corresponde a la mujer que alquila su vientre, tiene que recurrirse al médico ginecólogo que se hará cargo de la prestación de servicios médicos para que realice un proyecto de honorarios correspondientes a los gastos hospitalarios y ginecológicos pre y post parto, entre otros.

Inclusive, debe contemplarse los gastos de manutención total de la madre sustituta durante el tiempo del embarazo y post parto, ya que ella no podrá laborar durante dicho período, por lo menos podría compensársele un salario mínimo mensual

conjuntamente con sus prestaciones laborales, pues el tiempo utilizado en dicha labor, es equivalente a una relación laboral, considerando que sería lo más justo y en la medida de lo posible podría reconocerle una mejor compensación económica mensual, inclusive superior a este parámetro.

3.5. Eventualidades en torno al embarazo, parto y el nacimiento del niño

Desde el inicio del proceso de embarazo de la madre sustituta existen riesgos que correr, puede ocurrir que el ginecólogo detecte alguna malformación congénita o cualquier otro problema relacionado al estado físico y mental del feto, en este caso, los padres solicitantes, regularmente tratan de impedir el nacimiento, en contraposición a la decisión de la madre biológica.

Al momento del parto, pueden ocurrir muchas eventualidades difíciles de prever, que ponen en riesgo la vida de la madre gestante y el niño; en otros casos el niño puede nacer bien, pero adolecer de una enfermedad o malformación congénita, por ejemplo: síndrome de down, autismo, parálisis cerebral, inclusive que el bebé adolezca de una deficiencia física o falta de un miembro de su cuerpo. Regularmente, todos los padres tienen la idea que su hijo nacerá en excelente condiciones físicas y mentales, pero no prevén el hecho que puede darse una u otra eventualidad, como las señaladas.

Puede darse, el caso que al momento del alumbramiento, nazcan dos o más bebés, y que los padres solicitantes de la maternidad subrogada solo quieran uno; también

puede darse el caso, que el óvulo o el espermatozoide corresponda a un tercer donante desconocido, que pueda ser de raza negra o amarilla como los chinos, consecuentemente, los rasgos y el color de la piel de los bebés sean distintos tanto entre los propios niños nacidos como de los mismos padres solicitantes. Generalmente, la costumbre de muchos padres es querer que su hijo sea rubio, de ojos azules o verdes, pero un niño de otro color de piel, difícilmente es aceptado. En determinado caso, el niño puede nacer muerto.

En otros casos, la madre biológica se ha compenetrado psicológicamente con el niño, de tal manera que después se resista a entregarlo, o si lo hace, recurre ante juez de familia a reclamar la maternidad, lo que da lugar a que sea el juez quien resuelva dicho hecho.

El caso es que la situación al momento del parto es impredecible, dicho motivo, los contratos de maternidad subrogada se obliga a prever cualquier eventualidad y dejar plasmada en las cláusulas escriturarias todo tipo de eventualidades, para que las partes no tengan que acudir a un juez para dirimir su situación.

Como un ejemplo de los casos que se han dado en otras legislaciones se encuentran los siguientes:

- a) "Una madre de alquiler tradicional optó por quedarse con el bebé que venía gestando para la pareja solicitante de sus servicios. Después del parto la madre

subrogada huyó con la niña a Florida, Estados Unidos de Norteamérica donde fue localizada por un detective privado contratado por los padres y fue devuelta a su hogar. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey reconoció a la madre de alquiler, como madre genética de la menor, pero otorgó la custodia a los padres que solicitaron sus servicios, concediendo aunque concedió a la madre de alquiler, un derecho de visitarla de vez en cuando.

b) Se ha dado un caso en que los progenitores han querido hacerse con sólo uno de los mellizos gestados por una madre de alquiler. Sin embargo, a solicitud de la portadora se le otorgó la patria potestad de ambos hijos, para no separarlos. Cabe destacar que frente a este tipo de actitudes, existen otros casos contrarios, en que los padres biológicos han renunciado a sus propios hijos nacidos mediante maternidad subrogada. Las principales razones de las renunciaciones son el embarazo conseguido por la pareja misma, el nacimiento de mellizos o trillizos en vez de un solo hijo, el sexo incorrecto del niño, defectos físicos o, simplemente, la falta de madurez. Sin embargo, un medio centenar de tristes casos no perjudica las brillantes estadísticas, ya que representa sólo un 0,125% del total de programas de gestación subrogada realizados con éxito”.²⁷

c) “En 2004 una pareja de Chitá contrató a una madre de alquiler que fue sometida a una inseminación artificial con el semen del marido. Nacido un niño, la mujer no le entregó a los cónyuges que, para ser justo, nunca presentaron una demanda

²⁷ Martínez Calcerrada, Luis. **La nueva inseminación artificial**. Pág. 80.

contra ella. La madre subrogada reclamó una pensión alimenticia y la consiguió mediante un fallo dictado por el Juzgado de Chitá. Este es un caso clásico de una pareja que confía demasiado en sus propias fuerzas y cae en toda clase de errores: en vez de la inseminación artificial había que hacer una FIV utilizando óvulos donados para que la madre de alquiler no tuviera un vínculo biológico con el niño que iba a gestar. Y, por cierto, todos los compromisos e intenciones se debían formalizar por escrito.

- d) Un proceso curioso, una mujer dio a luz un hijo con una afección cardiaca para el matrimonio contratante. Los esposos renunciaron al hijo alegando que no les hace falta un niño enfermo. Además, se negaron a abonar la compensación económica previamente pactada a la madre de alquiler. Ésta interpuso una demanda contra los cónyuges para que le pagaran el importe total de la recompensa. Por sorpresa, el juzgado desestimó la demanda partiendo de las recomendaciones del Consejo de Europa de utilizar como madres subrogadas a hermanas, parientes cercanas o amigas de la mujer infértil y sólo indemnizarles los gastos objetivamente razonables.

- e) Un juicio celebrado en el 2005 en un tribunal de Moscú. Una madre de alquiler prestó su vientre a una pareja de nacionalidad rusa. Estando en la maternidad, la mujer dio su consentimiento para que los cónyuges fueran inscritos como padres en el Libro de Nacimientos. No obstante, luego decidió impugnar la filiación del hijo argumentando que sólo había dado su consentimiento porque pensaba que iba a

vivir con el padre del niño. Cabe decir que dicha convivencia no entraba en los planes del padre. Por extraño que parezca, el Código de Familia ruso estipula que la madre subrogada no puede impugnar la filiación, una vez que se haya inscrito en el Libro de Nacimientos, el juzgado hizo caso del recurso e incluso celebró varias audiencias sobre el asunto. Al fin y al cabo, este proceso no perspicaz quedó archivado”.²⁸

Como se mencionó, existen muchas situaciones que se dan en torno a la maternidad subrogada, por eso, es conveniente que las legislaciones al regular dicha figura lo realicen en la forma más completa posible, inclusive, que los contratos que autoricen las partes, prevengan todo tipo de eventualidades.

3.6. Inscripción en el Registro Civil de las Personas

El registro de niños nacidos bajo maternidad subrogada no es posible realizarlo, en virtud que la legislación en materia civil no lo regula, y en dado caso, los padres solicitantes se verían imposibilitados a adoptar a estos niños, ya que la normativa en materia de adopciones, es bastante estricta, como consecuencia de los casos de adopciones ilegales que se venía dando.

Una madre biológica no puede ceder a sus hijos bajo ningún tipo de documento privado, porque incurre en el delito de trata de personas, con sus consiguientes

²⁸ **ibid.**



sanciones penales.

Para que un niño nacido bajo una maternidad subrogada se requiere la regulación de dicha figura jurídica en la legislación civil guatemalteca, pues tarde o temprano tiene que realizarse, porque el país no puede ser ajeno a los acontecimientos diarios y las necesidades de los núcleos familiares, máxime en el caso de las cónyuges que son estériles y recurren a dicha medida para evitar que su vínculo conyugal se disuelva.

Hasta el momento, en el país, muchas mujeres ya se someten a técnicas de fertilización, algunas lo consiguen, otras no, pero si los cónyuges tienen la capacidad económica para recurrir al auxilio de la maternidad subrogada, no se ve la razón para no efectuarlo, por tal razón, es conveniente que la legislación facilite su deseo de ser padres y así se evite todo tipo de conflictos familiares.

Por último, la maternidad subrogada a la fecha continúa siendo un tabú en varios países, pero la ciencia se ha desarrollado en tal medida que no puede negarse, tal derecho a los cónyuges que no pueden tener sus propios hijos, aunque el tema genera infinidad de conflictos de todo tipo, el Estado no puede quedarse atrás en este modernismo mundial, el cual amerita regularse.

CAPÍTULO IV



4. Soluciones a la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada

El vacío legal existente en cuanto a la maternidad subrogada se refiere, provoca que exista mayor probabilidad que los cónyuges no tengan otra alternativa para procrear sus propios hijos, máxime cuando no tienen ni el más mínimo interés en optar por la adopción, en virtud que esta vía ya no es tan atractiva para los cónyuges, pues los adoptantes ya no pueden escoger al niño que les guste o que otra persona directamente se los de en adopción.

A la fecha, el Consejo de Adopciones, evalúa la solicitud, y mediante un acucioso examen, les da en adopción el niño que la entidad decida, atendiendo a diversos factores, como las características de los padres, por ejemplo si son, morenos, cabello liso o rasgos específicos, en este caso, los padres aplican por un niño moreno, de cabello liso, tratando que sea lo más cercano posible a sus rasgos, y en ningún caso, les darán un niño rubio o blanco. Inclusive, se analiza la edad de los adoptantes, pues si los adoptantes, tienen un promedio de 50 años, ya no les entregan un bebé recién nacido, sino un niño de diez años.

En fin ahora, existe muchas exigencias para que los padres, puedan adoptar un niño, por lo que los cónyuges tienen que conformarse con cualquier niño, aunque a ellos no les guste, por tal motivo, la maternidad subrogada es la mejor opción para aquellos

cónyuges que tengan algún impedimento para procrear sus propios hijos, pero debe regularse civilmente, de tal manera que la misma se ajuste a las necesidades de los interesados y además cumpla con los estándares legales correspondientes.

Efectivamente, el Código Civil regula la contratación civil, en el mismo se legislan varios contratos típicos, pero el contrato de maternidad subrogada no figura en el mismo, por lo que el país no puede quedar a la zaga en dicho contrato, pues ya son varios los países que lo regulan, pues la contratación en dicho sentido, debe ir a la vanguardia de los últimos acontecimientos de la ciencia, pues en Guatemala, las técnicas de fertilización desde hace muchos años, ya es una realidad.

Si no se regula la figura jurídica de la maternidad subrogada, la misma puede dar lugar a que se utilicen otras figuras o que en el último de los casos, los niños procreados en esta forma no puedan inscribirse en el Registro Civil, vedándole así su derecho a contar con una identidad, como lo proclama el Convenio sobre los Derechos del Niño o que en dado caso, judicialmente sea desapoderado de los padres solicitantes, porque la madre subrogada se arroga la maternidad, inclusive, puede dar lugar a que los padres solicitantes y la madre subrogada, sean acusados del delito de trata de personas, situación que no es cierta, pues la fecundación se ha hecho de buena fe.

De hecho, existen muchas mujeres que no pueden concebir hijos, por uno u otro motivo, inclusive se han sometido a técnicas de fertilización, pero los resultados han sido negativos cuando su útero no es apto para concebir un hijo, por lo que no le

queda más remedio, que recurrir a la contratación de maternidad subrogada, con una persona que desee colaborar con ella en este sentido, claro, mediando una indemnización o compensación económica hasta cierto punto que satisfaga el desgaste físico, así como el tiempo utilizado en el embarazo, ya que esta tarea no es nada fácil, por el contrario, en dado caso puede ser riesgosa para la madre sustituta.

4.1. Poder recurrir a una tercera persona para la utilización de su útero

Como se ha mencionado, existen casos, en que una mujer, se ve imposibilitada para procrear hijos, algunas esperan hasta quince años, sometiéndose a tratamientos ginecológicos con la esperanza de concebir, milagrosamente varias de ellas lo han logrado, por lo que un hijo concebido bajo estas condiciones es motivo de júbilo, sin embargo, se da el caso, que otras nunca lo logran, quedándole dos caminos, resignarse a no tener hijos, adoptar o recurrir a la maternidad subrogada, siempre y cuando, el cónyuge lo acepte, pues se han dado situaciones, dónde el varón no se resigna, tampoco accede adoptar un niño, porque se le estigmatiza, puesto que se desconoce su procedencia y menos lo aceptan, cuando los padres biológicos han sido drogadictos.

Se han dado casos, donde el hombre si se encuentra en capacidad de procrear, pero la mujer no, entonces aquél, opta por disolver su vínculo conyugal y buscar otra mujer que si pueda concebir, es el camino más fácil y machista. Pero, cuando el cónyuge, verdaderamente, quiere a su cónyuge y comprende perfectamente, la situación, busca

otras alternativas, que no sea la adopción, por lo que ambos buscan una tercera persona que les ayude a alcanzar su sueño, procrear un hijo, que provenga de su propio óvulo y espermatozoide, dependiendo de las circunstancias, pues puede darse el caso, que la mujer no ovule, por lo que la madre sustituta aportará su óvulo.

Se reitera, la legislación guatemalteca debe regular el contrato de maternidad subrogada, para que los cónyuges puedan cumplir su sueño, procrear un hijo, mediante el uso del útero de otra mujer que quiera ayudarlos en este sentido, de hecho, siempre hay personas que bondadosamente o con un propósito económico se presten a ello, por supuesto, dicho acto no puede ser gratuito, salvo excepciones, principalmente, porque el proceso de embarazo es impredecible y desgastante, aparte, que es mejor dejar las eventualidades estipuladas en un contrato, para evitar malas interpretaciones o problemas legales futuros, inclusive, establecer perfectamente la situación del niño al nacer o los casos de múltiple gestación y problemas genéticos o malformaciones, ya que éstos, son algunos de los problemas que se han dado en otros países.

4.2. Regular la figura del contrato de maternidad subrogada

Esta medida debe adoptarse para evitar que las personas interesadas en la maternidad subrogada cometan errores garrafales o en el peor de los casos ilícitos penales, por no tener el más mínimo conocimiento sobre el tratamiento que debe darle al uso de la figura o el contrato de maternidad subrogada.

Como se ha señalado, el país no puede quedarse a la zaga de los últimos acontecimientos científicos en materia de procreación de niños utilizando el útero o vientre de una mujer ajena al núcleo familiar, sucedido en otros países. Hasta hace unos años, nunca se hubiera creído que un niño podría nacer bajo estas condiciones, y además que la madre sustituta fuera fecundada con el óvulo y el espermatozoide de otras personas, sin embargo, hoy es una realidad; de hecho la normativa civil guatemalteca se ha quedado atrás en este sentido, por lo que urge la regulación de la maternidad subrogada para darle oportunidad a aquellas mujeres que no pueden concebir sus propios hijos, pese a haberse sometido a múltiples técnicas de fertilización.

Efectivamente, hasta cierto punto, tiene que existir consenso en el medio guatemalteco, por parte de los diversos sectores sociales, de mujeres y la iglesia en general, para influir en muchos pensamientos conservadores que no aceptan este tipo de procedimientos como técnica de procreación, ya que de hecho muchas personas se opondrían al mismo; no obstante, dicha técnica tendría mucha aceptación por parte de aquellos núcleos familiares que se han visto afectados por la imposibilidad de procrear sus propios hijos, pero sí podrían cumplir su sueño utilizando los servicios de una tercera persona.

Como se ha mencionado, también es necesario hacer cambios a otras figuras jurídicas para evitar tropiezos a la figura jurídica de la maternidad subrogada, entre otras, la filiación, inclusive hacer cambios a la Ley del Registro Nacional de las



Personas, el Código Civil y demás leyes relacionadas.

Es oportuno recordar que el Código Civil data del año 1963, por lo que las normas relativas a la maternidad deben ser modernizadas en todo sentido, pues así como ha cambiado la composición de la figura de la familia, también han variado las formas de procreación y maternidad, pues desde inicios del siglo se vienen dando cambios importantísimos en las distintas técnicas de fertilización, las cuales han permitido hacer realidad el sueño de muchos grupos familiares a nivel mundial.

Por otra parte, existen distintas experiencias a nivel internacional en dicho tema, máxime en aquellos países donde la maternidad subrogada es una realidad, no obstante, en varios países aún no se regula la figura o si se legisla, se efectúa en forma muy escueta, obligando de esta forma a que los cónyuges interesados en esta medida beneficiosa, tengan que viajar a otros países a alquilar un vientre materno de una mujer desconocida que mediante una compensación económica acceda o se preste a ello.

Regularmente, muchos cónyuges viajan a Finlandia para efectuar una contratación, pues el Estado lo permite pero no lo legisla como debería de ser, dicha regulación tiene muchos vacíos, que provoca que a la hora de nacer el niño, los padres se den el lujo de no aceptar a los bebés que nacen con malformaciones genéticas, parálisis cerebral o inclusive que nazcan más niños o simplemente no sea del gusto de ellos.

Por ejemplo, uno de los caso más recientes, se dio en China, donde una mujer fue contratada como madre sustituta, en efecto nacieron dos niños, uno con síndrome de down, y el otro sano, al ver dicha situación, los padres aceptaron sólo al niño sano y despreciaron al primero, ante dicha situación el Estado optó por darle algún tipo de ayuda a la madre sustituta, quedando la frustración en la madre sustituta, el no haber podido obligar a los contratantes a recibir el niño con deficiencia genética. En este caso, es evidente el poco humanismo de los padres solicitantes, pues al no nacer del vientre de la cónyuge, tratan a los niños nacidos por medio de un vientre en alquiler, como si fueran perros u otro tipo de animal que se abandona sin misericordia alguna, siendo éste uno de los problemas que genera este tipo de maternidad.

Por otro lado, es preciso que al momento de legislar el contrato de maternidad subrogada, los contratantes, dejen plasmadas cláusulas escriturarias que prevean todo tipo de eventualidades para evitar las malas experiencias que se han dado en otros países, pese a ello, no deja de ser una figura loable para los cónyuges que enfrentan la incapacidad de procrear a sus propios hijos.

4.3. Propuesta

Para resolver la problemática señalada se propone lo siguiente:

- a) Que los padres interesados en el alquiler del vientre o el útero de otra mujer suman responsablemente el papel que les corresponde en cuanto afrontar todo tipo de

eventualidad que surja con el nacimiento del niño.

- b) Que se creen programas dirigidos a padres de familia, para concientizarlos de su obligación moral y civil del cumplimiento de la figura de la maternidad subrogada con el fin de evitar que abandonen a los niños que nacen con alguna deficiencia física o mental, inclusive con malformaciones genéticas.
- c) Que la Procuraduría General de la Nación por medio de la Procuraduría de la Niñez y la Adolescencia, implemente una campaña de concientización sobre el papel que deben jugar los padres en cuanto a las obligaciones derivadas de la maternidad subrogada.
- d) Que se les haga saber a los padres sobre las consecuencias psicológicas y jurídicas que puede generar en la madre sustituta el hecho de gestar a un niño de otra persona.
- e) Que se creen talleres para abordar el tema de la regulación del contrato de maternidad subrogada y así capacitar a la población sobre dicha alternativa para procrear hijos cuando la cónyuge no puede concebir un hijo.
- f) Que se adicione al Artículo 1941 del Código Civil el contrato de maternidad subrogada con el fin de modernizar la normativa civil.



4.4. Su adición al Artículo 1941 bis del Código Civil

El Código Civil regula diversos contratos típicos, inclusive norma el contenido mínimo que todo contrato debe tener. De este modo, cabe recordar que las partes que comparecen en un contrato, crean una ley, pues efectivamente, el Código referido regula los lineamientos que debe contener el mismo, sin embargo, al momento de plasmar las partes, en el instrumento público las distintas cláusulas escriturarias, está legislando, por lo que las mismas deben ser las más exactas posibles y prever en la medida de lo posible, eventualidades y contingencias, pues al momento del alumbramiento o posteriormente, pueden situaciones que deben ser dirimidos en la vía judicial.

Consecuentemente, es conveniente adicionar el Artículo 1941 bis al Código Civil, para regular el contrato de maternidad subrogada con el fin de hacer realidad el sueño de muchas madres que por una u otra causa no pueden concebir sus propios hijos, y de esta forma el Estado, cumpla con el mandato constitucional relativa a velar por la unidad familiar.

4.4. Proyecto de ley

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala,



CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Estado se organiza para proteger a la persona y la familia. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes la vida, la seguridad, la paz, el desarrollo integral de la persona y la unidad familiar. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

CONSIDERANDO:

Que a la fecha se encuentra vigente el Código Civil, Decreto – Ley número 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala comprendiéndose en el mismo, la familia, así como temas trascendentales como la maternidad, figura que ha sufrido importantísimos cambios a nivel mundial, pues se ha modernizado en toda su extensión, en virtud que ahora es posible alquilar un útero materno de otra mujer, técnica que se denomina maternidad subrogada.

CONSIDERANDO:

Que en Guatemala existen muchas mujeres que por uno u otro motivo no pueden concebir un hijo, pese a recibir el tratamiento de fertilización debido, es decir son estériles, por lo que su vínculo matrimonial se pone en riesgo, pues muchos varones no aceptan la idea de no procrear sus propios hijos, pero tampoco admiten recurrir a la

institución de la adopción, principalmente, porque los probables padres adoptivos ya no pueden escoger el niño a su gusto, sino tienen que se les da en adopción cualquier niño que tenga semejanza física con los padres, situación que los desmotiva. Sin embargo, muchos de ellos, no quieren disolver su vínculo conyugal, por lo que sí admiten la idea de alquilar el útero de otra mujer.

CONSIDERANDO:

Que es deber del Estado propiciar la unidad familiar, motivo por el cual, tiene que fomentar políticas que permitan mantener dicha unidad, y esto es posible realizarlo por medio de la modernización del Código Civil en cuanto a la regulación del contrato de maternidad subrogada, puesto que la misma, es una realidad en varios países del mundo, por lo que Guatemala no puede dejar de reconocer los últimos acontecimientos que brinda la ciencia moderna, pese a que dicha figura ya es utilizada desde la antigüedad.

CONSIDERANDO:

Que muchas mujeres tienen el deseo de procrear un hijo, por ese motivo se someten a tratamientos ginecológicos para concebirlo y quienes definitivamente no pueden, recurren a otras alternativas, pero por desconocimiento incurren en ilícitos penales como la trata de personas, pues solicitan la ayuda de otra mujer para gestarla, lo cual no es permitido en el país.



POR TANTO:

Con base en lo regulado y en ejercicio de las atribuciones que le confieren los Artículos 157 y 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente:

**REFORMA POR ADICIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA AL
ARTÍCULO 1941 BIS DEL CÓDIGO CIVIL**

ARTÍCULO 1º. Se adiciona el Artículo 1941 bis al Código Civil que regula lo siguiente:

“Artículo 1941 bis. DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA. Aquellos núcleos familiares, donde la mujer adolezca de problemas ginecológicos congénitos o adquiridos, que le imposibiliten concebir un hijo, y además se halla sometido al tratamiento de fertilización correspondiente y no haber logrado su objetivo, puede solicitar la ayuda de una tercera persona para alquilar su útero.

Se entiende por alquiler de útero o vientre, la facultad que tiene una persona para prestarse a ser fecundada con uno o varios óvulos y espermatozoides pertenecientes a los cónyuges, de otras personas ajenas a ellos o que se encuentren almacenados en un banco de óvulos y espermatozoides cuyos donantes son anónimos; inclusive, la

madre sustituta, si puede aportar o donar su óvulo y únicamente se le fecunda con el espermatozoide del cónyuge solicitante de sus servicios, con el fin de llevar a término un proceso de embarazo.

Los servicios se alquilar de útero como tal, y éste tiene por objeto que una mujer ajena al núcleo familiar, preste su útero para ser gestado por todo el tiempo que dure el embarazo, teniendo derecho a que los cónyuges solicitantes le brinden y le cubran económicamente la atención médica y nutricional correspondiente, inclusive en el período post parto, hasta que la madre se rehabilite del desgaste sufrido.

Atendiendo a ello, el contrato de maternidad subrogada debe contener como mínimo lo siguiente:

- a) El nombre de las partes, es decir de los padres solicitantes y el de la madre subrogada.
- b) La identificación del contrato
- c) El lugar de celebración del contrato
- d) Determinar a qué madre corresponde el óvulo a fecundar, la madre solicitante o la sustituta y en su defecto, establecer que es un donante anónimo, además de establecer a quien corresponde el espermatozoide que servirá para fecundar.
- e) Determinar que el contrato será gratuito.
- f) Especificar quien cubrirá los gastos concernientes a la hospitalización para fecundar a la madre subrogada, así como los gastos del tratamiento médico para la

mujer embarazada por todo el período de la gestación, hospitalización para el parto y post parto.

- g) Especificar que los padres solicitantes recibirán inmediatamente al niño al nacer, independientemente del estado de salud, condición física y mental, es decir que si el niño nace con una malformación congénita, parálisis cerebral o anomalía física u orgánica, liberando de toda responsabilidad a la madre sustituta.
- h) Los padres solicitantes cubrirán todos los gastos concernientes a la manutención del niño desde que nace.
- i) La madre sustituta renuncia a todo derecho legal como maternidad y filiación sobre el niño al nacer.
- j) La madre recibirá una compensación económica independiente de todos los gastos señalados concernientes a la gestación, parto y post parto, equivalente a un salario mínimo vigente a la época del nacimiento del niño incrementado en un 40%, por todo el período del embarazo, y post parto, es decir por un año, salvo que el parto se adelante, el cual se le rebajará el tiempo faltante, que comprenderá el tiempo durante el cual, la madre sustituta dejó de laborar para llevar a buen término el embarazo y su recuperación.
- k) La base del pago, es decir el valor del salario mínimo, puede ser aumentado a discreción de las partes al momento de la contratación.
- l) Si la madre sustituta tiene problemas de salud durante la gestación hasta el momento del parto que le provoquen infertilidad posterior, siempre que no haya sido provocado, deberá ser indemnizada, por un monto discrecional, equivalente a

cuatro veces a la cantidad recibida sobre el monto por concepto de compensación por todo el período de embarazo.

- m) Los padres solicitantes no pueden renunciar a ningún niño, si como consecuencia de la fecundación, nace más de uno, tampoco pueden objetar el sexo del niño.
- n) Las partes decidirán al momento de la contratación el lugar donde la madre sustituta residirá durante el período de la gestación.
- o) Los padres solicitantes, no podrán pedir indemnización alguna a la madre subrogada, si por cualquier eventualidad el niño nace muerto o la madre sufre algún accidente que impida que el niño nazca, siempre que no haya sido provocado, debiendo cubrir siempre los gastos de hospitalización y rehabilitación de la misma.
- p) La madre sustituta no puede rescindir el contrato, una vez se encuentre embarazada.
- q) Si la madre sustituta fallece como consecuencia del embarazo riesgoso o en el parto, los padres solicitantes, deberán cubrir todos los gastos hospitalarios, funerarios y entierro de aquella, inclusive se obligan a cancelar la compensación y la indemnización a sus alimentistas.

ARTÍCULO 2. De la vigencia. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Pase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.



Dado en el Palacio del Organismo Legislativo: en la ciudad de Guatemala, a los días
del mes de ... de ...

PRESIDENTE

SECRETARIO

SANCIÓN AL DECRETO NÚMERO _____

Palacio Nacional: Guatemala, a los ... días del mes ... de... de ...

Publíquese y cúmplase



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En el país un buen número de mujeres no pueden concebir un hijo como consecuencia de adolecer de alguna anomalía congénita o adquirida, que les provoca infertilidad, motivo por el cual, recurren a los diversos tratamientos ginecológicos de fertilización, no obstante, no logran su propósito. El caso es que no todos los cónyuges admiten la adopción como una opción, sin embargo, si aceptan la figura de la maternidad subrogada, sencillamente porque ellos pueden aportar el óvulo y el espermatozoide, inclusive recibir la donación de los mismos de un donante anónimo y en el último de los casos, permitir que la madre sustituta, aporte su óvulo, no obstante, en el país existe un vacío legal al respecto, por lo que existe riesgo que el vínculo conyugal se disuelva si la mujer no tiene la capacidad de embarazarse.

Legalmente es improcedente, recurrir a la maternidad subrogada, pues tanto la madre subrogada como los padres solicitantes de sus servicios de alquiler de útero, incurrirían en el delito de trata de personas y cualquier contratación adolecería de ilicitud, por dicho motivo, es oportuno adicionar al Código Civil el Artículo 1941 bis, para regular el contrato de maternidad subrogada, y así legislar lo relativo a los derechos y obligaciones de los padres interesados, la madre subrogada, la cancelación de los gastos derivados de la maternidad e indemnización a que tendría derecho la madre sustituta como consecuencia del período invertido durante el embarazo, así como la rehabilitación de su período post parto, con el fin de evitar la comisión de delitos.





BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, Pablo Elles. **Maternidad subrogada o alquiler de úteros.** eticaenlautb.blogspot.com/2012/10/maternidad-subrogada-o-alquiler-de.html. (Consultado, 7 de diciembre de 2014).
- ARAYA, Hildara. **Maternidad subrogada: consideraciones legales.** embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/a/Maternidad-subrogada-Consideraciones-Legales.htm. (Consultado, 15 de diciembre de 2014).
- ARAYA, Hildara. **¿Qué es la maternidad subrogada?** <http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/ss/Que-Es-La-Maternidad-Subrogada.htm>. (Consultado, 2 de diciembre de 2014).
- BOLTON, Raquel. **Maternidad subrogada.** <http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidadsubrogada>. (Consultado, 5 de diciembre de 2014).
- FARAONI, A.B. **La maternidad subrogada.** Italia: Ed. Heliasta, 2002.
- GALLEE, C. L., **Contrato de maternidad subrogada.** Chile: Ed. Astrea, 1992.
- GUITRÓN FUENTECILLA, José. **La genética y el derecho familiar.** México: Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, 1987.
- http://es.wikipedia.org/wiki/Madre_de_alquiler. **Madre en alquiler.** (Consultado, 4 de diciembre de 2014).
- <http://maternidadsubrogadainvestigacionuco.blogspot.com/p/en-colombia-un-pais-con-altos-indices.html>. **Maternidad subrogada.** (Consultado, 9 de diciembre de 2014).
- <http://surrogacy.ru/es/history.php>. **Maternidad subrogada en Rusia y en el mundo.** (Consultado, 8 de diciembre de 2014).
- <http://www.co-padres.net/alquiler-de-vientre.php>. **El alquiler de vientre, una práctica prohibida en España.** (Consultado, 19 de diciembre de 2014).
- <http://www.imferblog.com/maternidad-subrogada-en-espana/>. **La maternidad subrogada en España.** (Consultado, 8 de diciembre 2014).
- http://www.surrogacy.ru/es/surrogacy_russia_abroad.php. **Maternidad subrogada en Rusia y otros Estados.** (Consultado, 17 de diciembre de 2014).



<http://www.vientreenalquiler.com/lideres-del-sector/ventre-de-alquiler-mundial/>. **Leyes de Maternidad Subrogada Mundial: Un paisaje global muy complicado.** (Guatemala, 20 de diciembre de 2014).

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. **La nueva inseminación artificial.** España: Ed. Civitas. 1989.

RAMÍREZ RICHARDS, Dahiommy. **La maternidad subrogada.** curiosidadesjuridicasyalmomas.blogspot.com/2011/10/la-maternidad-subrogada-i-parte.html (Guatemala, 6 de diciembre de 2014).

RODRÍGUEZ-YONG, Carmen. **El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense.** <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v25n2/art0.pdf>. (Guatemala, 12 de diciembre de 2014).

SANTANDER, Cristóbal Antonio. **El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?**<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1> (Guatemala, 10 de diciembre de 2014).

SAGRERO CERVANTES, María Amparo. **Los contratos de maternidad subrogada a la luz del Código Civil para el Estado de Michoacán.** México: Ed. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. 2012.

urrogacy.ru/es/legal_aspects.php. **Aspectos legales de la maternidad subrogada.** (Guatemala, 13 de diciembre de 2014).

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Estado del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto - Ley 106, 1964.