

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a religious scene, likely the Virgin Mary and Child Jesus, surrounded by various symbols. The shield is set against a background of a globe. The Latin motto "CETERAS ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACCEPIT COACTEMALENSIS INTER" is inscribed around the perimeter of the seal.

**REGULACIÓN DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE Y SU PROTECCIÓN
INTEGRAL DESDE LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA**

JORGE NICOLÁS FIGUEROA RODRÍGUEZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2019

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

**REGULACIÓN DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE Y SU PROTECCIÓN
INTEGRAL DESDE LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

JORGE NICOLÁS FIGUEROA RODRÍGUEZ

Previo a conferírsele el grado de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2019

**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:	Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

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).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



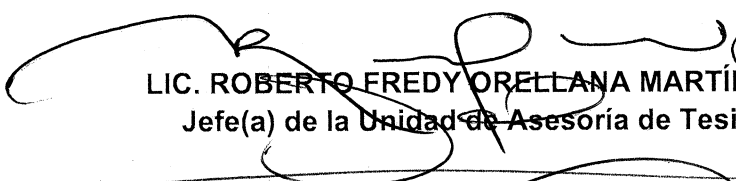
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
09 de octubre de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, JUAN CARLOS AQUIL IGUARDIA
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JORGE NICOLÁS FIGUEROA RODRÍGUEZ, con carné 200515479,
intitulado REGULACIÓN DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE Y SU PROTECCIÓN INTEGRAL DESDE
LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA.

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.

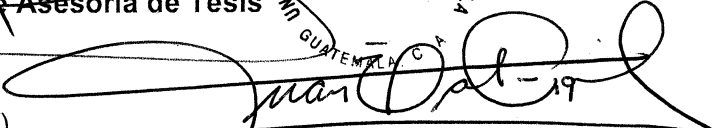
Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis


UNIDAD DE
ASESORÍA DE
TESIS

Fecha de recepción 09 / 04 / 2018

f)


Asesor(a)
(Firma y Sello)

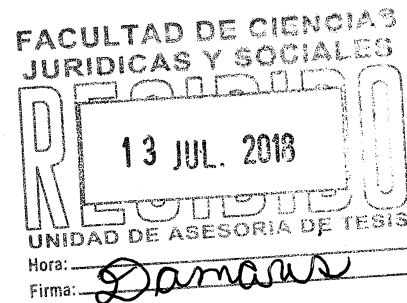
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala



Guatemala, 12 de abril de 2017

Licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe De la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Orellana:

Conforme al nombramiento de fecha 09 de octubre de 2017, fui designado como Asesor de Tesis de Licenciatura del bachiller **JORGE NICOLÁS FIGUEROA RODRÍGUEZ**, quien abordaría el tema “**REGULACIÓN DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE Y SU PROTECCIÓN INTEGRAL DESDE LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA**”, motivo por el cual emito el siguiente

DICTAMEN:

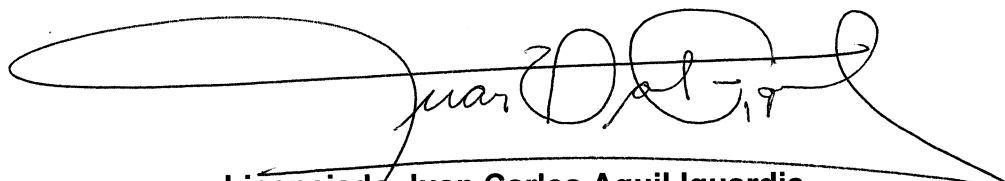
- 1) Con relación al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos médicos, sociales, culturales y legales de actualidad, ya que trata sobre subrogación de maternidad y su necesaria regulación.
- 2) Los métodos utilizados en la investigación fueron la inducción, la deducción, el análisis y la síntesis, mediante los cuales el bachiller logró comprobar su hipótesis y también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados a su tema de tesis.
- 3) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, se utilizó un lenguaje técnico y comprensible para los lectores, asimismo se hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.



- 4) El informe final de tesis es una contribución científica importante para la sociedad y para la legislación guatemalteca, ya que es un tema importante el cual no ha sido investigado a profundidad ni regulado en el actual cuerpo legal guatemalteco.
- 5) En la conclusión discursiva, el bachiller da a conocer su opinión sobre la necesaria regulación del contrato de alquiler de vientre, siempre en concordancia con las leyes que garanticen los derechos sexuales y reproductivos y lo relacionado a la protección de los derechos humanos, por lo que es de vital importancia garantizar estos derechos previo a normar lo relativo al alquiler de vientre.
- 6) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron tanto autores nacionales como extranjeros.
- 7) El bachiller aceptó y llevo a cabo todas las sugerencias y correcciones necesarias que le hice para una mejor comprensión del tema, específicamente en redacción y ampliación de temas y subtemas.
- 8) Declaro que no soy pariente del bachiller dentro de los grados de ley.

Con base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que apruebo el trabajo de investigación emitiendo para el efecto el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Atentamente,



Licenciado Juan Carlos Aquil Iguardia
Abogado y Notario
Colegiado No. 11609

Lic. Juan Carlos Aquil Iguardia
Abogado y Notario



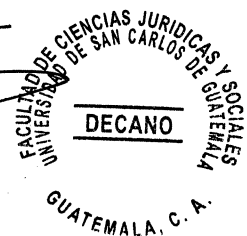
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 27 de febrero de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JORGE NICOLÁS FIGUEROA RODRÍGUEZ, titulado REGULACIÓN DEL CONTRATO DE ALQUILER DE VIENTRE Y SU PROTECCIÓN INTEGRAL DESDE LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.





DEDICATORIA

A DIOS:

Porque de él, y por él, y para él son todas las cosas. A él sea la gloria por los siglos. Amén.
Romanos 11:36 RVR1960.

A MIS ABUELOS:

María de Jesús Morales, por sus consejos, oraciones y por ser el bastión de la familia. Leocadio Rodríguez, Nicolás Alvarado, Julia Alvarado, José Figueroa, los llevo en mi corazón y en mi legado.

A MIS PADRES:

Jorge Rolando Figueroa Alvarado y Elizabeth Rodríguez Morales, quienes, con su esfuerzo, amor y dedicación, nos enseñaron junto a mi hermano a luchar por nuestros sueños, a valorar los esfuerzos y a demostrar amor, eternas gracias por todo. Éste triunfo les pertenece.

A MI HERMANO:

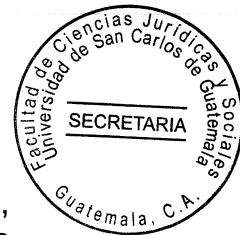
Rolando Wladimir Figueroa Rodríguez, gracias por tu paciencia, apoyo y ejemplo.

A MIS HERMANOS:

Alexander de Jesús, Sofía Abigail, Adriana Elizabeth, Astrid Daniela y Elman Sebastián, por su cariño y apoyo.

A LOS PROFESIONALES:

Mgtr. Brenda Dery Muñoz Sánchez de Molina, Msc. Milton Alfredo Herrera, Lic. Edwin Herrera, Lic. Webster Rosales, Licda. Karina Carrillo, Licda. Claudia Jiménez, Lic. Yovani García y Lic. Rootman Pérez, gracias por su amistad y conocimientos compartidos.



A MIS AMIGOS Y

COMPAÑEROS DE TRABAJO: Con quienes hemos compartido risas, preocupaciones, retos, sueños y metas alcanzadas, gracias por su cariño, mis respetos para todos.

A MI ASESOR:

Licenciado Juan Carlos Aquil Iguardia, por su apoyo y asesoría.

A MI PAÍS:

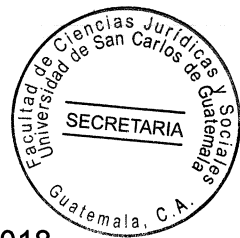
A mi Guatemala, tierra que me vio nacer y por la cual lucharé cada día para sacarla adelante.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por formarme como profesional en sus aulas.

A:

La tres veces centenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, templo de sabiduría y lucha social, gracias por abrir las puertas del conocimiento para el pueblo de Guatemala.



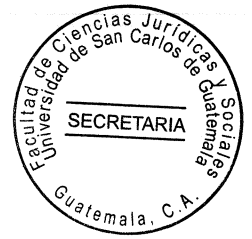
PRESENTACIÓN

La investigación realizada se delimita en el periodo comprendido del año 2015 al 2018, la cual tiene por objeto establecer la necesidad de la regulación de la maternidad subrogada dentro de la legislación guatemalteca, donde se analiza la problemática que presenta en relación a la protección de la familia, pero desde un punto de vista nuevo para la legislación, puesto que el contrato de alquiler de vientre, es un tema poco tratado y conocido en el medio.

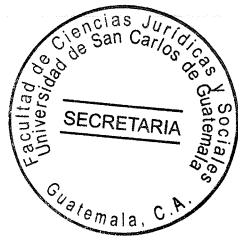
Dicha temática se desarrolla dentro de la rama del derecho civil, así como del derecho constitucional, partiendo de la premisa que en la parte Dogmática, la Constitución Política de la República de Guatemala habla sobre aquellas normas, principios, pilares y la acción del Estado, a su vez, trata sobre los derechos fundamentales e inherentes de sus mismos ciudadanos nacionales y extranjeros. Por lo que se analizó la necesidad de que el mismo Estado pueda regular el alquiler de vientre teniendo en cuenta la protección integral de las partes involucradas, esto de la mano de la legislación vigente y los Tratados aceptados y ratificados por Guatemala, además, tomando en cuenta a las instituciones estatales, ya que a estas últimas les corresponde regular el funcionamiento de las diversas instituciones públicas o privadas involucrada en el proceso.

El informe final de la tesis será una contribución para la sociedad y para la legislación guatemalteca; puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado suficientemente. Por último será un documento de consulta que contribuya al estudio y desarrollo de futuros profesionales del derecho y de las ciencias jurídicas y sociales.

HIPÓTESIS



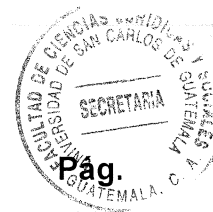
Es necesario regular el contrato de alquiler de vientre en el ordenamiento jurídico guatemalteco, para darle la protección necesaria a los derechos humanos de segunda generación a las partes involucradas en dicho procedimiento, debido a la indefensión que se tiene con respecto a los derechos adquiridos y responsabilidades contraídas.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Según el estudio general de la legislación guatemalteca, específicamente del Código Civil Decreto Ley 106, así como la Constitución Política de la República de Guatemala, y debido a que los derechos humanos, constituyen el eje transversal del desarrollo de la sociedad guatemalteca, cuyo objetivo es proteger la dignidad de la persona contra cualquier situación que los perjudique, los diferentes supuestos que determinan sobre el cumplimiento de protección de los derechos humanos en Guatemala.

Se estableció que efectivamente se deben establecer los procedimientos e instituciones involucradas en dicho proceso, garantizando no solamente los derechos ya regulados en el ordenamiento jurídico del país, sino también lo regulado en los acuerdos y tratados aceptados y ratificados por el Estado. Así pues, con la utilización de los métodos analítico e inductivo se analizaron las ventajas y desventajas de implementar el contrato de alquiler de vientre en la legislación guatemalteca, así como también por medio de temas particulares se llegó la conclusión de que sí es posible y necesario legislar el contrato de alquiler de vientre en el ordenamiento jurídico guatemalteco, para darle la protección necesaria a los derechos humanos de segunda generación.



ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. La familia y el derecho civil guatemalteco.....	1
1.1. Antecedentes de la familia y del matrimonio.....	1
1.2. La familia consanguínea.....	5
1.3. La familia punalúa.....	6
1.4. La familia sindiásmica.....	7
1.5. Antecedente cercano de maternidad.....	8
1.6. Antecedente de la regulación del contrato de alquiler de vientre.....	10
1.7. Maternidad subrogada.....	13
1.7.1 Tipos de maternidad subrogada.....	19
1.8. Clases de maternidad subrogada en cuanto al servicio.....	21

CAPÍTULO II

2. El alquiler de vientre, como un contrato en la legislación guatemalteca.....	25
2.1. La personalidad.....	25
2.2. Patria potestad.....	27
2.3. Tutela.....	28
2.4. Análisis del rol de la madre sustituta en la legislación penal.....	29
2.4.1 Teoría de la fecundación o formación del genotipo para determinar la personalidad.....	30

2.5. La filiación del nuevo ser.....	31
2.6. Causas que dan origen al alquiler de vientre.....	33
2.7. Viabilidad jurídica del contrato de vientre de alquiler.....	40

CAPÍTULO III

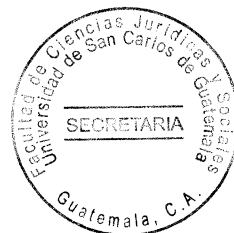
3. El marco jurídico internacional de derechos humanos y derecho comparado del contrato de vientre en alquiler.....	43
3.1. Antecedente del contrato de vientre de alquiler en Estados Unidos.....	43
3.2. Antecedente del contrato de vientre de alquiler en Inglaterra.....	44
3.3. Antecedente del contrato de vientre de alquiler en Australia.....	45
3.4. Antecedente del contrato de vientre de alquiler en Estados Unidos.....	46
3.5. Primera conferencia mundial de los derechos humanos (Teheran 1968)..	49
3.6. Asamblea General de Naciones Unidas, año 1975.....	50
3.7. Naciones Unidas, y la década de la mujer, año 1976-1985.....	51
3.8. Convención Americana, Pacto de Derechos Civiles y Políticos.....	53
3.9. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	58
3.10. La importancia de la ley de maternidad saludable.....	58

CAPÍTULO IV

4. El alquiler de vientre dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.....	63
4.1. El alquiler de vientre y los derechos humanos.....	64

4.2. La tentativa de la adopción como remedio a la crisis de infertilidad.....	66
4.2.1. Forma en la que se podría desarrollar el contrato de alquiler de vientre.....	68
4.3. Propuesta de incorporar el alquiler de vientre dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco	69
4.4. Análisis de los requisitos que se podrían dar en el alquiler de vientre.....	69
4.4.1. Ente de salud que autorizaría dicho procedimiento médico.....	70
4.4.2. Forma del contrato de vientre de alquiler.....	71
4.4.3. Atendiendo al tipo de obligaciones.....	71
4.5. Obligaciones de los padres biológicos y la madre sustituta.....	71
4.6. Necesidad del registro de banco de datos.....	72
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	77

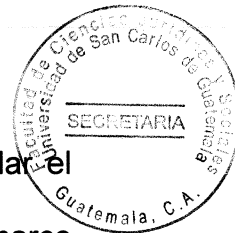
INTRODUCCIÓN



La importancia de investigar la regulación del contrato de alquiler de vientre y su protección integral desde los derechos humanos, se da porque el alquiler de vientre o maternidad subrogada, es un método alternativo para procrear, es de gran importancia porque muchas parejas deciden utilizarlo por la incapacidad de hacerlo de manera natural. Dicho método implica que una mujer acepte llevar un embarazo acordado previamente, donde el bebé resultante del mismo será entregado a la persona o las personas contratantes.

No obstante, dentro de la legislación guatemalteca, no se encuentra estipulada ninguna figura que regule dicha actividad, por lo que no existen procedimientos, requisitos, ni protocolos que definan como proceder en los casos que buscan formar una familia a través de la subrogación de la maternidad. Por lo que es necesario, que se regule a través de la creación de leyes y reglamentos específicos que contengan los derechos y obligaciones de cada una de las partes involucradas en la gestación por alquiler de vientre.

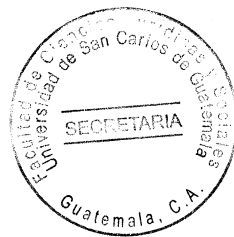
La hipótesis de la investigación indica que es necesario regular el contrato de alquiler de vientre en el ordenamiento jurídico guatemalteco, para darle la protección necesaria a los derechos humanos de segunda generación.



El objetivo general de la investigación, estuvo en determinar si es posible regular el contrato de alquiler de vientre como técnica de reproducción asistida, dentro del marco jurídico guatemalteco, así como el impacto que puede llegar a tener la maternidad subrogada, en la sociedad guatemalteca, su relación con los derechos humanos reconocidos tanto a nivel nacional, como la vinculada con los tratados o convenciones internacionales de la materia, aceptados por Guatemala.

Para que exista una mejor comprensión del tema, el trabajo de investigación se ha dividido en cuatro capítulos: El primero se tratan generalidades del derecho civil guatemalteco y la familia; en el segundo se desarrolla el tema de alquiler de vientre, como un contrato en la legislación guatemalteca; en el tercero se describe lo relativo al marco jurídico internacional de derechos humanos y derecho comparado del contrato de vientre en alquiler y en el cuarto se realiza un análisis jurídico sobre el alquiler de vientre, dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

La tesis es de utilidad para una adecuada comprensión sobre un tema actual y a la vez controversial y que sigue teniendo un gran vacío legal en el ordenamiento jurídico, pero en especial esta investigación, además, es de una fácil comprensión tanto para estudiantes como para profesionales. La misma, es constitutiva de un aporte significativo para la doctrina de Guatemala.



CAPÍTULO I

1. La familia y el derecho civil guatemalteco

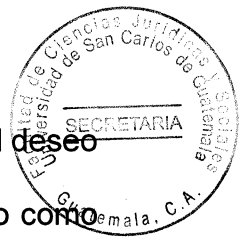
Previo a entrar a conocer el contrato de alquiler de vientre es necesario que se analice el origen del matrimonio y de la familia, esto permitirá establecer desde donde se origina el alquiler de vientre, aunque no necesariamente se conoció con ese nombre en la antigüedad.

1.1. Antecedentes de la familia y del matrimonio

Previo a entrar a conocer el contrato de alquiler de vientre es necesario que se analice el origen del matrimonio y de la familia, esto permitirá establecer desde donde se origina el alquiler de vientre, aunque no necesariamente se conoció con ese nombre en la antigüedad.

Pues hay que recordar que uno de los antecedentes más antiguos se remonta al libro de Génesis 16, en la Biblia, en donde Saraí, esposa de Abram, tenía un estado de infertilidad y no le podía dar un hijo a este, por lo que esta le dice según se cita en el versículo 2: "...ya ves que Jehová me ha hecho estéril, te ruego pues que te llegues a mi sierva, quizá tendré hijos de ella..."¹.

¹ Sociedades Bíblicas de América Latina. **Santa Biblia, Reina Valera**, año 1960, Pág. 17.

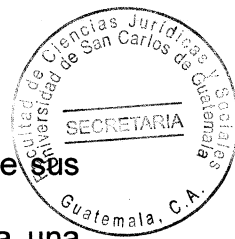


La esclava se conoce con el nombre de Agar, de origen egipcio, Abram, accede al deseo de su esposa y tiene a la edad de ochenta y seis años, un hijo que es conocido como Ismael, esta cita la realizo no con el fin de analizar o entrar a un mundo religioso, o metafísico, donde reina el subjetivismo, sino como un antecedente histórico en este libro considerado sagrado para muchas religiones, y dejar como un primer antecedente de la gestación subrogada tradicional.

Otro de los casos conocidos históricamente, se da en la antigua Mesopotamia en Sumeria, más o menos a mediados del Siglo XVIII A.C., lo cual se cita en el código del Rey Hammurabi, en el cual se disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que este buscara a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. A la esclava se le ofrecía una pequeña compensación en oro o plata.

Otro antecedente lo tienen en la antigua Roma, Plutarco cita el caso de Deyotaro, rey de Galicia, Asia menor, en donde la esposa de este, Estratónica, seleccionó a dos prisioneras entre estas a la conocida como Electra, para su marido quien tiene a los hijos de este, y la reina crió a los niños frutos de esta relación como hijos propios.

Finalmente, en el imperio romano, el Corpus Iuris de Justiniano, consideró que es el que señala el punto de partida hasta las codificaciones del siglo XIX, y es que la jurisprudencia del imperio romano es la que ha inspirado a muchos juristas de otras épocas para crear los códigos civiles más completos hasta hoy, pero claro, sin dejar de mencionar el poder del derecho canónico como regulador de materias como el matrimonio, los esponsales



y el dote, entre otros, además el cristianismo incluye el matrimonio como uno de sus sacramentos, aunque en pleno siglo XVIII se produjo en gran parte de Europa una resistencia muy fuerte en contra del matrimonio eclesiástico, sosteniendo que debía considerarse eminentemente civil.

Ahora el origen de la palabra matrimonio, la cual tiene su derivación de la expresión *matrimonium*, proveniente de dos vocablos latinos *matris* (que significa madre-matriz, sitio en que se desarrolla la vida) y *munium* (que quiere decir calidad-cargas de ser madre), lo cual en general significa que es una carga o gravamen que se imponía a las madres, tanto antes, como después que daban a luz.

Para el Jurista Federico Puig Peña, infiere que a la palabra familia en relación al matrimonio, hay que hacer las siguientes consideraciones: "...a) La familia es, ante todo una institución...b) Dicha institución está asentada en el matrimonio y a esa familia, se hacer referencia cuando en el terreno jurídico se habla de familia...c) La familia aúna, en lazos de autoridad sublimada por el amor y respeto a los conyugues y a sus descendientes, que integran su componente personal...d) En la familia se da la satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida..."²

Regresando a analizar a la familia desde la Época Antigua, se practicaba la poliandria, el cual era un vínculo simultáneo de una mujer con varios hombres, luego evolucionó a la

² Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho español, V, familia y sucesiones.** Pág. 18



poligamia, en la cual existía un vínculo entre un hombre y varias mujeres, aquí lo que se buscaba era satisfacer puramente los instintos sexuales más primitivos de la especie humana.

En cuanto al tratadista Johann Jakob Bachofen quien dice "...que el origen de la familia está en la promiscuidad y matriarcado primitivos de los que se pasó al patriarcado..."³.

Entre las más antiguas definiciones tenemos la que cita el escritor Hugo Hanishc E. "...el primer concepto de matrimonio es antiguo y así el estoico Stabeo II, VII dice: la primera sociedad es la unión del *hombre y la mujer según la ley a fin de engendrar hijos y hacer una vida común...*"⁴

Sin embargo para el tratadista español, Puig Peña, en cuanto a la explicación histórica dice que: "...el origen indiscutible de la familia estaba en el matrimonio monográfico y en la preeminencia marital, sin embargo algunas modernas escuelas sociológicas y positivistas, basándose en la supervivencia de ciertas costumbres y al estudio de la filología comparada y de la prehistoria determinaron distintos tipos del origen de la familia..."⁵

Lo que no se puede dejar de lado es que el régimen patriarcal está representado ante todo, por la familia semítica y por la romana, donde muchos autores a través de la

³ Bachofen, Johann Jakob. **El matriarcado. Una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo según su naturaleza religiosa y jurídica.** Pág. 273

⁴ Hanisch E. Hugo. **Historia de la doctrina y legislación del matrimonio.** Pág. 481.

⁵ Puig Peña. **Op. Cit.** Pág. 19.



etimología latina han tratado de darle una explicación al sentido histórico de la familia patriarcal. Sin dejar de lado lo importante de desarrollar aunque meramente resumidas las consideraciones de la importancia de la familia.

Al respecto cita el tratadista Julien Bonnecase, "... entiende al derecho de familia como el conjunto de reglas del derecho de orden personal y patrimonial cuyo objeto, de una manera exclusiva o principal o accesorio o indirecta, es regular la organización, vida y disolución de la familia..."⁶

En el tema del matrimonio, el profesor Finley, cita de la obra de Homero, el matrimonio, quien indicaba: "...fundamentalmente la familia se constituye por su aspecto religioso, dado que el fin básico de toda unión fue tener hijos, principalmente varones, para que celebrasen el funeral del padre cuanto esté ya no este con ellos, y continuaran tras su muerte todos los ritos familiares..."⁷

1.2. La familia consanguínea

Federico Engels, considera que es la primera etapa de la familia, cita que aquí los grupos conyugales se clasificaban por generaciones: "...todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí, lo mismo sucede con los hijos, es decir, con los padres y las madres, los hijos de estos se forman, a su vez, el tercer círculo

⁶ Bonnecase, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. Tomo I. Pág. 37.

⁷ Finley, M.I. **Matrimonio, venta y regalo en el mundo Homérico, en la antigua Grecia: economía y sociedad**. Pág. 270.



de conyugues comunes, y sus hijos, es decir los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes del matrimonio”.

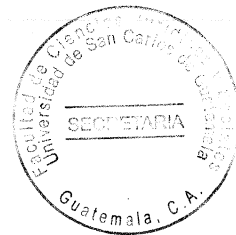
Hermanos y hermanas, primos y primas en primero y segundos grados, son todos ellos entre si hermanos y hermanas y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres unos de otros. El vínculo hermano y hermana presupone de por si en este periodo el comercio carnal recíproco”⁸.

1.3. La familia punalúa

Aquí Engels, indica que parte del progreso consistió en la propia organización de la familia, porque se excluye a los padres y a los hijos del comercio recíproco sexual y posteriormente a los hermanos, al respecto indica: “... por la mayor igualdad de edades de los participantes, este progreso fue infinitamente más importante, pero también más difícil que excluir a los padres e hijos del comercio sexual recíproco, se realizó poco a poco, comenzando probablemente por la exclusión de los hermanos uterinos (es decir, por parte de la madre), al principio en casos aislados, graduándose como regla general...”⁹

⁸ Engels, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**. Pág. 45.

⁹ **Ibid.** Pág. 22.



1.4. La familia sindiásmica

En este tipo de familia explica Engels, que se empezaban a formar parejas conyugales, para estar juntos por algunos periodos, pero siempre manteniendo imposible la unión conyugal con hermanos y hermanas, al respecto el autor escribió lo siguiente: "...el hombre tenía una mujer principal, no puede decirse que favorita, entre sus numerosas, y era para ella el esposo principal entre todos los demás.

Esta circunstancia ha contribuido no poco a la confusión producida en la mente de misioneros, quienes en el matrimonio por grupos ven ora una comunidad promiscua de las mujeres, ora un adulterio arbitrario. Pero conforme se desarrollaba la *gens* e iban haciéndose más numerosas las clases de hermanos y hermanas, entre quienes ahora era imposible el matrimonio, esta unión conyugal por parejas, basada en la costumbre debió ir consolidándose...hasta la prohibición del matrimonio entre parientes consanguíneos..."¹⁰

Previo a entrar a conocer el antecedente cercano de maternidad, se analiza en breve como se da el origen del matrimonio en Guatemala y con el fin de ir entendiendo los antecedentes del matrimonio en Guatemala, no se tiene tanto problema con la información después de la invasión española de 1523, porque de ahí en adelante se encuentra en la regulación legal una gran influencia del derecho francés y español, ya

¹⁰ Ibid. Pág. 27.



que se tomó ese plan en el derecho civil. Sin embargo, se analiza en concreto el desarrollo del matrimonio previo a la invasión española.

Para analizar dicho contexto antiguo, es necesario entender que en Guatemala los orígenes del matrimonio se dan en el denominado matrimonio maya, pero también es importante ver los análisis que realizan los antropólogos, historiadores y médicos especialistas en la materia, entre estos el Doctor Carlos Paredes, que en su estudio del matrimonio y parto de los mayas cita: "...la edad para casarse entre los mayas era de dieciocho años para los hombres y se cree que de catorce para las mujeres (pero podría ser antes), los varones no podían casarse con mujeres que llevaran su mismo apellido, pero si podían hacerlo con las que descendieran del linaje de su madre aun cuando fueren primos. Como mínimo cada mujer estaba casada con cinco hombres y cada hombre tenía cinco mujeres, los hijos eran ciertos de la madre, no existía el concepto de padre..."¹¹

1.5. Antecedente cercano de maternidad

Es importante también analizar, posterior a la familia el origen de la maternidad, proviene de materno y se refiere a estado o cualidad de madre, es decir se refiere a la relación que se da entre madre e hijos, pues solo la mujer tiene la naturaleza sagrada de tener hijos.

¹¹ Paredes, Carlos; López, José Luis; Pérez, Juan Manuel. **Matrimonio y parto entre los Mayas**. Pág. 91.



En el medio guatemalteco, la madre educa, alimenta y cuida a los hijos, es decir tiene una carga muy fuerte en la sociedad, además puede ser definida desde cuatro puntos de vista, el primero atendiendo a la raíz latina de la que normalmente procede, además del sentido gramatical que encierra aparte el lugar en donde se dé, por el estado o cualidad de la madres, con significados como hembra o cualidad de madre, mujer casada, respecto de los hijos, entre otros.

Desde la perspectiva biológica, fundándose en una maternidad cierta, o como vínculo dogmático pues encierra la identidad innegable de la relación de filiación, y luego para aterrizar en el significado legal que se le dé en las sociedades modernas. Lo que no deja de sorprender es que el significado de materno es desde un punto de vista del subjetivismo algo muy sagrado según el credo que se practique.

Además, es de recordar que desde los años setentas, se empiezan a gestar los conceptos de maternidad subrogada, en donde se citan algunas denominaciones como por ejemplo:

- Arrendamiento de vientre
- Donación temporaria de útero
- Alquiler de vientre
- Gestación de sustitución
- Alquiler de útero
- Gestación subrogada,

- Maternidad de alquiler
- Madre de alquiler
- Madre portadora
- Maternidad de sustitución, entre otros.

1.6. Antecedentes de la regulación del contrato de alquiler de vientre

Aquí resulta necesario analizar uno de los primeros casos conocidos en el continente Americano, que sucede en Estados Unidos de Norteamérica, específicamente en el Estado de California en los años setenta, lo cual se vuelve un caso muy emblemático, en virtud que una pareja publicó en medios locales la solicitud a cualquier mujer fértil para ser inseminada artificialmente a pedido de esta pareja estéril, y que ofrecía un pago a cambio del servicio, es aquí en donde se inicia con esta práctica, que ayudó a otras parejas que no podían tener hijos a realizar este tipo de anuncios.

Para analizar la institución del contrato de alquiler de vientre, que presenta un análisis de las diferentes implicaciones éticas (desde el punto de vista del subjetivismo) y legislativas (dentro del punto de vista de un positivismo jurídico, los cuales se abordarán en el transcurso del presente trabajo), esto con el fin de determinar, la necesidad de emitir una legislación que la regule y su relación con los principios éticos requeridos para un tema de salud reproductiva, vinculado con los derechos humanos.

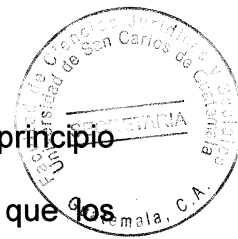


Se destaca la necesidad de su regulación de manera concordante con los métodos de reproducción asistida que existen y la protección que brindan los convenios internacionales de derechos humanos, reconocidos por Guatemala; para consagrar un resguardo o garantía jurídica efectiva.

Cuando se habla del contrato de alquiler, en primer lugar se debe analizar lo que la legislación entiende como contrato, para poder ir estableciendo la figura del contrato de alquiler de vientre, ya que como es de conocimiento dicha figura no está regulada en la legislación guatemalteca, sin embargo se considera que el mismo se da de forma ilegal o atípica, es decir de forma oculta, por lo que más adelante se encuentran algunos datos estadísticos y denuncias que están registradas especialmente en algunas instituciones protectoras de los derechos humanos.

Al respecto también hay que hacer ver que existen cambios y avances especialmente en la ciencia de la medicina y especialmente los últimos avances que se han dado en la genética, hay descubrimientos que en ese sentido han dejado la legislación de muchos países atrasada en cuanto a la materia específica de la reproducción humana de forma asistida, por eso en el presente trabajo hay que analizar que se entiende por contrato.

El contrato se encuentra regulado en la legislación civil, Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106, específicamente en el Artículo 1517, establece que: "...hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear modificar o extinguir una obligación." Aquí se define el contrato como tal, sin embargo, la figura del contrato de alquiler es un contrato en este momento en la legislación como atípico, ya que no está regulado.



Aquí se analiza a tientas que, dentro de la contratación, universalmente se da el principio de autonomía de la voluntad privada, este tipo de autonomía se refiere a que los particulares tienen la libertad de regular sus propias relaciones jurídicas, siempre y cuando no estén expresamente prohibidas por las normas y que tampoco dañen el orden público.

Es decir, cuando se da la autonomía de la voluntad privada, se tiene que dar un reconocimiento del propio Estado a ciertos actos que no son meramente mercantiles. Por eso, dicho contrato no es más que la voluntad de las partes en tener el derecho a tener una descendencia, a quien poder reconocer como descendencia, educar, dar en testamento sus bienes, entre otros.

Es decir, que este tipo de contrato no es contrario al orden público porque no se está mercantilizando ningún objeto, sino es por necesidad que se trata de alquilar un vientre, para cumplir con uno de los fines de la institución del matrimonio.

Es de señalar también que el contrato en materia civil, de conformidad con el Artículo 1518, del cuerpo legal precitado, establece que: "... los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez". Es decir, en el contrato de alquiler de vientre se da el consentimiento de las partes.



En cuanto a la propia autonomía, en el caso de los contratos atípicos, como el presente, se establece en el Artículo 1271 que: “se puede estipular cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes ni a la moral...”

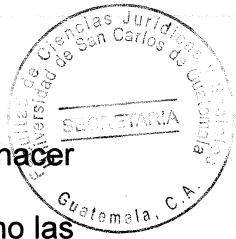
1.7. Maternidad subrogada

Una vez se establece como se define un contrato y la autonomía de la voluntad, es pertinente señalar, que el alquiler de vientre o maternidad subrogada es un método alternativo para procrear, ya que cuando se celebra el matrimonio o la unión de hecho, muchas parejas no pueden procrear, pero tampoco quieren utilizar la institución de la adopción, por lo que toman la decisión de subrogar la maternidad, precisamente por la incapacidad de hacerlo de manera natural.

Dicho método implica que una mujer acepte llevar un embarazo acordado previamente, donde el bebé resultante del mismo será entregado a la persona o las personas contratantes, refiriendo a las partes del contrato supuesto.

No obstante, dentro de la legislación guatemalteca, no se encuentra estipulada ninguna figura que regule dicha actividad, por lo que no existen procedimientos, requisitos, ni protocolos que definan como proceder en los casos en que las personas buscan formar una familia a través de la subrogación de la maternidad.

Por lo anterior, resulta necesario para desarrollar el tema y entender el problema que se tiene ante la falta de una legislación integral en esta materia, poder encontrar en la



doctrina una gran cantidad de definiciones sobre este término, pero por motivos de hacer una investigación concisa, se toman las dos definiciones que se podrían tomar como las más apegadas a la realidad jurídica.

El autor Javier Gafo la define como: “el acto que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre de otra, a quien se le entrega el recién nacido como propio”.¹²

De conformidad con Adriana Hernández y José Luis Santiago se encuentra definida como: “El acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que fungirá como madre de éste.”¹³

La maternidad subrogada o contrato de vientre en alquiler, tiene varias formas de clasificarse, atendiendo a la participación genética de los sujetos involucrados, siendo:

- a. Homóloga: Es la que se origina cuando el material genético que se utiliza para lograr el embarazo, es propiedad de los padres y no de algún donador.
- b. Heteróloga: Es la que se origina cuando el material genético que se utiliza para lograr el embarazo, es en parte o en su totalidad de una tercera persona distinta a los padres.

¹² Gafo, Javier y otros. **Nuevas técnicas de reproducción humana, biomedicina, ética y derecho**. Pág. 89.

¹³ Hernández Ramírez, Adriana y Santiago Figueroa, José Luis. **Ley de maternidad subrogada del distrito federal**. Pág. 1341.



- c. Subrogación total: Hernández y Ramírez señalan: En esta clasificación “la mujer contratada es inseminada portando sus propios óvulos, y después de la gestación y el parto entrega el hijo al padre biológico, renunciando a todos sus derechos, y admite la adopción de la pareja”.¹⁴
- d. Subrogación parcial: En esta “la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado”.¹⁵

Para ir entendiendo los demás términos que resultan necesarios no solo tomamos los anteriores, sino los que a continuación se detallan:

- i. Reproducción natural: Se entiende por reproducción natural el proceso de reproducción humana que parte exclusivamente de la cópula entre el hombre y la mujer.
- ii. La reproducción humana asistida: Este tipo de reproducción consiste técnicamente en la asistencia médica para lograr el embarazo, es decir, que quede completo el proceso previo a nacer, incluiría todo lo que resulte integral y que se utilice en este proceso.
- iii. Infertilidad: Aquí se dan algunos factores, especialmente físicos o naturales que impiden la gestación del propio ser humano de forma natural.

¹⁴ **Ibid.** Pág. 1355.

¹⁵ Bernard Mynard Rafael. **Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana.** Pág. 1341.



- iv. Inseminación artificial: Este se entiende como el conjunto de procedimientos médicos que permiten que un óvulo fecundado pueda finalmente convertirse en un embrión, es decir, que se da en tres pasos unidos: mórula -el embrión- y el feto.
- v. Inseminación in vitro: Es el proceso de unir el espermatozoide y el óvulo, en un laboratorio (hospital especializado en este tipo de medicina), posteriormente cuando se tuvo éxito se implanta en el útero de la mujer, es decir el procedimiento completo para la instalación del óvulo fecundado en el útero de la madre sustituta (esta última la cual es objeto del contrato de alquiler de vientre).
- vi. Derechos reproductivos y sexuales: Este conjunto de derechos sexuales y reproductivos de las personas, dentro de la legislación constitucional estarían dentro de uno de los principios constitucionales de libertad de decisión individual. Este es un tema muy amplio, porque en primer lugar se refiere a que se debe dar el derecho a la salud integral, para que se logre el bienestar y equilibrio humano, es decir el objeto es tener descendencia por la visión existencial y desarrollo de la condición propiamente humana. Además del estado general y bienestar físico, no de dolencias sino de un sistema integral reproductivo. Y finalmente los derechos nacionales e internacionales en el marco de la protección a la salud reproductiva.
- vii. Tecnología y laboratorio reproductivo: Este proceso se refiere a la tecnología científica, el cual es apto para realizar intervenciones médicas dentro del proceso de



reproducción humana, de índole natural, empezó en algunos países pioneros como: Francia, Inglaterra y Alemania.

- viii. Salud reproductiva: Este proceso es entendido como un estado general de bienestar natural, mental, social y físico, y no de dolencias o enfermedades relacionadas con el sistema reproductivo.
- ix. Genética: Esta se puede definir como la ciencia que estudia todo lo relacionado a los genes y la manera en que estos son utilizados y transmitidos de generación en generación. Es decir, se han iniciado desde hace muchos años estudios que la configuran como ciencia, entre estos el del año 1908, cuando se formula el principio Hardy-Weinberg, que proporciona el fundamento de la genética poblacional, además, el estudio de 1909 en Inglaterra de genética bioquímica y en 1947 el del instituto Rockefeller, que aisló el ácido desoxirribonucleico (ADN) de bacterias, entre otros, por supuesto que hay muchos avances pero que no serían objeto de esta tesis, sino de estudios profundos de medicina.
- x. Ingeniería genética: Esta es una rama de la genética que estudia el ADN, el cual es un polímero que constituye el material genético de la mayoría de organismos de cuatro tipos: guanina, citosina, adenina y timina, especialmente los fines de manipulación de estos.
- xi. Eugenética: *Eu*, significa bien, y *genes* que se refiere a nacido. Es decir el estudio de todos los organismos bajo control humano.



- xii. La biotecnología: Parte de ciencias básicas como bioquímica y biología molecular, hasta llegar a la ingeniería genética. Está en su forma pura se refiere en específico a la utilización de organismos vivos o sus productos para modificar la salud humana, y todo el ambiente que rodea a los humanos de conformidad con sus posibilidades tecnológicas.

También en los procesos asistidos se dan tres tipos de maternidad:

- a. Maternidad fisiológica: Este tipo de maternidad está asociada al acto médico del parto es decir principalmente desde la gestación hasta llegar el momento del parto.
- b. Maternidad biológica: Es llamada genética, aquí la mujer aportante de su propio óvulo para ser implantado en el otro útero de la mujer que sirve como alquiler de vientre.
- c. Maternidad educacional: Llamada afectiva, aquí más que todo se refiere al rol que cumplirá la mujer que funge como madre y que velará por el desarrollo integral del niño o niña.

Ahora bien, se debe entender que esto no se trata solamente de un simple contrato civil o mercantil, de un tráfico de comercio civil o mercantil, sino más bien nace de la necesidad de la pareja de esposos que tienen la dificultad, por ejemplo para el hombre que es considerado como oligoastenospermia, es decir que posee muy pocos espermatozoides y además los que posee son muy lentos en el propio proceso natural, aquí resulta importante porque se debe utilizar un método que permita que estos espermias suban al



ovario, y se debe dar una selección de cuáles son más rápidos y así llegar hasta el proceso de inseminación homóloga o inducida.

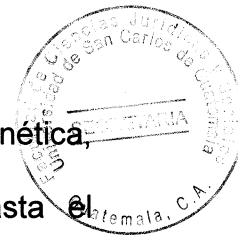
O en el caso de que la mujer posee ovarios normales, trompa normal, pero el hombre no posee espermatozoides, solo un líquido denominado seminal, aquí entra el alquiler de un hombre donante de espermias que se implantarán en el útero de la mujer, a esto se le conoce como inseminación heteróloga.

Cuando se da el caso de que la mujer nació sin ovarios, o están destruidos, se busca la donación de un óvulo conocido como cercano o familiar y luego se da la extracción del espermia para unirlos, como se había explicado, en lo que se denomina *in vitro*. También pueden darse otros casos en la mujer como que posea las trompas obstruidas.

1.7.1. Tipos de maternidad subrogada

Subrogación tradicional: Esta se da cuando la situación de la madre que utilizará su vientre de alquiler es simultáneamente la madre biológica del niño y se utiliza generalmente en algunos países donde se permite este tipo de gestación, que es conocido generalmente como el de madre sustituta.

Subrogación gestacional de la madre portadora: Normalmente este tipo de casos se registra y se le denomina con ese nombre porque la mujer posee sus propios óvulos pero no puede gestar a sus hijos por lo que en su lugar lo hace otra mujer, aquí el embrión es fertilizado, posteriormente se implanta en el vientre de la madre portadora hasta que se



dé el embarazo, es decir no hay una relación genética de la madre subrogada ni genética, sino solamente cumple con el contrato de portar el óvulo fecundado hasta el alumbramiento, que es el paso final y por decirlo la entrega del bebé a la madre contratante.

Subrogación gestacional absoluta: Se dan otros tipos de subrogación gestacional, como subrogación gestación propia o absoluta, que no es más que la fusión del espermatozoides y el óvulo procedentes de la pareja contratante.

La subrogación gestacional mixta: Conocida como parcial, no es más que la fusión del espermatozoides u óvulo procedente de un solo miembro de la pareja contratante, y el de un tercero extraño que no es de la madre subrogada.

Gestacional exógena: Es el producto de la fusión de espermatozoides y el óvulo de procedencia distinta a la pareja, y también ajena al de la madre subrogada o contratada para tal fin.

Ovodonación y embriodonación: La ovodonación se da cuando la mujer puede gestar pero no posee óvulos para su fertilización por lo que esto se conoce como ovodonación es decir, la donación de óvulos. En cuanto a la embriodonación, esta se refiere a que ambos padres son infértiles por lo que reciben una donación tanto de espermatozoides como de óvulos, pero la donante gestará al bebé, es decir, que la mujer que donará el óvulo tendrá hasta su alumbramiento en el vientre al bebé.



1.8. Clases de maternidad subrogada en cuanto al servicio

Acá es necesario analizar que la maternidad subrogada se puede dar de varias formas, pero en base a que dicho servicio puede tener un fin en la contratación que puede ser onerosa, y en algunos casos por piedad entre familiares podría darse de forma gratuita, pero al momento ninguna institución ofrece el servicio en Guatemala, al menos de forma reconocida, por lo que lo estarían haciendo de forma ilegal por así decirlo, ya que si es de carácter onerosa se desconoce el precio.

Al entrar al mundo legal cuando se celebra un contrato, el Código Civil establece que se debe pactar porque se está hablando de la celebración de un negocio jurídico el cual requiere para su validez: Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento de las partes que no adolezca de vicios y que el objeto sea lícito.

Algunas personas saldrán con argumentos de tipo moral, con la anuencia de decidir dentro de la sociedad civil organizada que sí y que no debe permitirse, según su entendimiento, pero este tipo de contratación va más allá de esto, porque, si realmente en materia contractual se toma de base lo que establece el Artículo 1256, del Código Civil, Decreto Ley 106, el cual indica que: "...Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico los interesados pueden usar la que juzguen conveniente". Esto se aplica a ambos campos civil y mercantil supletoriamente.

En cuanto a los requisitos establecidos para la celebración de un negocio jurídico o relación contractual, se puede decir que en los casos en que se podría plantear la nulidad del negocio jurídico o contrato de alquiler de vientre solamente sería en casos como los



establece el Artículo 1301 del citado cuerpo legal: "...hay nulidad en un negocio jurídico cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia...".

Dicha cita habla específicamente que cuando se celebra un negocio jurídico, un contrato, este no debe ser contrario al orden público, o contrario a las leyes prohibidas expresas, en Guatemala no existe dicha prohibición para la renta del vientre de alquiler, pero tampoco está regulado, lo que hace caer en un limbo para algo tan importante, porque entonces se hace de forma oculta.

En lo que se refieren a contrario al orden público, se debe analizar lo que establece la Ley del Organismo Judicial, en el Artículo 44: "...Hermetismo del orden público. No tienen validez ni efecto alguno en la república de Guatemala las leyes, disposiciones y las sentencias de otros países, así como los documentos o disposiciones particulares del extranjero si menoscaban la soberanía nacional o contradicen la Constitución Política de la República de Guatemala o contravienen el orden público...".

Técnicamente en materia contractual si se pudiera hacer el contrato, el problema radicaría en la moralidad de la sociedad, que a pesar de que la fenomenología fue derrotada en el siglo XVIII, por el siglo de las luces, muchas personas viven arraigadas en cuestiones meramente canónicas.



La importancia fundamental de la ubicación del derecho civil y el pequeño análisis de ver este tipo de contrato, es enmarcarlo dentro del derecho civil precisamente, porque toca instituciones como:

- a) La personalidad
- b) El nombre, estado, el rol dentro del matrimonio
- c) La capacidad
- d) El domicilio
- e) La ausencia
- f) La institución de la familia
- g) El matrimonio
- h) La unión de hecho
- i) El parentesco
- j) El derecho a la alimentación
- k) La filiación
- l) El registro civil
- m) Las relaciones patrimoniales, entre otros.

Todas estas instituciones se analizaran en el capítulo segundo de éste trabajo y de cómo se dan las relaciones y derecho pre adquiridos del que está por nacer en las relaciones del contrato de alquiler de vientre, o la contratación de una madre subrogada.





CAPÍTULO II

2. El alquiler de vientre, como un contrato en la legislación guatemalteca

Aquí realmente hay muchas cosas a considerar, previo a entrar al análisis de cada institución civil en virtud que una de las instituciones como la adopción podría normalmente cumplir el deseo de una maternidad y paternidad, y el niño o niña tendría la oportunidad de tener al igual padres responsables, sin embargo, se opta por el contrato de vientre de alquiler especialmente porque la pareja quiere tener un vínculo de sangre aunque de forma biológica y no adoptiva, pero también se puede dar el caso que muchas mujeres tienen el deseo de ser madres pero no están dispuestas a soportar el parto, posiblemente por los problemas y trastornos que experimentan las madres.

En ese sentido se debe ir analizando factores que son inherentes una vez se consuma el contrato y nace el nuevo ser, así como los derechos que este debe tener dentro de la sociedad misma.

2.1. La personalidad

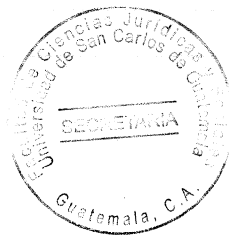
Para hablar de la personalidad es necesario en primer lugar ver el punto de vista legal en materia civil y como lo regula no solamente el Código Civil, sino además como lo regula la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que se iniciará analizando el Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo primero, el cual establece que: "...la personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo al

que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece siempre que nazca en condiciones de viabilidad.”

Aquí claramente el Artículo cita que la personalidad comienza con el nacimiento, siempre y cuando nazca en condiciones de viabilidad, es decir cita dos teorías conocidas dentro de la doctrina civil, que es la teoría del nacimiento y la teoría de la viabilidad, sin embargo, es necesario analizar lo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 3, el cual establece que la personalidad inicia con: “Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.”

En virtud de esto resulta necesario previo a entrar conocer algunas teorías, decir que la personalidad generalmente se define como: la investidura jurídica que le permite a las personas ingresar al mundo del derecho, es decir poder ser capaz de tener derechos y obligaciones, en donde tendrá como atributos:

- a) El nombre
- b) El domicilio
- c) La capacidad
- d) El estado civil
- e) El patrimonio
- f) La filiación
- g) El parentesco
- h) El testamento, la donación



- i) Las relaciones y derecho dentro del matrimonio y/o unión de hecho
- j) Las obligaciones y registro en el Registro Nacional de las Personas, entre otros.

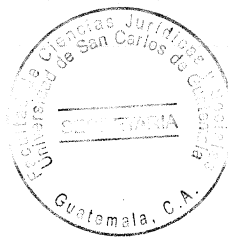
2.2. Patria potestad

La patria potestad es una de las instituciones más importantes que se encuentra en la legislación civil se define como un conjunto de facultades que el Estado otorga a los padres sobre sus hijos menores para el cumplimiento de sus derechos y obligaciones que la paternidad impone.

En el Artículo 252 del Código Civil Decreto Ley 106, establece que: "...En el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o madre en cuyo poder este el hijo, en cualquier caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción..."

En este sentido ambos padres tendrán la responsabilidad de la patria potestad del que está por nacer, con las modalidades que la misma legislación señala para el desarrollo de la misma.

Además, tal y como lo establece el ordenamiento jurídico, la misma puede perderse, si se incurren en las causales que señala el Código Civil.



2.3. Tutela

La tutela como tal es complicada, porque se hablaría que los padres que contrataron a la madre subrogada, ya no existen, y al no tener una legislación aplicable es complicado para el mismo campo del derecho, porque habría que determinar qué derechos tendría también la madre gestante.

La tutela se define de forma técnica, ya que es una institución del derecho civil que tiene por objeto la guarda y custodia de las personas y sus bienes que no estando sujetos a patria potestad son incapaces por sí mismos, por lo que se explica anteriormente, en ese sentido, las clases de tutela que regula el Código de forma textual, está de conformidad con el Artículo 296 del Código Civil, Decreto Ley 106, "La tutela puede ser testamentaria, legítima y judicial"; en ese sentido si es legítima el mismo Código da la salida legal si fuera el caso:

En el Artículo 299 establece: "La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

1°. Al abuelo paterno.

2°. Al abuelo Materno.

3°. A la abuela paterna.

4°. A la abuela materna y

5°. A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre estos el de mayor edad y capacidad."



En el caso de que se trate de la tutela testamentaria, en el Artículo 297, del citado Código, establece que: "...la tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad, por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a la tutela legítima, por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si este careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo, y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo...".

Lo que completa con el Artículo 302 del mismo cuerpo legal que establece que: "... si hallándose en ejercicio del tutor legítimo o judicial apareciere el testamentario, se transferirá inmediatamente a este la tutela". Es decir que prevalecería la tutela testamentaria si se diera el caso en concreto, sin embargo ¿qué pasaría con la madre gestante si optara por quedarse con el menor?, aquí es donde realmente inicia un problema mayor por la falta de regulación del contrato del alquiler de vientre, pero como el sistema jurídico se debe bastar así mismo, siempre se encontrará una salida, aunque no la más concreta, por lo menos que resuelva el problema presentado.

2.4. Análisis del rol de la madre sustituta en la legislación penal

Se ha desarrollado el contrato de alquiler de vientre en el campo civil, porque realmente existe la presunción civilista y cuenta con fuentes importantes, la regulación de la maternidad como tal desde las primeras instancias de control del Imperio romano, luego en Francia, Alemania, España entre otros, aquí lo importante es cómo se puede enmarcar de manera sencilla, pero por eso no deja de ser importante que en algún caso



de conflicto se podría presumir que la carga probatoria le correspondería a la madre gestante en caso de incumplimiento.

Sin embargo para el estudio de la presente tesis, se debe encaminar dentro de la vía civil, pues se trataría de un contrato meramente civil, y no penal, con la excepción de que se produzca algún ilícito dentro del mismo, ahí podría enmarcarse dentro de la vía penal, y es que se debe acotar que en cuanto a la filiación sea natural o civil-adopción, la ciencia penal no podrá aceptar penalizar a la mujer portadora de un cigoto ajeno, porque el hecho es meramente humano y civil-privado.

Además, hay que notar que nace una responsabilidad contractual y extracontractual, porque si se da algún incumplimiento de la obligación principal ésta tendría consecuencias dentro del campo del delito o cuasi delito, pero previo análisis y enmarcación jurídica, esto según el daño, el responsable, el autor y el culpable, además solo en caso en que la cuestión provoque un delito como se señaló anteriormente.

2.4.1. Teoría de la fecundación o formación del genotipo para determinar la personalidad

Aquí claramente se analiza que se protege a la persona desde su concepción, y al respecto, en el caso particular del contrato del alquiler de vientre el *status* del ser humano para el embrión desde el inicio de su proceso evolutivo, se debe proteger, porque cualquier maniobra de destrucción estaría frente a un delito penal.



Actualmente, si se podría demostrar que una vez que penetró el óvulo el espermatozoide surge una nueva vida, es decir se da una teoría doctrinaria de fecundación o formación del genotipo, que está clara en cuanto al procedimiento de protección de la personalidad del nuevo ser desde su formación genética.

Ahora en cuanto al tiempo de formación en la fecundación que se da *in vitro* puede durar un aproximado de diez a veinticinco horas, por la unión que se da de los denominados gametos, que pues, empieza cuando entra la cabeza del espermatozoide en el citoplasma del óvulo.

De aquí que los adelantos tecnológicos en materia de biotecnología especial para el trato de este tipo de organismos, tendrían que dilucidar junto a un grupo de especialistas de la ciencia del derecho si el cigoto es un ser humano desde ese momento.

2.5. La filiación del nuevo ser

Para poder determinar la filiación no tendría que haber o darse ningún problema a saber, porque esto además constituye un derecho universal de todos los seres humanos, en virtud de esto, sin embargo, se debe empezar a definir qué se entiende por filiación desde nuestro Código Civil Decreto Ley 106, específicamente en el Artículo 199: "... el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque este se declarado insubsistente, nulo o anulable...se presume concebido durante el matrimonio: 1º. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o de la reunión

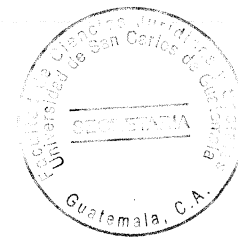


de los conyugues legalmente separados; y 2º. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguiente a la disolución del matrimonio...”.

En ésta caso la legislación establece el hijo nacido dentro del matrimonio como común, es decir donde no media la intervención biológica que es el caso del análisis en la presente tesis, por lo que aquí no habría ningún aporte adicional al tema, por la simpleza de la definición.

En virtud de lo anterior en necesario aportar que dentro de la filiación del hijo concebido a través de un contrato de alquiler de vientre, se da algo muy relevante, porque se da un aporte genético pero que no debe entenderse que este es la fuente de la filiación natural, porque cuando se realiza el contrato la mujer que prestará el vientre de alquiler pasa por un proceso que la vincula de seguro sentimentalmente con el nuevo ser, aunque la naturaleza del contrato solo sea la de engendrar, pero también queda claro que al recurrir a una donación de gametos, para la gestación, de la inseminación o de la fertilización, en todos los sentidos podría ser algo que resulta siendo accesorio.

Se habla de algo accesorio, porque también habría que analizar brevemente que cada persona tiene la facultad de la libre autodeterminación, y es que como se vio en la personalidad nadie puede invadirla, porque son derechos reconocidos universalmente, que permite a los mismos Estados garantizarla.



2.6. Causas que dan origen al alquiler de vientre

En el mundo se le conoce a la maternidad subrogada o alquiler de vientre, de muchas maneras, con el objeto de otorgar una mejor descripción de sus elementos, su estudio debe iniciar con el análisis de las diferentes denominaciones con las que se le conoce, dentro de ellas, tal como lo expone la tratadista del tema Claudia Gomboa, se encuentran: “maternidad subrogada, maternidad substituta, maternidad por sustitución, maternidad portadora, maternidad de alquiler, alquiler de vientres, locación de vientres, arrendamiento de vientres, alquiler de útero, locación de útero, arrendamiento de útero, donación temporal de útero, donación de vientre, préstamo de útero, préstamo de vientre, gestación por sustitución, gestación por cuenta de otro, gestación subrogada, entre otras”.¹⁶

En ese orden de ideas, la primera denominación a estudiar, lo constituye el término madre, este de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, le define como Hembra que ha parido; Hembra respecto de su hijo o hijos; El tratadista Manuel Ossorio afirma que “es la mujer que ha tenido uno o más hijos, en relación con el hijo, constituye el primer grado del parentesco consanguíneo de la línea recta femenina ascendente.”¹⁷ En el derecho civil lo relaciona con la condición legal de los hijos, según sea el estado civil de la madre en el momento de la concepción y parto.¹⁸ Guillermo Cabanellas en su Diccionario indica que “Es la mujer que ha dado a luz uno o

¹⁶ Gamboa Montejano, Claudia, **Maternidad subrogada. Estudio teórico conceptual y de derecho comparado**. Pág. 25.

¹⁷ Ossorio Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 565.

¹⁸ Gamboa Montejano. **Op. Cit.** Pág. 25.



más hijos”.¹⁹ Y la tratadista del tema, Claudia Gamboa Montejo, establece que:
“Etimológicamente; madre procede de mater/matriz cuyo significado es madre”.²⁰

En virtud de lo anteriormente referido, la situación de madre, se encuentra determinada por la gestación, seguida del nacimiento del menor y con la condición de que nazca con las capacidades suficientes para sobrevivir fuera del seno materno, de conformidad como lo establece el Artículo 1 del Código Civil de Guatemala, teoría a la cual se le denomina como de la viabilidad.

Y de conformidad con este cuerpo legal se encuentra definida la maternidad de la siguiente manera: es el vínculo dogmático, principio innegable en toda la relación de filiación.

Claudia Gamboa, desde el punto de vista jurídico, “la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.”²¹

Con base en lo anteriormente expuesto, madre es el calificativo de la mujer que ha parido hijo o hijos, la maternidad viene a ser el vínculo jurídico que une a los descendientes con

¹⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 756.

²⁰ Gamboa Montejano. **Op. Cit.** Pág. 31.

²¹ **Ibid.** Pág. 33.

sus progenitores, es decir, es un concepto que tiene su origen en el derecho y que viene a determinar todos los efectos jurídicos entre madre e hijo o hijos que se dan desde la concepción o el nacimiento. El objeto es determinar la función de la maternidad es el de explicar el papel que desarrolla la mujer dentro de la maternidad subrogada.

El término de madre en las distintas nominaciones que se le da a la maternidad subrogada, va acompañada de adjetivos tales como subrogada, substituta, portadora; en el sistema jurídico guatemalteco, estas tres instituciones, poseen diferente acepción a la de maternidad subrogada. Por ejemplo: subrogar en el derecho guatemalteco es una forma de transmisión de las obligaciones civiles, según Henri Mazaud citado por Rubén Contreras, indica que es, “la sustitución, en una relación de derecho, de una cosa en lugar de otra (substitución real) o de una persona en vez de otra (subrogación personal).”²²

El Código Civil de Guatemala, establece en su Artículo 1453: “La subrogación tiene lugar cuando el acreedor sustituye en el tercero que paga, todos los derechos, acciones y garantías de la obligación”.

Dentro del mismo orden de ideas, es importante determinar, qué se denomina como maternidad sustituta, por la función de sustitución que realiza la gestante, sobre la que no puede gestar.

²² Contreras Ortiz, Rubén Alberto, **Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)**. Pág. 149.



Sin embargo en la legislación guatemalteca, la sustitución se define según lo indica el tratadista guatemalteco Rubén Contreras como: “la colocación de una persona en un lugar, derecho u obligación de otra; situación de una cosa donde estaba otra, en el derecho de las obligaciones se utiliza como sinónimo de la subrogación”.²³

En tanto, en la materia del derecho civil adjetivo guatemalteco, se conceptualiza, para determinar la sustitución procesal; tal como lo especifica Alsina citado por Mario Aguirre Godoy: “Se da la sustitución procesal cuando la parte actora enajena una cosa litigiosa y a raíz de esto intervendrá dentro del proceso, haciendo ejercicio de la perpetuatio legitimacionis”.²⁴

En algunos países denominan a la maternidad subrogada, como maternidad portadora, por la función de portar el hijo encargado, por los nueve meses de gestación, previo a la entrega del menor. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define portadora a: “Aquella persona que lleva o trae algo de un lado a otro” también lo define como la persona o animal que lleva en su cuerpo el germen de una enfermedad contagiosa”,²⁵ el término utilizado se conjuga en femenino, portadora.

Una de las acepciones más populares con las que se conoce a la maternidad subrogada, es la de alquiler de vientres, esta se encuentra en contraposición con la institución jurídica del arrendamiento civil, regulada en la legislación guatemalteca, en el Artículo 1880, del

²³ **Ibid.** Pág. 160.

²⁴ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala. Vol. 67, T. I** Pág. 375.

²⁵ http://dle.rae.es/?id=YZ2is6w/maternidadsuborg/*/ (Consultado el 2 de enero 2018).



Código Civil el que establece literalmente: “el arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes se obliga a dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo, a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado.”

La función del contrato de arrendamiento, establece Viteri, es que “el propietario se sirva de la cosa sin tener que venderla y que el arrendatario puede hacer uso de la cosa sin tener que comprarla”.²⁶

De conformidad con Viteri: “Los elementos de este contrato son: personales; El arrendante: persona propietaria del inmueble quien cede el uso y goce. Persona que usa y goza del bien ajeno. Reales del contrato son: la cosa; el precio”.²⁷

El mismo autor indica que la naturaleza del contrato de arrendamiento: “Constituye un contrato mediante el cual se transmiten determinados elementos del derecho de propiedad”.²⁸ Por lo que de conformidad con lo establecido, el vocablo alquiler no podría ser aplicado a la maternidad subrogada, ya que es una denominación previamente establecida en la legislación para denominar una institución jurídica de diferente naturaleza jurídica, patrimonial.

En un orden diferente de ideas es posible encontrar también la denominación de donación de útero para nombrar a la maternidad subrogada, en materia de derecho guatemalteco,

²⁶ Viteri Echeverría, Ernesto. **Los contratos en el derecho civil guatemalteco**. Pág. 281.

²⁷ **Ibid.** Pág. 283.

²⁸ **Ibid.** Pág. 287.



Barbero citado por Viteri, define el contrato de donación, como “aquel por el que con espíritu de liberalidad (esto es sin contraprestación), una parte enriquece a otra, transfiriéndole un derecho o asumiendo frente a ella una obligación”.²⁹

El autor, Sánchez Medal, citado por Viteri lo define como “el contrato por el que una persona, llamada donante, transmite gratuitamente parte de sus bienes presentes a otra persona, llamada donatario, debiendo reservarse para sí, bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones”.³⁰

El Código Civil guatemalteco en su Artículo 1855 establece: “La donación entre vivos es un contrato por el cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa, a título gratuito”. El artículo 1856 establece que: “la donación entre vivos también puede ser remuneratoria y onerosa, pero en este último caso, sólo constituye donación el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidos los gravámenes o cargas.” Por lo que tampoco podría utilizarse la denominación de donación, para identificar la institución de la Maternidad subrogada.

En México, se propuso un proyecto de ley, para la legalización de la maternidad subrogada, bajo la denominación de préstamo temporal de útero; por lo que analizar la institución del préstamo, procede; en la legislación guatemalteca existen diferentes clases de préstamos tal como el mutuo, el préstamo de uso y el depósito irregular.

²⁹ **Ibid.** Pág. 288.

³⁰ **Ibid.** Pág. 288.



El Artículo 1942 del Código Civil de Guatemala establece que, “por el contrato de mutuo, una persona entrega a otra, dinero u otras cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.”

Para Viteri, esta definición representa el enfoque clásico del mundo en el ámbito latino: “Un contrato de préstamo de cosas fungibles, que son entregadas al mutuuario para su consumo y del que nace la obligación de este de devolverlas a su acreedor, otras tantas de la misma especie y calidad.”³¹

El objeto elimina la posibilidad de aplicación de esta denominación a la institución estudiada, cosas fungibles.

El Artículo 1957 del Código Civil, define otro contrato regulado dentro de la legislación guatemalteca referente a los préstamos, denominado como comodato que consiste en el contrato mediante el cual una persona entrega a otra, gratuitamente, algún bien mueble no fungible o semoviente, para que se sirva de él por cierto tiempo y para cierto fin y después lo devuelva.

Todas las denominaciones dadas anteriormente, hacen referencia a situaciones jurídico patrimoniales, que por estar contempladas para un fin específico dentro de la legislación guatemalteca, no pueden aplicarse bajo diferente sentido, dentro de la gestación asistida, puesto que generaría confusión y encuadraría en el sentido prohibitivo de tratar al vientre

³¹ Viteri Echeverría, Ernesto. **Op. Cit.** Pág. 297.



como una cosa dentro del lícito comercio, situación totalmente prohibida por las normas de derechos humanos y por el Artículo 1517 del Código Civil, que establece que solo es posible comercializar las cosas dentro del lícito comercio no así los derechos personalísimos.

2.7. Viabilidad jurídica del contrato de vientre de alquiler

Efectivamente, como anteriormente se ha venido estableciendo en el presente trabajo de tesis, sí resulta necesario establecer esta viabilidad jurídica que debe tener dicho contrato. En virtud que, al momento de utilizar este método reproductivo por las razones expresadas, la asistencia médica para implantar el embrión, es decir cuando ya se seleccionó el espermatozoide y el óvulo, y éste se implanta en el útero de la mujer que fue objeto de contratación o madre sustituta y quien citó. Recibe una compensación económica, antes, durante y después, del procedimiento debe darse esa certeza jurídica a las partes objeto de dicha contratación.

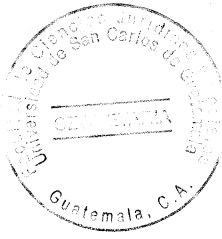
Al tener clara esta viabilidad jurídica, resulta necesario empezar a trabajar en sensibilización y educación sexual de la sociedad, y a involucrar a las iglesias de todos los cultos, explicándoles que este proceso si bien no es natural porque es asistido, no contraviene realmente principios religiosos, y lo que hace es que cada pareja desea tener su propia descendencia por consanguinidad.

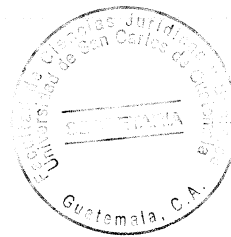
Además, no está demás decir que este proceso también se podría dar para que muchas personas que pertenecen a la población lesbiana, gay, homosexuales, transexual, entre



otros, para que puedan también tener acceso a una familia, aunque al principio será un choque crucial con la sociedad, pero como se expuso se trata propiamente de un procedimiento meramente científico, moderno y que el fin máximo para regularlo es mantener la prole de las personas de manera consanguínea.

A criterio del autor de este trabajo de investigación, la contraposición terminológica entre las denominaciones otorgadas a la maternidad subrogada y las instituciones jurídicas previamente reguladas en la legislación guatemalteca, constituye un obstáculo a la maternidad subrogada en Guatemala, sin mencionar las costumbres y tradiciones que existen en Guatemala, pero es innegable que es necesario, que se regule a través de la creación de leyes y reglamentos específicos que contengan los derechos y obligaciones de cada una de las partes involucradas en la gestación por alquiler de vientre.





CAPÍTULO III

3. El marco jurídico internacional de derechos humanos y derecho comparado del contrato de vientre en alquiler

Para iniciar con la regulación en cuanto al derecho comparado que se debe analizar en el presente trabajo de tesis y realmente por carecer de un marco jurídico e iniciativas para regular el contrato de vientre de alquiler y su protección desde los derechos humanos, es necesario analizar la legislación de algunos países por lo que a continuación se realiza ese análisis jurídico y comparativo con el sistema guatemalteco, aunque el mismo no esté por completo dentro del sistema positivo jurídico, ya que la legislación nacional tiene inmerso un iusnaturalismo que pareciera estar lleno de moralidad, lo que no permite que avance el sistema en concordancia con la ciencia y tecnología actual.

3.1. Antecedente del contrato de vientre de alquiler en Estados Unidos de América

Es uno de los países pioneros en virtud que por los adelantos tecnológicos y científicos han estado a la vanguardia de muchos métodos de reproducción, en primer lugar en granjas experimentales de animales y luego con el tema preciso que es la del contrato o en otro caso el arrendamiento del vientre o conocido como maternidad subrogada.

Otra de las cuestiones que se dan en este país, es que en los cincuenta Estados deciden independientemente qué políticas y leyes emplearan, para estar de la mano del desarrollo



mismo de la sociedad, en este caso son 18 Estados los que han trabajado en leyes básicas y generales de referencia de la subrogación materna, y otros realmente la prohíben y su aplicación es penal de llegar a hacer una cosa de estas.

Uno de los Estados vanguardista en estos temas, como se vio en el capítulo I, es precisamente el Estado de California, ya que desde los años setenta inició con el procedimiento, es decir, de la mano con los adelantos que la ciencia en ese momento presentaba, en cuanto a avances puramente genéticos.

Como antecedente en materia de legislación, en el año de 1993, en el Estado de California se ventilo un famoso caso donde se desarrolló la contratación de vientre, denominado en el *Common law*, como Johnson vs Calvert, en el cual se cita que, de no haber sido por la madre subrogada el ser (es decir el producto del embarazo) no existiría. Además, también se analizaron otros argumentos generales pero de gran trascendencia especialmente histórica para las sociedades como la guatemalteca.

3.2. Antecedente del contrato de vientre de alquiler en Inglaterra

Aquí la legislación siempre se le conoce como el verdadero *Common law*, por ser el país origen, donde han tratado de definir el concepto de madre subrogada simple, como el de madre, porque dentro de sus costumbres lo que analizan es que al final da a luz a un niño, por lo que no debe haber otra definición que disminuya el milagro de la vida, sin embargo, si se puede ver desde otro punto, esto lo que hace es de cierto modo reconocer derechos de madre en el contrato de vientre, a la madre subrogada.



En virtud de lo anterior, fue necesario que este país regulara de cierto modo este tipo de modalidad en la contratación, por lo que en la década de los noventa, autorizó que se podría realizar la fertilización humana, especialmente la embriología, pero si declaró una prohibición en cuanto a las cuestiones contractuales, en donde estableció que los contratos no son obligatorios y podría declararse violatorios en materia civil.

Además al ser un país tradicionalista, es complicado tratar de regular contractualmente dicho tema, porque se considera la subrogación como algo esencialmente lícito y gratuito, pero prohibido si se hace la contratación onerosa, es decir no hay una codificación legal amplia que permita el desarrollo del mismo como en el Estado de California en Estados Unidos de Norteamérica.

3.3. Antecedente del contrato de vientre de alquiler en Australia

En este país al ser un poco conservador, muchas instancias han sido precavidas en el tema, en virtud que dicho procedimiento se prohíbe de cierto modo, en virtud que al ser un país de origen más tradicional y religioso, es muy difícil que la ciencia le gane a la moralidad, aunque en el siglo XVIII, se separó la ciencia de la religión aún hay resabios de ese iusnaturalismo ético, arraigado en la mayor parte de países y Estados del mundo.

Una de las grandes diferencias es que ellos dividieron la maternidad subrogada comercial de la subrogación maternal altruista, la primera se castiga férreamente con prisión y en el mejor de los casos con multa, la segunda se realiza desde el anonimato de las familias.



Es decir en el capítulo II, se trató la diferencia entre una subrogación gratuita, la cual sería la permitida pero no publicada, y la subrogación onerosa, que sería en la que se impondría los castigos de realizarla, obviamente se considera en base al desarrollo de esta tesis que efectivamente se encubre el pago, al no haber contrato.

3.4. Antecedente del contrato de vientre de alquiler en Estados Unidos Mexicanos

La sociedad del vecino país de Estados Unidos Mexicanos, del cual se poseen muchas características, aprobó en el año 2010 La Ley Federal de Maternidad Subrogada, para el Distrito Federal, ya que al igual que en Estados Unidos de América, funcionan un sistema similar en el cual cada Estado tiene su propio ordenamiento y en común tienen su Constitución, esta ley empezó a funcionar en enero del siguiente año, la cual vale la pena analizarla en este trabajo de tesis, por lo que veremos en primer lugar, qué es lo que consideró en la legislación mexicana.

Al respecto dicha iniciativa fue presentada con proyecto de Decreto por el grupo parlamentario del partido de la revolución democrática, en la V legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la cual expuso en su momento que era necesario fortalecer el sistema jurídico con una ley que permitiera a las personas que no podían tener hijos y cumplir con los fines del matrimonio. En primer lugar brindar ese apoyo estatal y en segundo lugar dar certeza jurídica al resolver el problema que realmente representa la subrogación como salida a las parejas que no pueden tener sus propios hijos.



En dicho proyecto se define la maternidad como: “la relación que se establece por la procedencia del ovulo a partir de la madre... (y respecto de la madre subrogada)... la practica medica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre el producto de la concepción de otra”.

En ese sentido, en el Artículo primero de dicha ley establece que: “... la presente ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la maternidad subrogada...”. Y el mismo Artículo define lo que debe entenderse como maternidad subrogada.

Es decir, la maternidad se realiza a través de un centro médico, como una práctica médica, mediante la cual la mujer que presto de forma onerosa o gratuita el vientre, obviamente fecundado por un hombre, cual fuere, que vivan libremente, en matrimonio o en unión de hecho, hasta el nacimiento del nuevo ser.

En cuanto a los requisitos que debe contener el instrumento de maternidad, el título tercero de dicho proyecto mexicano, cita los siguientes:

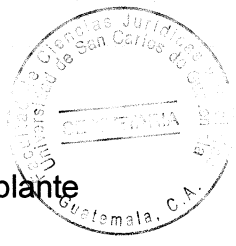
- a. “...Deberá ser suscrito por el padre, la madre subrogada y la mujer gestante.
- b. Ser habitante del Distrito Federal.
- c. Poseer la capacidad de goce y ejercicio.
- d. La madre subrogada debe acreditar mediante certificado médico su incapacidad para llevar a cabo la gestación.



- e. La mujer gestante debe otorgar su consentimiento para llevar a cabo la implantación de la mórula, y la obligación de procurar el bienestar y desarrollo del feto durante el periodo gestacional.
- f. Debe suscribirse por las partes, incluyendo nombres completos y firmas,
- g. Debe suscribirse ante un notario público
- h. Debe contener la manifestación de voluntad de las partes de que el instrumento se suscribe sin ningún fin de lucro, contar que la mujer gestante no ha participado en más de un procedimiento de maternidad subrogada.
- i. La mujer gestante debe decidir libremente respecto a si se da la interrupción del embarazo.
- j. El instrumento de maternidad subrogada debe ser notificado a la secretaria de salud y al registro civil para la filiación que el caso amerite.
- k. Llevar registro de los instrumentos de maternidad subrogada y los nacimientos que se hayan efectuado por este método...”

Se puede notar ya en México, específicamente en el distrito federal analizó la importancia de contar con un instrumento legal que permita este tipo de procedimiento médico, con fines muy específicos y sin contravenir la propia Constitución, lo que realmente es un gran adelanto para uno de los países vecinos que en muchas materias ha servido de ejemplo para los países menos desarrollados como Guatemala, y algunos países de centro américa.

Especialmente con el uso de técnicas de reproducción asistida y con los fines de conservación y procreación del propio ser humano, porque si bien es cierto comienza con

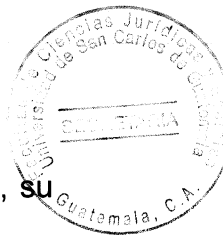


una fecundación *in vitro*, también se da una fecundación extracorpórea y luego el implante en el útero de una mujer, es aquí donde se desarrolla realmente la crio conservación de embriones a través de una congelación de semen y óvulos, pero siempre y cuando todo esto se puede dar si se cumplen con los fines máximos de conservación de la familia, que al final perennemente será la base de la cualquier sociedad en el mundo.

3.5. Primera conferencia mundial de los derechos humanos (Teherán 1968)

Esta conferencia se celebró el veintidós de abril al trece de mayo de mil novecientos sesenta y ocho, en donde se examinaron especialmente el progreso logrado desde que se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de los programas futuristas en materia de protección de derechos humanos en el mundo, uno de los temas más importantes es precisamente dirigido a todos los pueblos y gobiernos del mundo para que se consagren los derechos ahí declarados, y para que las personas tengan una vida libre, digna, que les permita alcanzar el equilibrio, el bienestar físico, emocional, mental, social e espiritual.

En ese sentido, con respecto a los derechos humanos de la familia, del derecho libre a convenir, al respeto, todos los Estados deben observar, proteger y fijar las libertades fundamentales de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, en ese sentido el alquiler de vientre de la madre subrogada a la madre gestante debiera ser un hecho libre en todas las sociedades del mundo, en virtud de que se trata de continuar libremente con su propia progenie, lo cual también es un derecho universal que tienen los seres humanos alrededor del mundo.



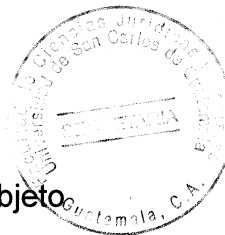
Es decir, al ser los derechos humanos un patrimonio innato de los seres humanos, su promoción y protección debe ser de gran responsabilidad primordial de los Estados y gobiernos del mundo, además de que se debe determinar libremente la condición de los seres humanos, sin perseguir su desarrollo económicos, social, cultural, civil, político, entre otros.

3.6. Asamblea General de Naciones Unidas, año 1975

Esta es precisamente una de las asambleas más importantes celebrada el diez de noviembre del año mil novecientos setenta y cinco, esto en virtud que se declaró la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad, en ese sentido, se citó que el progreso tecnológico se había convertido en uno de los factores más importantes del desarrollo de la humanidad.

Además, se tomaban en consideración que el progreso científico y tecnológico, creaba oportunidad para que los propios humanos avanzaran en muchos campos, especialmente si se mejoraba las condiciones de vida de los pueblos y las naciones.

En dicha asamblea especialmente en el Artículo dos se dejó lo siguiente: "... todos los estados tomaran medidas apropiadas a fin de impedir que los progresos científicos y tecnológicos sean utilizados, particularmente por órganos estatales, para limitar o dificultar el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona consagradas en la declaración de derechos humanos, en los pactos internacionales de derechos humanos y en otros instrumentos internacionales pertinentes..."



Además, en el Artículo tres se cita: "...todos los estados adoptaran medidas con objeto de garantizar que los logros de la ciencia y la tecnología sirvan para satisfacer las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población..."

Es ahí en donde tiene cabida la necesidad de la creación de un marco jurídico que permita la aprobación de una ley de maternidad subrogada en Guatemala, en virtud que además representa dicho procedimiento un adelanto tecnológico para hacer feliz a muchas familias que hoy no pueden tener hijos y necesitan de la ayuda del propio Estado para poder lograr los fines máximos de la familia, que es procrear a sus propios hijos.

3.7. Naciones Unidas, y la década de la mujer, año 1976-1986

Como se citó anteriormente, desde el año de mil novecientos setenta y cinco, se ha tratado de crear marcos jurídicos internacionales en cuanto a la protección de la mujer en ese sentido se realizará un listado de asambleas que se han llevado a cabo en las Naciones Unidas en distintos países para sensibilizar a los Estados y gobiernos que se debe proteger a la mujer como eje central y desarrollo de toda sociedad, en ese sentido las conferencias son:

- La mujer y la pobreza;
- La educación y capacitación de la mujer;
- La mujer y la salud;
- La violencia contra la mujer;



- La mujer y los conflictos armados;
- La mujer y la economía;
- La mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones;
- Mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer;
- Los derechos humanos de la mujer;
- La mujer y los medios de difusión;
- La mujer y el medio ambiente; y
- La niña, luego mujer.

Esto se ha llevado a cabo en distintas etapas celebradas en las conferencias de la protección de la mujer, es decir, se nota un amplio marco de protección para la mujer, por ende, en la contratación de la misma al momento de redactar dicha propuesta se puede incluir todo el marco de protección internacional que le asiste, y que no se dé una ley que la violente o mercantilice.

En ese sentido además de estas conferencias se han dado otras asambleas que a continuación se citan:

- Conferencia mundial del año internacional de la mujer en la ciudad de México, aquí se definió un plan de acción mundial para la consecución de los objetivos del año internacional de la mujer.



- La conferencia mundial del decenio de las Naciones Unidas para la mujer, se realizó con la ayuda de 145 Estados miembros, aquí se adoptaron medidas para garantizar la apropiación y el control de la propiedad por parte de las mujeres, así como las mejoras en el ámbito de protección de la herencia, custodia de los hijos, entre otros.
- La conferencia mundial para el examen y la evaluación de los logros del decenio de las Naciones Unidas para la mujer, se celebró con la participación de 157 Estados, y se analizan la igualdad de género a nivel nacional y se promueve la participación de la mujer en la sociedad.
- Luego de las nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la declaración y la plataforma de acción de Begin, en cuanto a los avances de la igualdad de género y desarrollo para el siglo XXI.
- En el año 2015, El consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, pidió a la comisión de la condición jurídica y social de la mujer, examinar y evaluar la aplicación de la plataforma de acción 2015, de la gran protección hacia la mujer que se debe garantizar en todos los sentidos.

3.8. Convención Americana, Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Como se ha desarrollado la presente tesis, no solo la definición de lo que es la madre subrogada, la gestante, la relación contractual que nace en estas si fuera onerosa, o la



gratuidad en la donación del espermatozoide y le ovario, así como las distintas teorías estudiadas para analizar la personalidad del que está por nacer, además del marco amplio de protección de la mujer, es necesario también que se analice lo referente a la protección del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, para lo cual se debe iniciar con el artículo 2, el cual establece los siguiente: "... cada uno de los estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y este sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.."

En ese sentido el referido pacto, específicamente ratificado por Guatemala y actualmente en vigor en el Estado, está sujeto a respetar lo que indica el mismo, y en el Artículo 23, inciso 1, establece lo siguiente: "...la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado...", efectivamente uno de los fines de la celebración de un contrato de alquiler de vientre, como salida a la madre subrogada de poder contratar libremente a la madre gestantes es esa, la necesidad de tener una familia integral, del derecho a tener hijos, de ser el elemento fundamental de la sociedad como familia.

En el mismo Artículo 23. Inciso 2, establece lo siguiente: "...Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad para ello...", aquí efectivamente se habla del matrimonio de un hombre y una mujer, sin embargo dejó abierto el concepto de familia que en el mundo ya no es el mismo, pero



para fines del desarrollo de esta tesis, efectivamente se reconoce el derecho de fundar una familia, y en el caso de los que no pueden procrear naturalmente como se abordó en el capítulo II de este trabajo, existen mecanismos tecnológicos para poder hacerlo, lo que fortalece aún más el deseo de poder regular dicho contrato dentro de la legislación guatemalteca, como una necesidad de urgencia, ante el deseo de fortalecer la institución de la familia en la sociedad.

En los incisos 3 y 4, establece lo siguiente: “. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes...”, en ese sentido la legislación civil así lo establece, no se tiene inconveniente, al contrario dicho pacto lo fortalece.

En el inciso 4 se cita: “...Los Estado partes en el presente pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio y en caso de disolución se adoptaran disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos...”.

En este sentido, la protección del matrimonio y de los hijos es muy importante, porque precisamente ese es uno de los objetivos del desarrollo de la presente tesis, y poder demostrar que es necesario la regulación específica de dicha relación contractual para que muchas familias puedan tener acceso a tener a sus hijos e hijas.

En el Artículo 24, de dicho pacto, también se regula la protección que tienen los niños y niñas, al respecto establece el inciso 1: “...Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religiosa, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de



menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y estado...”, en ese sentido también se da la protección al niño o niña.

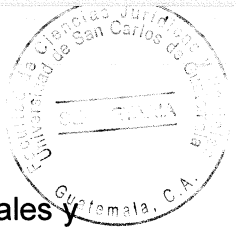
En el mismo Artículo 24, inciso 2 establece: “...Todo niño o niña será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre...”.

Aquí cuando se habla del proyecto de ley del distrito federal en este capítulo, se ve el procedimiento que incluye los registros del menor en las diferentes instancias que se requieran, como lo es en el caso de Guatemala, en el Registro Nacional de las Personas, y en el capítulo II, se habló también de los derechos de la filiación a que los niños o niñas nacidas de una madre subrogada tienen los mismos derechos.

Para terminar con el pacto, en el Artículo 24, inciso 3 establece que: “...todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad...”, este es un derecho fundamental protegido en Guatemala, por lo que el niño nacido con los procedimientos que se establecieron en los tres capítulos tratados hasta ahora y objetos de esta tesis, no tienen ninguna limitante para el niño o niña nacida a través de estos procedimientos.

3.9. Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales

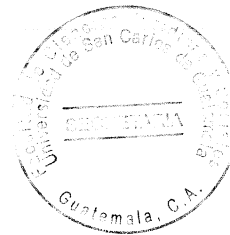
En cuanto al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este regula generalmente los derechos a que toda persona tiene derecho de forma universal, y en Guatemala, dicho pacto es parte de la legislación vigente.



Es de hacer notar que dichos derechos están protegidos por Tratados internacionales y regionales, así como por algunas Constituciones, entre los principales derechos que permiten el desarrollo a los ciudadanos, de cada Estado se tiene:

- a. El derecho a la alimentación.
- b. El derecho a la vivienda adecuada.
- c. El derecho a la salud, y como se ha desarrollado en los capítulos que anteceden es uno de los derechos vitales en cuanto a la salud integral en el proceso científico del manejo de un espermatozoide y un óvulo, además de todo el proceso que este conlleva hasta el nacimiento del niño o niña.
- d. El derecho al agua y al saneamiento.
- e. El derecho a la seguridad social.
- f. El derecho a la participación en la vida cultural.
- g. El derecho al trabajo entre otros.

Es decir, este Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le da a los ciudadanos de un país o Estado la protección integral en estas materias, obviamente y como es de conocimiento de todos en este país, muchos de estos derechos son denominados derechos en papel, ya que púes se sabe del subdesarrollo que el país tiene en el interior, pero en general si esta la regulación, que es lo que muchos países no tienen por lo menos en esta materia.



3.10. La importancia de la ley de maternidad saludable

Efectivamente la Ley de Maternidad Saludable, Decreto número 32-2010, del Congreso de la República de Guatemala, es una valiosa herramienta legal en virtud que la misma se crea como eje de protección de derechos humanos y porque se asumen compromisos de Estado ante las Naciones Unidas, en la plataforma de acción emanada en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, y en el desarrollo de otras cumbres, como la Cumbre del Milenio, además, porque los niños y niñas deben protegerse integralmente, garantizando condiciones de vida saludable y la protección a la mujer embarazada por los riesgos que sufren las mujeres y neonatos.

En ese sentido dicha ley, establece en el Artículo 1 que: "...objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la creación de un marco jurídico que permita implementar los mecanismos necesarios para mejorar la salud y calidad de vida de las mujeres y del recién nacido, y promover el desarrollo humano a través de asegurar la maternidad de las mujeres, mediante el acceso universal, oportuno y gratuito a información oportuna, veraz y completa y servicios de calidad antes y durante el embarazo, parto posparto, para la prevención y erradicación progresiva de la mortalidad materna-neonatal".

Aquí la protección es integral, lo cual no está por demás decirlo, pero se debió ampliar dicho artículo, en cuanto a la protección que se debe dar a la maternidad subrogada, para que la ley fuera integral, pero también se debe recordad que siete años después los avances en la ciencia y tecnología son diferentes, es decir hay más desarrollo.



Otros de los avances de esta ley, lo hace a través de principios rectores tales como:

- a. Principio de gratuidad.
- b. Principio de accesibilidad.
- c. Principio de equidad.
- d. Principio de respeto a la interculturalidad.
- e. Principio de sostenibilidad.

Señala además dentro de la ley una ruta de protección para la mujer embarazada empezando por:

- El acceso universal a los servicios de salud materna neonatal.
- La protección de las condiciones para un embarazo saludable.
- La atención obligatoria durante el embarazo.
- La atención obligatoria durante el parto.
- La atención obligatoria en el posparto.
- La salud neonatal.
- La atención en los centros de atención materno infantil y centros de atención permanente.
- La atención en las casas maternas con pertinencia cultural.
- La regulación de los servicios privados.
- El aseguramiento de la maternidad saludable, a través de la comisión para la maternidad saludable.



Esta comisión es muy importante porque a la hora de la aprobación de la ley de maternidad subrogada, se deben incluir instituciones citadas en la ley de maternidad responsable como:

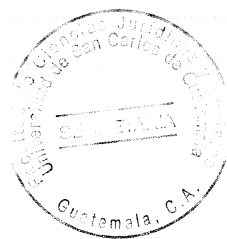
- Ministro de Salud.
- Viceministro de Hospitales.
- Sistema Nacional de Salud Reproductiva.
- Programa Nacional de Salud Reproductiva.
- Centro Nacional de Epidemiología.
- Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.
- Comisión de Salud del Congreso de la República.
- Secretaria de Planificación y Programación de la Presidencia SEGEPLAN.
- Asociación Guatemalteca de Mujeres Médicas.
- Asociación de Ginecología y Obstetricia de Guatemala, OSAR.

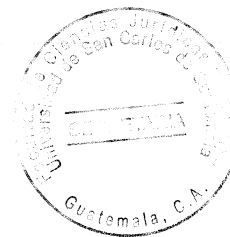
Es decir, si se puede adaptar dicha comisión por las instancias que se debe de estudiar para el desarrollo de todo el contenido y lo que significaría el regular el contrato de vientre de alquiler, así como la integración del Registro Nacional de las Personas.

Asimismo, por la gran importancia que se vive en el mundo, por los avances de la ciencia en esta materia, por la oportunidad que tienen las familias que no tienen hijos de tenerlos y mejorar la vida cumpliendo con los fines del matrimonio, es necesario darle vida a este tipo de ordenamiento y aprovechar los avances que se han dado en la medicina, ya que



las parejas que son estériles, hoy tienen la oportunidad de ganarle a la naturaleza y ser felices en todo el desarrollo integral.





CAPÍTULO IV

4. El alquiler de vientre dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

La temática relativa a la reproducción de la mujer, con relación a la reproducción humana, es muy antigua, la Biblia relata el ejercicio de la planificación familiar y los aspectos reproductivos, relacionados sobre todo con los patriarcas del pueblo de Israel, quienes como consecuencia de que sus esposas no podían procrear, acudieron a sus esclavas para hacerlo. Es hasta la Edad Moderna, que se determinan de manera medico ginecológica técnicas eficientes que pretenden suplir las deficiencias humanas reproductivas.

En materia de derechos humanos se desarrollan los derechos de segunda generación y dentro de ellos, la protección a la familia y la reproducción, así como el derecho a una salud integral, todas garantizadas a través del Estado.

A partir del reconocimiento de la sexualidad y la reproducción, como derechos humanos y no como simples eventos o sucesos biológicos, su protección y manejo ha comenzado a expandirse y a basarse en información certera, confiable, y con una libertad, que permite a los seres humanos manejarse con soltura en estos ámbitos, libres de coacciones, prohibiciones y discriminación, facilitando el acceso a métodos de planificación y reproducción humana con mayor facilidad a diferencia de las épocas anteriores, mismos que el Estado de Guatemala debe proteger y garantizar a todos los ciudadanos de la República.



4.1. El alquiler de vientre y los derechos humanos

Considerando que la maternidad es un elemento determinante de la formación de la familia; y que esta última constituye la base fundamental de la sociedad, la trascendencia del papel de la maternidad subrogada sobre la conformación familiar es imperante analizar.

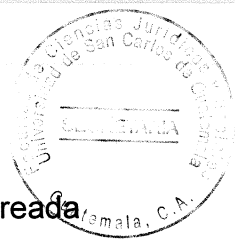
Esta se encuentra conceptualizada de conformidad con la autora Beltranena: “como el agregado social constituido por personas ligadas por el vínculo del parentesco”.³² Por su parte Garlindo Garfias, citada por la autora Beltranena explica que: “en sentido amplio, la familia se define, como el conjunto de personas (parientes) que proceden de un mismo progenitor común, que establecen vínculos entre sus componentes de diverso orden e identidad, a los que el derecho objetivo le atribuye el carácter de derechos, obligaciones y facultades, y derechos de naturaleza especial”.³³

La concepción de un ser, en ese orden de ideas, radica esencialmente en la fecundación del óvulo de la mujer para que se desarrolle durante el proceso de gestación culminando con el parto de un niño que nazca en condiciones de viabilidad.

Por lo que el menor nacido de un óvulo distinto a la madre que lo crie, será siempre, de conformidad con lo citado, familia del dueño del óvulo.

³² Beltranena de Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Pág. 104.

³³ **Ibid.** Pág. 106.



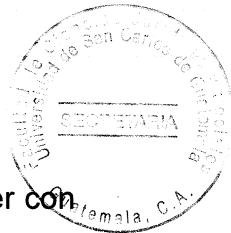
Bajo estos lineamientos, la familia se encuentra determinada por el parentesco, creada por la descendencia de un progenitor, siendo este el que concibe. La familia, es constituida por el matrimonio y la filiación como fuentes primarias y como fuentes secundarias la tutela y la patria potestad.

De igual manera lo explica el autor Garfias citado por Soto Álvarez, al señalar que “las fuentes reales del derecho de familia están constituidas por el hecho biológico de la generación y la conservación de la especie y el hecho social, de la protección de la persona humana en el caso de menores e interdictos. De esta fuente nacen las instituciones básicas del derecho de familia a saber; el parentesco, la filiación, el matrimonio y el concubinato”.³⁴

Guatemala no es la excepción a esta afirmación, la familia y la unión de hecho, constituyen la base principal de la organización social, el matrimonio de conformidad con la definición legal en Guatemala consiste en “la institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí” tal como lo establece el Código Civil, Artículo 78.

En el mismo sentido, la otra figura por medio de la cual se puede crear filiación, tal como lo menciona Garfias es la Unión de Hecho, a la cual se le conoce doctrinariamente y en algunas legislaciones internacionales como concubinato. Legalmente el Código Civil de

³⁴ Soto Álvarez, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil**. Pág. 99.



Guatemala define la unión de hecho como: La unión de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer el matrimonio, siempre que se haya mantenido constantemente y por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales cumpliendo con los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y auxilio recíproco.

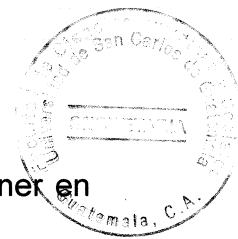
Estas dos figuras señalan los posibles sujetos principales de la maternidad subrogada; los cuales en el cumplimiento de los fines del matrimonio, deseen procrear y le es imposible físicamente, pero que al amparo de las nuevas tecnologías reproductivas, deseen someterse al proceso.

4.2. La tentativa de la adopción como remedio a la crisis de infertilidad

Este es un tema muy complejo, puesto que en el caso de la adopción que en este momento es la opción en Guatemala, en virtud de no tener regulado el vientre de alquiler para fines específicamente de mantener la progenie, o descendientes con la misma sangre por así decirlo, sin entrar a cuestiones puramente científicas.

La Ley de Adopciones permite adoptar y pasa a formar parte de una institución social de protección y de orden público, que tutelada por el propio Estado, por lo cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.

En ese sentido la diferencia radica en que cuando se da el contrato de vientre de alquiler se realiza el mismo con fines puramente de transmisión de los genes de los padres aunque sea un vientre alquilado, en el caso de la adopción, no es el mismo criterio, ya



que esta funciona realmente con tomar el hijo biológico de otros padres, sin tener en cuenta quienes son, y muchas parejas no quieren tener esta opción como su primera opción, esta adopción sería un caso excepcional puramente.

Otra de la cosas que se da en la institución de la adopción es que se puede adoptar, niños, niñas y adolescentes cuyos padres han perdido la patria potestad en sentencia firme o que dichos padres hayan expresado que no desean o no quieren a sus hijos, además, habría que determinar después de un proceso largo, la idoneidad del adoptante y cuáles son los fines reales por los que adopta después del propio proceso de adaptabilidad que señala el Decreto 90-2005, del Congreso de la República de Guatemala, o Ley de Adopciones.

Otra de las ventajas que tiene la adopción es que ya se cuenta con instituciones encargadas de la misma, como lo es que la autoridad centra es el Consejo Nacional de Adopciones, conocido como CNA, que es autónoma y de derecho público, con su propia personalidad jurídica y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Además, dicho consejo será la autoridad de conformidad con el convenio de la Haya, por lo que cuenta con una estructura orgánica general, que además cuenta con muchos órganos de control.

Esto es lo que se necesita para poder crear la legislación en materia contractual en cuanto a la incorporación de la legislación necesaria para que muchas parejas puedan celebrar el contrato de alquiler de vientre, o una sola persona con la donación de cualquiera de



los dos elementos esenciales que se necesitan para crear una nueva vida, es decir una espermatozoide que ya fue revisado que goza de total seguridad médica para el fin requerido y un ovario que reúna las mismas condiciones médicas, (unión de espermatozoide-ovulo), luego ya se da todo el proceso visto y analizado en este capítulo con anterioridad, para poder traer a la vida a una criatura deseada por padres que la necesitan para cumplir con los fines del matrimonio, que es procrear, aunque de manera asistida y luego cumplir con los demás fines, como criar, educar, consentir, entre otros.

4.2.1. Forma en la que se podría desarrollar el contrato de alquiler de vientre

Aquí a pesar de la falta de legislación adecuada para trabajar el tema en Guatemala, se debe iniciar indicando que la forma, por el tipo de contrato, debería ser de carácter meramente consensual y solemne, esta solemnidad iría en escritura pública, porque estaríamos ante un contrato que encierra un acontecimiento muy importante que es dar vida a un nuevo ser, ahora previo a darle esta forma debería de haber una institución ante la cual se tramite la autorización, que podría ser la Procuraduría General de la Nación, y después del estudio económico social, trasladar el trámite ante un juez de familia, para que emita la autorización nombre notario para que realice el trámite de escritura, obviamente por el carácter médico, un ministerio, como el caso del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, debiera ser el ente contralor en todo el proceso técnico biológico, como se establece más adelante. Posterior a esto se analizó anteriormente la capacidad legal de las partes, aquí no tenemos ningún inconveniente porque nuestra legislación en materia civil nos da los parámetros para la capacidad de goce y capacidad de ejercicio, pues que es a la mayoría de edad.



4.3. Propuesta de incorporar el alquiler de vientre dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

La maternidad subrogada o alquiler de vientre, nace a raíz de la experimentación científica, con el objeto de brindar, a aquellas parejas que por diferentes razones no pueden procrear, una opción del acceso a ser padres, por lo antes expuesto, nace la necesidad de establecer un procedimiento legal y jurídico para hacerlo.

4.4. Análisis de los requisitos que se podrían dar en el alquiler de vientre

En primer lugar en el capítulo I, se realizó un breve análisis del consentimiento, y es que en este tipo de contrato atípico del alquiler de vientre es muy complejo este tema, en virtud que este consentimiento prestado en realidad está compuesto por varias voluntades integradas y obviamente llenas de intereses opuesto, porque cada parte tiene un pretensión diferente, porque esta autonomía de la voluntad técnicamente rige la subrogación del vientre gestante.

Hay que recordar también que cualquier persona es libre de deponer de su cuerpo como mejor le parezca, y esto no debe ir necesariamente en contra de la moral y buenas costumbres, porque se puede acordar el contenido del mismo contrato sin que este sea contrario a la misma ley.

Al analizar, por ejemplo, el consentimiento que dan los padres biológicos que tiene el fin de procrear, la madre gestante lo hace con un fin económico y ambos en la relación



crean, modifican y posteriormente extinguen esa relación jurídica que se da en este tipo de contrato.

En cuanto a qué beneficios se puedan ganar, aquí en este tipo de contrato si es oneroso, por el uso del útero de la madre subrogada y nacimiento del hijo biológico se deberá pagar una compensación económica, la cual puede ser de suma dinero y el monto lo determinan los contratantes en este tipo de contratación, obviamente en Guatemala va a ser complicado llevar a cabo este tipo de procedimientos si no se tiene el marco legal adecuado, pero no solo positivamente, sino también sensibilizado en la sociedad enmarcada de conductas machistas primitivas o con poca evolución científica.

Para el efecto se analizaran los pasos en que se podría llevar a cabo dicha contratación en base a que en muchos países este procedimiento no es complicado, sino solamente es un procedimiento rutinario del que hacer en un país desarrollado.

4.4.1. Ente de salud que autorizaría dicho procedimiento médico

Aquí tendría que ser el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, quien debe ser el que emita dicha autorización, en virtud que es la cartera encargada de la salud en Guatemala, esto porque en cuanto a la atención de la madre sustituta podría tener problemas que necesitan de la atención desde el comienzo del proceso, hasta el nacimiento del niño.



Además, como se explicó en el punto anterior, también esta autorización debiera darse antes de llevar a cabo el procedimiento, esto realmente garantizaría a los padres, a la madre gestante y al que está por nacer que nazca con una buena salud.

4.4.2. Forma del contrato de vientre de alquiler

Tendría que ser necesariamente un tipo de contrato consensual y solemne, en virtud que lo que se está dejando por escrito es el simple consentimiento de las partes, y en las cláusulas los derechos y obligaciones de las partes, dicho contrato tendrá un plazo de vigencia, y las partes intervinientes conocen la fecha de terminación del mismo, porque además es cierto y determinado.

4.4.3. Atendiendo al tipo de obligaciones

En este tipo de contrato por la naturaleza misma, genera obligaciones recíprocas entre las partes, así como derechos, éstas normalmente deben ser interdependientes entre los padres y la madre sustituta, es decir son ambos deudores y acreedores. Y el fin perseguido como se explicó anteriormente, puede darse de forma onerosa o gratuita.

4.5. Obligaciones de los padres biológicos y la madre sustituta

Existen obligaciones generales que deberían estar dentro del contrato y que ambas contratantes debieran realizar como parte de las obligaciones bilaterales, entre estas se tienen:



- Los padres biológicos deberán correr con todos los gastos pre y post.
- Sometimiento a los exámenes médicos de rigor. (Debiera incluir ITS/VIH-SIDA.
- Entregar el ovulo fecundado, para la implantación del huevo fecundado.
- Los padres biológicos deben pagar una prestación antes, durante y posterior a la madre gestante.
- La responsabilidad de los padres genéticos del niño o niña si es saludable o no.
- Se debe estipular la edad mínima para la madre gestante, que podría ser de unos 25 a 35 años.
- La madre gestante debe cuidarse para cuidar al que está por nacer
- La prohibición como límites de bebidas alcohólicas, estupefacientes, drogas, parrandas etc...
- De ser necesario someterse a tratamientos hormonales
- Guardar reposo
- Notificar cualquier problemas a los padres genéticos y
- Entregar al niño al nacer, salvo pacto de amamantarlo un tiempo.

4.6. Necesidad de registro banco de datos

Aquí se consideraría necesario que tanto el Registro Nacional de las Personas, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y la Procuraduría General de la Nación, debieran tener registros de las personas que se puedan ofrecer como madres subrogadas para el alquiler de vientre, así como los registros de los donadores de gametos, además el ministerio de salud, tener el control de los centros médicos privados



así como sus bancos de espermas y óvulos, estos debe estar registrados debidamente, en virtud que se podría prestar para otro tipo de fines, por lo que por la importancia del tema registral debe ir acompañado de mucho órganos de control multidisciplinarios.

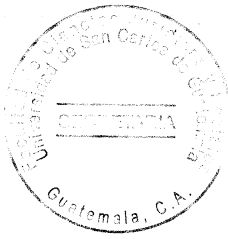




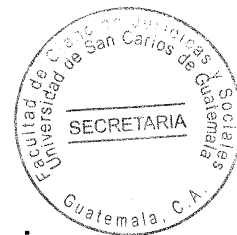
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La investigación se elaboró con el objetivo de establecer los diferentes supuestos que determinan el cumplimiento de protección de los derechos humanos en Guatemala, puesto que aún no está legislado el contrato de alquiler de vientre en dicho ordenamiento jurídico. Los derechos humanos, constituyen el eje transversal del desarrollo de la sociedad guatemalteca, cuyo objetivo es proteger la dignidad de la persona contra cualquier situación que los perjudique; Guatemala, es un miembro activo de la Organización de las Naciones Unidas, por lo que los instrumentos de derechos humanos que ha suscrito le obligan a promover acciones que tiendan a protegerlos y no a vulnerarlos; por lo que tanto la doctrina como el contenido de estos, la imposibilitan a aprobar una ley de alquiler de vientre que tienda a limitar cualquier derecho previamente reconocido.

El procedimiento de incorporación de las leyes en materia de derechos humanos en Guatemala, contempla una etapa de verificación para constatar que los derechos previamente reconocidos no sean vulnerados por la nueva normativa; en el caso específico de la regulación de la maternidad subrogada, es necesario verificar si se cuenta con otras leyes que respalden la protección en derechos humanos en materia sexual y reproductiva, para que en concordancia con las mismas se pueda regular el alquiler de vientre. Por lo que sería de vital importancia que se inviten a las Comisiones del Congreso de la República de Guatemala que tengan injerencia con dichos derechos, para que se analicen y se creen propuestas para regular dichos temas, previo a normar lo que corresponde a maternidad subrogada.



BIBLIOGRAFÍA



AGRUPACIÓN DE MUJERES TIERRA VIVA. **Salud integral de las mujeres.** Guatemala: Editorial Tierra Viva, 1998.

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala.** Volumen 67. Tomo I. Guatemala: Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1973.

ARAMBULA R. Alma. **Maternidad subrogada.** México: Editorial Senado de la República Mexicana, 2008.

ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial.** 6ª ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, SRL., 2000.

ARRUABARRENA, I. y De Paúl, J. **Maltrato a los niños en la familia.** 6ª ed. España: Editorial Pirámide. 2001.

BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil.** 4ª ed. Guatemala: Editorial Académica Centroamericana, 2001.

BENITEZ ORTUZAR, Ignacio F y OTROS. **Estudio jurídico penales sobre genética y biomedicina.** España: Editorial Dyckinson, 2005.

BERNARD MYNARD, Rafael. **Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana.** Caracas, Venezuela: Editorial Universidad Católica Andrés Bello, UCAB, 2000.

BLAZQUEZ, Nicieto. **Bioética fundamental,** Madrid, España: Editorial Biblioteca de Autores Cristianos, 1996.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Guatemala: Editorial Estudiantil Fenix, 2001.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil.** Buenos Aires, Argentina: Editorial De palma, 1987.

CONTRERAS ORTIZ, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles (Parte General).** Guatemala: Editorial Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

FELSEN, Matías Javier. **Matrimonio en el derecho internacional.** Rosario, Argentina: Tesis de Grado, Universidad Abierta Interamericana, 2004.

FEDERICO, Engels. **El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado.** 1ª ed. Madrid España: Editorial Fundación Federico Engels, 2006.



JULIEN, B. **La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia.** Puebla Mexico: Editorial Jose M. Cajica, 1945.

LAGARDE, Marcela. **Serie estudios básicos de derechos humanos Tomo IV, Identidad de Género y derechos humanos: la construcción de las humanas.** San José, Costa Rica: Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

LÓPEZ, Guisela. **Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.** Guatemala: Editorial Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos, 2002.

MEDELLIN Carlos J. y Carlos Medellin. **Lecciones de derecho romano.** 10ª ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1997

MODESTINO.F. ***Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*** Digesto 23.2.1, 48.(Año 170-228).

REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS. **Informe solicitado a través la oficina de Acceso a la Información. Inscripciones de menores por menores de edad, años 2012-2016.**

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Convención sobre los derechos del niño, aprobada por el Honorable Congreso de la República de Guatemala, 1990.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de Naciones Unidas, 1948.

Código Civil de Guatemala. Decreto Gubernativo Número 176, Justo Rufino Barrios, 1877.

Código Civil de Guatemala. Asamblea Nacional Legislativa, 1933.

Código Civil de Guatemala. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, Enrique Peralta Azurdia, 1964.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92, Congreso de la República de Guatemala, 1992.



Reformas al Decreto Ley número 106 del Jefe de Gobierno, Código Civil. Decreto No. 8-2015, Congreso de la República de Guatemala, 2015.

Ley de Acceso a la Información Pública. Decreto 57-2008, Congreso de la República de Guatemala, 2008.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003, Congreso de la República de Guatemala, 2003.