

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



ASPECTOS CIVILES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA
Y SU INCIDENCIA EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

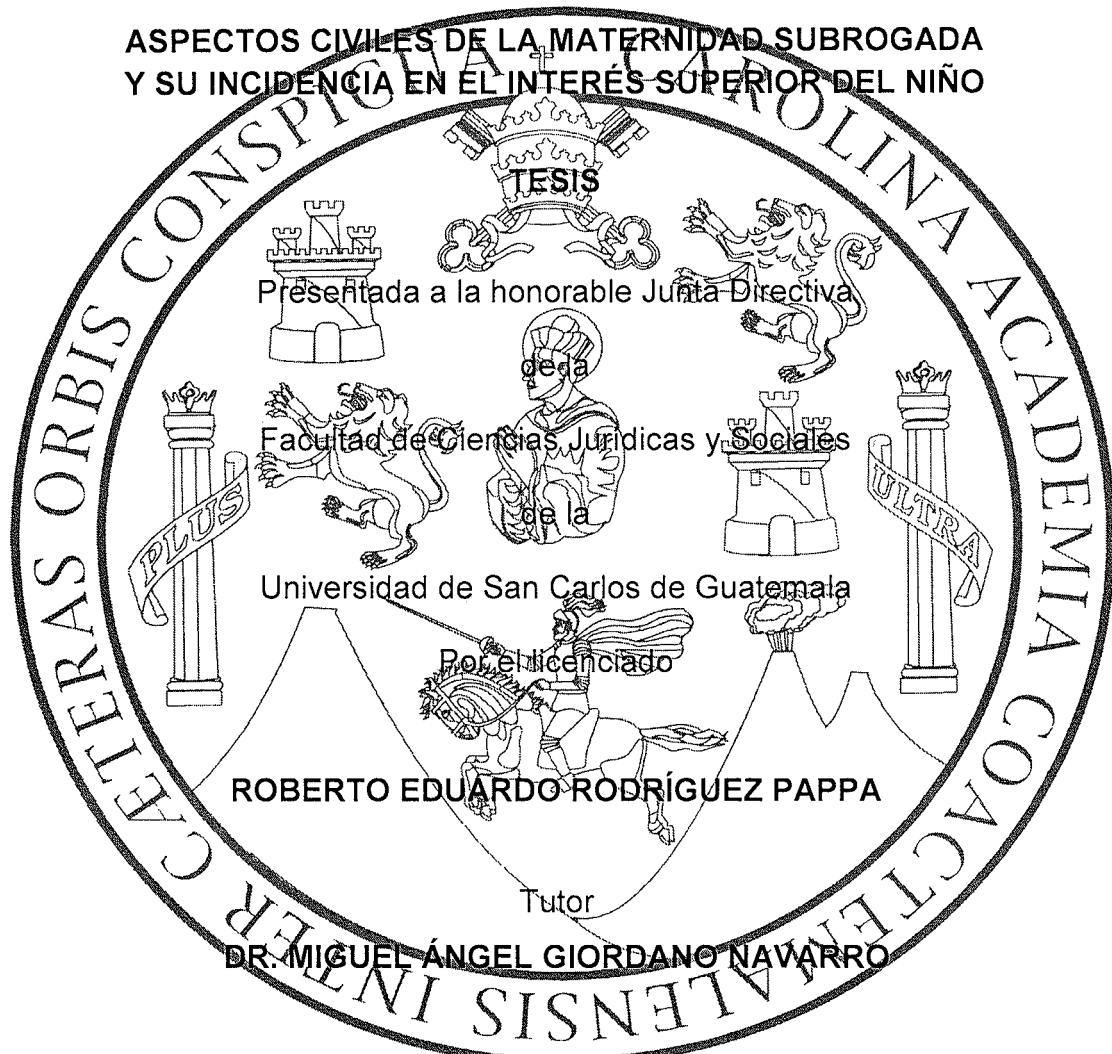
LIC. ROBERTO EDUARDO RODRÍGUEZ PAPPÀ

GUATEMALA, MAYO DE 2021

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

**ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

**ASPECTOS CIVILES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA
Y SU INCIDENCIA EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**



Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, mayo de 2021

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

VOCAL I:	Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez (en sustitución del decano)
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
SECRETARIA:	Lcda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

DECANO:	Lcda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
		(En sustitución del decano)
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dra. María del Rosario Velásquez Juárez
SECRETARIA: MSc. Mayra Yojana Véliz López
VOCAL: MSc. Vilma Liceth Rojas Montejo

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).

Dr. Miguel Ángel Giordano Navarro
7ª. Avenida. 6-53 Edificio El Triangulo
Oficina 72. Tel: 23390104

Guatemala, 09 de septiembre de 2019

Señor Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Guatemala

Señor Director:

Atento, me dirijo a usted con el objeto de manifestarle que en resolución emitida por la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala el quince de marzo de dos mil diecisiete, en la cual, se me nombro Tutor del Licenciado Roberto Eduardo Rodríguez Pappa para la elaboración de la tesis: "Aspectos Civiles de la Maternidad Subrogada y su incidencia en el Interés Superior del Niño".

Por lo anterior, manifiesto que el Licenciado Roberto Eduardo Rodríguez Pappa concluyó a satisfacción el trabajo de tesis para el cual se aplicaron los principios, procedimientos y metodología concernientes a la investigación científica, así como las disposiciones que regula la normativa vigente para los trabajos de graduación en los postgrados de esa casa de estudios. La tesis realizada por el maestrante constituye un valioso aporte al Derecho Civil ya que el tema investigado es novedoso y abarca un problema que no tiene asidero legal en nuestro país.

El trabajo realizado reúne los fundamentos académicos, legales y doctrinarios propios de la investigación científica y el uso de métodos y técnicas de investigación apropiadas que permite comprender el problema planteado, por lo cual me permito otorgar DICTAMEN FAVORABLE al trabajo de tesis "Aspectos Civiles de la Maternidad Subrogada y su incidencia en el Interés Superior del Niño", presentado por el Licenciado Roberto Eduardo Rodríguez Pappa para solventar los requisitos legales de la maestría de Derecho Civil y Procesal Civil.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted como su atento servidor.

LIC. MIGUEL ANGEL GIORDANO NAVARRO
ABOGADO Y NOTARIO

Dr. Miguel Angel Giordano Navarro
Tutor de la Tesis.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 14 de mayo del dos mil veintiuno.-----

En vista de que el Licenciado Roberto Eduardo Rodríguez Pappa aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil** lo cual consta en el acta número 191-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **"ASPECTOS CIVILES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU INCIDENCIA EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO"**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A DIOS:

De Él es toda la honra y toda la gloria. Le doy infinitas gracias porque sin su misericordia y ayuda no hubiera alcanzado esta meta.

A MI ESPOSA E HIJOS:

Olga, Roberto, Freddy y Diego, porque compartieron conmigo todos los esfuerzos y sacrificios para llegar a este momento.

A MIS PADRES:

Freddy y Sandra, por haberme motivado y alentado para no desmayar y seguir adelante en mi superación académica. ¡Para ti, mamá!

A MI HERMANO:

Jorge Ignacio Rodríguez Pappa.

A:

Todas aquellas personas que me han ayudado. Mil gracias y bendiciones para cada uno.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derechos humanos y maternidad subrogada	1
1.1. Los nuevos problemas que el derecho debe solucionar	1
1.2. El derecho del ser humano a tener derechos	5
1.3. Los derechos humanos en el contexto de la maternidad subrogada	7
1.4. Derecho a la vida	13
1.5. Derecho a la familia	15
1.6. Derecho a la identidad	15
1.7. Derecho a la protección estatal	17
1.8. Derecho a formar una familia	17
1.9. Derechos reproductivos y derechos sexuales.....	22
1.10. Casos de resolución complicada	23
1.11. Derecho natural y derecho positivo en la maternidad subrogada	26
1.11.1. Derecho natural	26
1.11.2. Derecho positivo	29

CAPÍTULO II

2. El contrato	33
2.1. Aspectos generales	33
2.2. Requisitos del contrato en la legislación guatemalteca.....	35
2.2.1. Capacidad legal de quien manifiesta su voluntad	36
2.2.2. Consentimiento	38
2.2.2.1. Oferta y aceptación	40
2.2.2.2. Vicios del consentimiento	41
2.2.2.3. Error	41
2.2.2.4. Clases de error	43
2.2.2.5. Dolo	45



	Pág.
2.2.2.6. Violencia	49
2.2.2.7. Simulación	53
2.2.3. Causa del contrato	55
2.2.4. Objeto del contrato	59
2.2.4.1. Lícito	61
2.2.4.2. Posible	63
2.2.4.3. Determinado	66
2.3. Principio de la autonomía de la voluntad y principio del interés superior del niño ..	67
2.4. Principio de la autonomía de la voluntad	67
2.4.1. La libertad de las personas para contratar	71
2.4.2. Campo de actuación del principio de la autonomía de la voluntad	72
2.4.2.1. La forma del contrato	72
2.4.2.2. El contenido del contrato	73
2.5. Principio del interés superior del niño	75

CAPÍTULO III

3. Contrato de maternidad subrogada.....	85
3.1. ¿Qué es la maternidad subrogada?	85
3.2. Clases de maternidad subrogada	86
3.3. Material genético	89
3.4. Inseminación artificial y fecundación <i>in vitro</i> , breve referencia	90
3.5. Contrato de maternidad subrogada	92
3.6. Campo de validez del contrato civil de maternidad subrogada en Guatemala	93
3.7. ¿Qué clase de contrato es la maternidad subrogada?	94
3.7.1. Compraventa	94
3.7.2. Arrendamiento	96
3.7.3. Prestación de servicios	98
3.7.4. Contrato <i>sui generis</i>	99
3.7.5. Contrato civil atípico	99
3.7.6. Contrato mercantil	100



	Pág.
3.7.7. Contrato laboral	101
3.7.8. Contrato civil biojurídico	102
3.8. Características del contrato de maternidad subrogada	103
3.9. Sujetos que intervienen en el contrato de maternidad subrogada	105
3.10. Aspectos del contrato entre los padres intencionados y agencias dedicadas a la maternidad subrogada	107
3.10.1. Objeto del contrato	107
3.11. Aspectos del contrato entre los padres intencionados y la mujer gestante	111

CAPÍTULO IV

4. Incidencia del contrato civil de maternidad subrogada en el interés superior del niño ..	115
4.1. Moral	115
4.2. Ética y ética profesional	117
4.3. Bioética	119
4.4. Orientación filosófica de la bioética	122
4.4.1. Principios específicos de la bioética	123
4.4.1.1. Respeto de la autonomía	123
4.4.1.2. Principio de no maleficencia	124
4.4.1.3. Principio de beneficencia	125
4.4.1.4. Justicia	126
4.4.2. Ética Kantiana	127
4.4.3. Relación con los derechos humanos	128
4.5. Bioderecho	135
4.6. Principios del bioderecho	138
4.7. El contrato civil y el bioderecho	141
4.8. Incidencia negativa del contrato de maternidad subrogada en el interés superior del niño	147
4.9. Problemas que pueden suscitarse como consecuencia del contrato de maternidad subrogada	147
4.9.1. Cosificación y mercantilización de la vida y del ser humano	148



	Pág.
4.9.2. Aborto	153
4.9.3. Arrepentimiento de la madre gestante	156
4.9.4. Nacimiento de gemelos	159
4.9.5. Síndrome de Down	160
4.9.6. Divorcio de los padres comitentes	161
4.10. Consecuencias jurídicas emanadas de la celebración del contrato civil	
de maternidad subrogada	162
4.10.1. Consecuencias en el derecho de niñez y adolescencia	162
4.10.2. Órganos jurisdiccionales competentes	166
4.10.3. Reglas de competencia	167
4.10.4. Principios que fundamentan el proceso de protección	167
4.10.5. Garantías procesales	171
4.10.6. Medidas aplicables dentro del proceso de protección	174
4.10.7. Inicio del proceso	175
4.10.8. Audiencia cautelar	176
4.10.9. Audiencia de conocimiento de los hechos	176
4.10.10. Audiencia definitiva	178
4.10.11. Audiencia de verificación de la medida	179
4.10.12. Cosa juzgada en el proceso de protección	180
4.10.13. Audiencia de modificación de la medida	180
4.10.14. Recursos	181
4.10.14.1. Revisión	181
4.10.14.2. Revocatoria	182
4.10.14.3. Apelación	182
4.10.14.4. Ocurso de hecho	184
4.11. Consecuencias de orden penal	188
4.12. Consecuencias de orden civil	188
4.13. Consecuencias de orden registral	189
4.14. Adopción	189
4.15. Diferencia entre adopción y maternidad subrogada	191



CONCLUSIONES.....
BIBLIOGRAFÍA.....

INTRODUCCIÓN



Pertinente es mencionar como exordio que el derecho civil es parte fundamental en la vida de toda persona porque es la rama del derecho que precisamente contiene normas legales que posibilitan la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones. En ese contexto, esta investigación trata de abordar el tema de la contratación civil en un campo muy específico el cual es el contrato civil de maternidad subrogada y los efectos que este produce en el interés superior del niño.

El tema es sumamente interesante porque se parte de la premisa de que, en Guatemala no existe ninguna norma legal que regule este contrato; por ello, se analiza si el principio de la autonomía de la voluntad es suficiente para «contratar» en parte, la vida y el cuerpo de las personas, esto porque la maternidad subrogada es un contrato que precisamente abarca estos aspectos.

Este trabajo consta de cuatro capítulos en los cuales se incluyen temas que dan sentido al problema propuesto. En el capítulo uno se analiza lo relacionado directamente a los Derechos Humanos en el contexto de la maternidad subrogada. El capítulo dos se refiere al contrato civil, sus elementos y requisitos de validez, tal es el caso de la capacidad, el consentimiento libre de vicios y el objeto del contrato que debe reunir ciertas características como la licitud, la posibilidad y la determinación del objeto del mismo contrato.

En este sentido, se estableció que el contrato de maternidad subrogada no puede ser posible en Guatemala, porque aunque se afirme que es un convenio entre personas adultas con capacidad para contratar, el objeto no es lícito porque, a criterio del sustentante, la vida y el cuerpo del ser humano no tienen la calidad de cosas, de bienes ni de cualquier otro objeto que



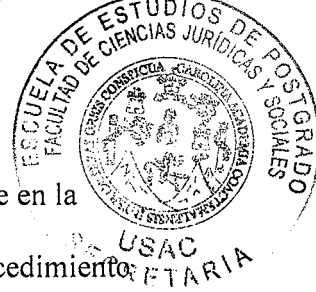
pueda contratarse. Es así que al concluir con esta idea, se analiza si la libertad que tiene la persona para contratar alcanza a la vida de otro ser humano, esto se logra a través de confrontar el principio de la autonomía de la voluntad frente al principio del interés superior del niño.

El capítulo tres, se desarrollan los aspectos intrínsecos del contrato de maternidad subrogada, es decir, se analizan los elementos que le dan vida a este tipo de convenio, los sujetos que intervienen y los derechos y obligaciones que corresponden a cada uno de ellos. En este momento de la investigación se trata de establecer que existen contratos que deben darse entre la pareja contratante o padres intencionados y la mujer que brinda su cuerpo para el desarrollo del embarazo, pero también se celebran contratos entre los antes mencionados y agencias que se dedican a facilitar todos los medios para realizar el contrato civil de maternidad subrogada.

El capítulo cuatro, es el que aporta los elementos que dan base a la investigación ya que se abordan temas como el bioderecho, la bioética, la moral y las consecuencias que su inobservancia puede tener en las personas que pretenden la celebración de un contrato de esta naturaleza y se afirma que a través de estos, se agrede la dignidad de la persona porque este tipo de convenios, toman el cuerpo de la mujer gestante como un objeto y al niño que está por nacer como una mercancía que puede ser creada por la vía del contrato.

Por último, se aporta a la investigación una descripción completa del proceso de protección de niñez amenazada o violentada en sus derechos humanos, misma que se origina producto de la celebración del contrato civil de maternidad subrogada.

Se considera que el tema es sumamente importante por ofrecer el conocimiento de un tema nuevo, porque en Guatemala no existe legislación que haga referencia al contrato de maternidad por subrogación y porque no se ha estudiado el impacto que este tiene sobre el niño



que nace producto de este acuerdo de voluntades entre personas adultas que, con base en la libertad de contratación, pretenden obtener para su familia un niño, omitiendo el procedimiento que en Guatemala está vigente para poder incorporar a la familia a otra persona, este es el procedimiento de adopción, la cual, como figura noble del derecho, es también considerada como una institución social.

CAPÍTULO I



1. Derechos humanos y maternidad subrogada

1.1. Los nuevos problemas que el derecho debe solucionar

Existen diferentes cuerpos legales que positivizan la conducta humana, estos tienen su base en todos aquellos hechos que a lo largo de la historia se han producido y han desembocado en su inclusión en la ley escrita, es decir, los hechos y actos llevados a cabo por el hombre, sea de forma individual o colectiva, fueron regulados y colocados en instrumentos creados por los legisladores.

La sociología jurídica y el Derecho han perfeccionado diversos procesos, procedimientos y leyes que en muchos casos han sido capaces de resolver las necesidades sociales, sin embargo, aún existen temas que no han sido solucionados por el derecho e incluso existen casos en los cuales se producen problemas que se originan de la evolución social, del desarrollo tecnológico o de los grandes avances científicos y que no han sido objeto de estudio por parte de las ciencias jurídicas, tal es el caso del tema que la presente investigación toma para desarrollar y que se refiere a los aspectos civiles de la maternidad subrogada y su incidencia en el interés superior del niño.

La problemática puede verse desde distintos ángulos porque el campo para investigarlo es amplio, incluso los autores que han tratado el tema de la maternidad por subrogación, no se ponen de acuerdo en cuanto al nombre correcto que debe darse a esta práctica, algunos le llaman gestación subrogada, otros vientre en alquiler o maternidad subrogada entre otros, este último término es el que se ha utilizado por la mayoría para referirse al tema.

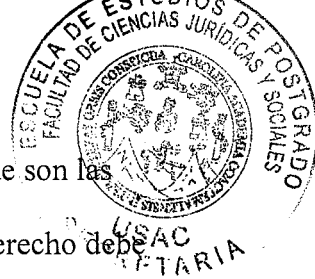


Emakunde (como se cita en Cifuentes V. & Guerra, 2019) indica que:

En relación con esta materia, se advierte que en la literatura usa distintos términos para referirse a ella, sin existir un acuerdo al respecto. Se habla, por ejemplo de: “maternidad subrogada”, “gestación por subrogación”, “vientre en alquiler” y “úteros de alquiler” entre otros. Se sostiene también que dependiendo de la valoración ética que se haga se tiende a recurrir a uno u otro término y cada uno de ellos posee cierta carga valorativa que puede contribuir a reforzar una u otra posición. (s. p.)

La gestación por sustitución es generalmente conocida con la expresión maternidad subrogada, aunque se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, entre otros. (Lamm, s.f, s.p.)

Existen diversos temas que el derecho debe solucionar, fácilmente puede hacerse referencia a todos aquellos problemas que se relacionan con el bioderecho, es decir, el campo del estudio jurídico en donde se combinan aspectos del derecho con aspectos básicos de la vida del ser humano y de los procedimientos médicos que son altamente invasivos en la integridad corporal, entre ellos pueden mencionarse: a) la creación de la vida por la vía contractual (convenio para que una mujer desarrolle un embarazo y entregue al niño a una pareja de personas que por algún motivo no pueden procrear o no desean hacerlo); b) trasplante de órganos; c) eutanasia; d) eugenesia, entre otros.

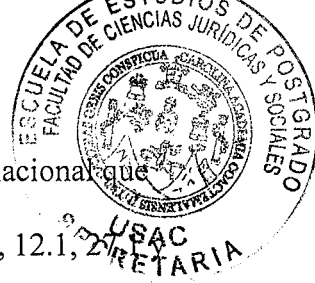


Se considera que estas prácticas médicas deben ser reguladas por la ley, porque son las que, a criterio de la investigación, se posicionan como los nuevos problemas que el derecho debe solucionar, sin embargo, en el presente trabajo únicamente se aborda el tema de la creación de la vida a través de un contrato de índole civil mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida y la incidencia que se produce en el interés superior del niño que nace como consecuencia de la contratación.

El problema puede analizarse desde distintos enfoques, en primer lugar, el presente capítulo hace referencia a los aspectos que se relacionan a los derechos humanos de las personas adultas que se involucran en esta práctica y los derechos del niño que nace como consecuencia del contrato.

Aunado a lo anterior, es procedente hacer mención que la tesis que se presenta a continuación surge de la inquietud que dentro del ámbito de la investigación jurídica generó un caso de maternidad subrogada que sucedió en Guatemala, el cual por razones de confidencialidad no es posible exponer, empero, al haber producido consecuencias de tipo legal, se constituyó en el fundamento de la investigación y provocó el análisis de la conducta de las personas que intervinieron y que, bajo su criterio, encontraron la forma de provocar un embarazo con la intervención de una tercera persona, quien lo desarrolló, se comprometió a entregar al bebé y luego se arrepintió porque argumentó que le unían lazos afectivos con él.

El expediente fue judicializado, se emitió sentencia por parte de un juez de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia, se resolvió un recurso de Apelación que fue interpuesto en contra de la misma y, por último, fue conocido y resuelto por la Corte de Constitucionalidad porque fue planteada Acción de Amparo. La sentencia emitida es sumamente interesante e



importante porque se fundamentó en primer término en las normas de carácter internacional que regulan los derechos de la niñez y adolescencia, específicamente los Artículos 3, 8.1, 12.1, 29.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales se refieren al principio del interés superior del niño, el derecho a la identidad, derecho de opinión que tiene todo niño, derecho a un nivel de vida adecuado, y el derecho a una educación integral respectivamente; también los Artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República y Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Se consideraron aspectos fundamentales como la estabilidad emocional del niño protegido y se dictaron medidas para que viviera con personas que son idóneas para su cuidado y protección. En cuanto al tema de maternidad subrogada, la sentencia analizó la situación en la que el niño fue concebido, quiénes son sus padres biológicos, estableció que el actuar de algunas personas involucradas en el caso merece la intervención del Ministerio Público, e hizo alusión a la cantidad de dinero que medió para la celebración del contrato y posterior entrega del niño.

Otro aspecto importante que la sentencia consideró fue el hecho de relacionar lo sucedido con los elementos que configuran la trata de personas, esto es importante porque se debe evitar a toda costa la comercialización del ser humano, sea cual fuere la forma en que la misma se realice. La sentencia de la Corte de Constitucionalidad es la base para resolver casos similares que en el futuro puedan producirse. (Sentencia emitida dentro del expediente 3590-2016).

De este caso se puede inferir que las consecuencias legales que un contrato de esta naturaleza produce son de tipo penal, administrativo y registral, empero, se realza el hecho que el origen de este suceso se da por un contrato de tipo civil en donde las personas acordaron tener un hijo a través de la maternidad subrogada, el cual efectivamente se basó en el principio de la

autonomía de la voluntad de las personas adultas que lo celebraron pero además tuvo serias repercusiones legales y psicológicas al niño que fue objeto de este contrato, es decir, el caso resulta ser paradigmático y muestra la incidencia negativa del contrato de maternidad subrogada en el interés superior del niño.



1.2. El derecho del ser humano a tener derechos

Todo ser humano indiscutiblemente es sujeto de protección por parte del Estado para el libre ejercicio de los derechos que le son inherentes; desde el punto de vista del positivismo, esos derechos han de estar consagrados y reconocidos por el poder soberano en diversos cuerpos legales que objetiva y materialmente hagan visibles las posibilidades de su ejercicio, sin embargo, como se anotó anteriormente, existen nuevos problemas que el derecho no ha regulado en el país, por lo que es necesario estudiarlos y comprenderlos desde la perspectiva de los derechos humanos, los cuales tienen por objeto la defensa del ser humano frente a cualquier atropello de los que puedan ser objeto como consecuencia del actuar estatal o de otras personas. En ese sentido, cabe preguntarse cuáles son los derechos humanos que respalda la maternidad subrogada, es decir, si respeta los derechos humanos de los niños que nacen como producto del contrato civil que se celebra o si apoya los derechos de las personas adultas que han celebrado el convenio.

La persona como centro de acción del Derecho, está tutelada por diferentes tipos de derechos, por ejemplo, la Constitución Política de la República regula taxativamente derechos individuales y derechos colectivos, esto es porque el ser humano es un agente de movimiento y evolución constante que necesita desenvolverse en diversos campos de la vida, los cuales requieren una regulación positiva, pero también, el respeto a la integridad y a la dignidad



humana aun cuando no exista norma escrita.

Un claro ejemplo de la protección universal que la Constitución vigente en Guatemala otorga es lo dispuesto en el Artículo 44 el cual establece: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. Esta norma se refiere a que no forzosamente ha de estar positivizado un derecho para poder ser invocado para su efectiva aplicación.

En ese sentido, es procedente preguntarse si las personas deben tener límites para poder ejercer los derechos que son propios de cada individuo en Guatemala o si apoyándose en la visión de los derechos humanos, pueden celebrar cualquier acto que crean que les favorece, en este caso, un contrato para lograr que una pareja que por algún motivo no puede procrear o no desea hacerlo -a quienes en el contexto de la maternidad subrogada se les denomina padres intencionados o padres comitentes- pacten que otra mujer desarrolle un embarazo y al nacimiento del bebé, ella se los entregue renunciando al derecho a la filiación o cualquier otro sobre el recién nacido, todo ello realizado bajo el argumento que cualquier persona puede invocar todos los derechos que cree le son inherentes porque el Estado se organiza para proteger a la persona humana, es decir, lo primordial para el Estado es la persona y su desarrollo integral.

La respuesta a ese planteamiento se encuentra contenida de forma clara en lo que la Corte de Constitucionalidad ha resuelto sobre el tema de la primacía de la persona en el contexto constitucional. Pereira y Ritcher (2007) mencionan lo dispuesto en la sentencia dictada dentro del expediente 12-86 emitida por dicha Corte en cuanto a la orientación personalista de la Constitución Política de la República, la cual en su parte conducente establece:



Si bien la Constitución de 1985 pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios del individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo. (s.p.)

Con lo expuesto se puede establecer que definitivamente, todo ser humano tiene el derecho a tener derechos, sin embargo, su ejercicio también está limitado a la acción e intervención del Estado para proteger unos derechos al no efectivizar otros, esto se interpreta en el sentido que no se puede dar la totalidad de derechos a las personas cuando sus actos violenten claramente los derechos de otras y en el caso específico, los derechos de los niños que nacen por maternidad subrogada, es decir, los derechos del niño no pueden ser supeditados frente a los derechos de los adultos que para la celebración del contrato han tenido como motivación la formación de una familia.

1.3. Los derechos humanos en el contexto de la maternidad subrogada

Sin duda, los derechos humanos deben estar presentes en todos los ámbitos de la vida porque a través de ellos es posible la vigilancia sobre el actuar del Estado frente a los particulares y también controlar prácticas que la propia sociedad o personas individuales pueden realizar y que van en contra de la dignidad e integridad de los seres humanos.

Los derechos humanos, dentro del ámbito de la maternidad subrogada, deben observarse con diferentes criterios, habrá quienes afirmen que debe garantizarse el derecho de una pareja a formar una familia sea por un contrato o por adopción, también quienes adviertan que la vida no es susceptible de ser negociada y por eso los derechos humanos no pueden defender su creación



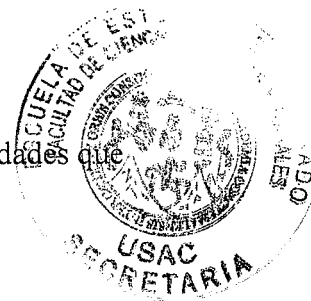
a través de la contratación civil.

En este contexto, la maternidad subrogada no toma en cuenta el interés superior del niño porque en la realidad es una práctica violatoria a los derechos especiales que protegen a la niñez, esto es así porque es el resultado de dos clases de procedimientos, por una parte la práctica médica que a través de las técnicas de reproducción asistida logran físicamente el embarazo en una mujer que ha consentido por vía de contrato, gestar a una persona para luego entregarla a otras personas; en segundo lugar, los procedimientos jurídicos que involucran la elaboración del contrato y el establecimiento de las consecuencias legales que las declaraciones de voluntad originan. Lo que se ha logrado por ambos procedimientos es el acuerdo de crear un ser humano por la voluntad contractual de personas adultas.

En ese sentido, es propio analizar qué derechos son los que efectivamente han de protegerse: los derechos de adultos que buscan formar una familia o los derechos del niño que nacerá y que lo hará en un contexto de incertidumbre porque en ningún momento se podrá garantizar que la pareja a quien será entregado le brindará una vida digna o condiciones ideales para su existencia, esto porque el contrato de maternidad subrogada únicamente se refiere a la gestación y a la entrega del niño, lo que pasa después ya no es materia contractual.

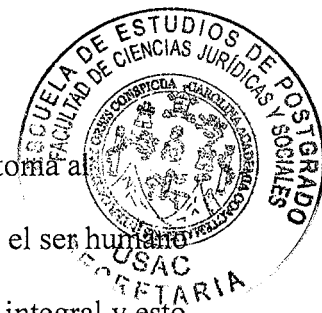
La idea de los derechos humanos es integral, es decir, abarca todos los aspectos de la vida del ser humano, existen derechos generales que se aplican a la colectividad por igual, por ejemplo el derecho a la vida o a la salud, pero también existen derechos especiales como los derechos de la mujer o los del niño, y es en este sentido que la problemática seleccionada para investigar advierte que la vida del niño no debe ser creada en virtud de contrato porque precisamente la persona en Guatemala está protegida desde la concepción no importando si el

conflicto deviene del actuar del Estado o de las voluntades de adultos y las arbitrariedades que estas conllevan.



La cuestión de los derechos humanos permite distintos abordajes: podemos encontrar así un abordaje histórico-político, otro filosófico y un tercero normativo. Podríamos decir que el primero analiza la fuente de creación de los derechos, el segundo la interpretación y el tercero su aplicación. El enfoque político estudia la génesis, historia de los derechos humanos, las luchas y reivindicaciones, los modos de expresión, los triunfos y fracasos(...)el enfoque filosófico, con las variantes propias de cada autor o escuela, parte de un concepto de “hombre” abarcativo de sus dimensiones, y avanza sobre los medios considerados necesarios para el desarrollo pleno de su existencia, de su actividad y de su perfeccionamiento(...)el enfoque normativo, en cambio, presupone un análisis técnico de los mecanismos legales y procesales, dirigidos al reconocimiento y al amparo de esos derechos. (Russo, 2001, p. 38) (sic)

La referencia anterior otorga un parámetro del enfoque de los derechos humanos frente al hombre, esto porque el enfoque histórico-político brinda información sobre la evolución de los derechos humanos en la historia, los logros que se consiguieron en el contexto político y social, incluyéndose en cierta forma en esta fase de los derechos humanos los derechos de los niños porque, en la actualidad, el niño es sujeto de derechos, de protección integral y de tutela efectiva, lo cual se logró precisamente por las luchas y exigencias que el mismo conglomerado social y diversos Estados realizaron para alcanzar el estado que ahora se tiene en cuanto a esta clase de derechos; entonces, después de tan ardua labor, no tiene sentido que una práctica como el contrato de maternidad subrogada considere al niño como el objeto del negocio que se celebra por personas adultas.



El contexto filosófico de los derechos humanos es muy importante porque toma al hombre como el fin en sí mismo de la protección, es decir, este enfoque indica que el ser humano debe tener todos los medios necesarios para su digna existencia, para su desarrollo integral y esto definitivamente se da con la protección que el propio derecho natural brinda y que influye directamente en el respeto a la dignidad humana.

El enfoque normativo es el que se identifica más con el derecho positivo ya que proporciona materialmente todos los mecanismos legales, leyes y procedimientos escritos que reconocen a los derechos humanos como válidos; asimismo, otorga los procesos necesarios para lograr su efectividad. Este campo también es importante en el contexto del tema porque en Guatemala existen normas escritas que reconocen los derechos humanos de los niños y brindan procedimientos legales para restituirlos una vez que han sido amenazados o violentados, tal es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Política de la República, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Ley de Adopciones y, en relación con los mecanismos de protección, se encuentra vigente en el país el proceso de protección para la restitución de derechos humanos de la niñez y adolescencia.

Los derechos humanos, en el contexto de la maternidad subrogada, son de importantísima consideración desde las perspectivas del niño, Russo (2001), al respecto de la observancia de los derechos humanos, afirma “Cada avance de una persona en el campo de sus derechos puede implicar un retroceso en los derechos o privilegios de otro” (p. 42); el mismo autor cita a Mounier quien afirma que en cuanto a las teorías filosóficas que estudian a la persona “Solo se definen los objetos exteriores al hombre y que se pueden poner ante la mirada. Ahora bien, la persona no es un objeto. Es inclusive. Lo que en cada hombre no puede ser tratado como un objeto” (p. 54). Estas ideas, en el contexto del tema estudiado, significan que debe analizarse la



importancia de los derechos de los adultos para llevar a cabo cualquier negocio jurídico o cualquier contrato que les apetezca basado en que tienen derechos humanos, aun cuando fácilmente pueden provocar daño en los derechos de otras personas, en este caso de los niños, ya que la persona no es una cosa suceptible de ser definida como el objeto de un contrato, de ser así, se violentan claramente los derechos humanos del niño cuya vida se negocia en el contrato de la maternidad por sustitución.

La niñez está protegida a nivel nacional e internacional en cuanto a derechos humanos se refiere, es fundamental establecer que el Interés Superior del Niño es un principio que pertenece exactamente a esa categoría y se encuentra contenido en la Convención Sobre los Derechos del Niño, específicamente el Artículo 3.1 establece claramente que en todos los actos de índole judicial, legislativo y administrativo realizado por personas o entidades, sean de carácter público o privado, se debe tomar en consideración el interés superior del niño. En este contexto es necesario aclarar que el niño tiene derechos reconocidos y por ello resulta obligatorio tomar en cuenta que los derechos humanos de él deben prevalecer en todo procedimiento no solo jurídicos sino además aquellos en los que se involucren prácticas médicas que se relacionan a la integridad humana, a la salud o a la vida, porque esta última no es un factor lícito de comercio y la maternidad subrogada tiene como elemento fundamental el aspecto económico.

Ese factor económico consiste en el precio que se pacta entre las personas que intervienen en un negocio de maternidad subrogada; esa cantidad de dinero puede visualizarse en dos sentidos, en primer lugar, representa la remuneración que recibe la madre gestante por tener en su cuerpo a un ser humano que puede haber sido implantado en ella con material genético de ambos padres comitentes, con el de uno de ellos o con el de donaciones de gametos otra persona; por otra parte, esa remuneración representa también un valor que se dirige a la vida del ser



humano que se ha creado por medio contractual, es decir, el niño ha tenido un precio por su vida, ha nacido producto de remuneración, esta situación vulnera totalmente el concepto más básico de derechos humanos y, por supuesto, el interés superior del niño, porque las condiciones de su vida están pactadas previamente sin que pueda defenderse o emitir opinión al respecto y por tratarse de un contrato que se celebra en el ámbito privado, tampoco puede tomarse la opinión de cualquier entidad que se dedique a la representación del niño o a la defensa de sus derechos.

El tomar en consideración los derechos humanos dentro de este tipo de prácticas es fundamental porque es necesario incluir en la práctica médica y científica un marco legal que solo del derecho puede proporcionar, es decir, ante la actividad del ser humano, siempre habrá de existir una norma que indique los límites que forzosamente deben observarse dentro de todo lo que hace, de lo contrario, las consecuencias son variadas, innumerables y potencialmente negativas. Los derechos humanos son el valladar que debe estar presente en todos los procedimientos de este tipo porque las normas jurídicas otorgan la posibilidad civilizada de resolver conflictos, los cuales pueden producirse porque evidentemente en la sociedad no todos piensan ni conciben las ideas de la misma forma, se dice que el “pluralismo es un hecho en nuestra sociedad y, además, es un valor social jurídicamente asumido como tal. No vivimos con códigos de conducta y valores homogéneos. No existe un único modo de hacer y de valorar las cosas” (Casado, 2016, p. 174).

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que los derechos humanos resultan ser vitales en todo aquello que se relacione a los avances de la tecnología porque con ellos se han cambiado paradigmas, las personas ven que la ciencia avanza y que es el mismo hombre quien aprovecha o sufre las consecuencias de estos avances, por ello es que el derecho ha de estar presente para regular y contener las pasiones de los hombres cuando se dejan llevar por las motivaciones



científicas y dejan por un lado la dignidad de los seres humanos. La observancia de los derechos humanos y de la normatividad se hace necesaria porque en la actualidad existen casos difíciles de resolver, por ejemplo, para algunas personas puede ser correcta la eutanasia al considerarla un acto de piedad frente a la persona que sufre en exceso a causa de una enfermedad, sin embargo, otros podrán pensar que el médico o persona que desconecta un aparato que mantiene con vida a un ser humano violenta el derecho humano más sagrado que es la vida; de igual forma debe enfocarse la maternidad subrogada porque si con la eutanasia se extingue la vida con esta se pacta su inicio.

1.4. Derecho a la vida

La maternidad subrogada persigue que, a través de un contrato de índole civil, se pacten las cláusulas necesarias para el nacimiento de una persona, es decir, se pretende la creación de la vida por la voluntad de personas adultas que, a través de mecanismos legales y procedimientos médicos persiguen el nacimiento de un niño.

El derecho a la vida le asiste a la persona como el más alto valor y el Estado debe procurar que se le brinde a cada ser humano las condiciones adecuadas para su desarrollo; la vida está protegida desde la concepción y por tal razón los derechos del niño se aplican desde este momento, no importando cuando suceda. Dentro de la maternidad subrogada, el derecho a crear vida por vía de contrato no le asiste a los padres comitentes o pareja que contrata a la madre gestante porque de ser así, se le da al ser humano el más amplio poder para decidir sobre la creación de la vida, para que el material genético utilizado en el procedimiento pueda ser estudiado, modificado y mejorado, logrando con ello el nacimiento de seres humanos que tienen como antecedente haber estado en laboratorios especializados.



La vida pertenece a quien es concebido de forma natural o a través de métodos científicos como fecundación *in vitro* o la inseminación artificial, siempre que se trate de procedimientos que se llevan a cabo dentro de la pareja que por alguna razón no pueden lograr el embarazo; esto se considera así porque, bajo estas circunstancias, no se realiza ninguna contratación con otra mujer o con alguna agencia para promover la maternidad subrogada y además, dentro de la pareja no está presente ningún factor económico, sino más bien han acudido a los avances científicos para solucionar un problema entre ellos. Se considera que en este caso no existe ningún problema frente a los derechos humanos ya que las personas que padecen alguna dificultad para la procreación deben luchar por el derecho a crear una familia sin violentar los derechos de otras personas o cosificar la vida y el ser humano.

Es importante tomar en cuenta que el derecho a la vida es intocable y se reconoce en diversos cuerpos normativos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce la vida como un principio de carácter universal, Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre algunos, los cuales establecen que la vida no puede ser privada de forma arbitraria. Esto es sumamente importante dentro de la presente investigación porque se sabe que dentro de la maternidad subrogada existen cláusulas contractuales que abarcan aspectos como el aborto, situación que atenta en contra del postulado contenido en el Artículo 6, numeral 1, del Pacto relacionado porque las personas -padres comitentes, mujer gestante, abogados, notarios y médicos- no pueden decidir desde ningún punto de vista, la forma o los motivos por los cuales se autoriza la privación de la vida de un ser humano que crece dentro del vientre de una mujer. La vida está íntimamente ligada a la dignidad de la persona.



1.5. Derecho a la familia

La familia es la base de la sociedad, es el núcleo de personas en donde cada ser humano vive y se desarrolla, es el seno en el cual se aprenden los valores que luego servirán para la vida en sociedad. El derecho a la familia pertenece exclusivamente al niño, este derecho se efectiviza y se reclama cuando por alguna circunstancia existe rompimiento del núcleo familiar o las relaciones dentro de ella están deterioradas y las conductas de algunos miembros afectan los derechos del niño.

El derecho a la familia significa que el niño ha de estar protegido y bajo el cuidado de personas que sean responsables de forma integral por él, también la familia es capaz de proporcionar al niño su historia, sus bases y orígenes para que este se sienta integrado y parte esencial de ella. La familia es un derecho del niño.

1.6. Derecho a la identidad

La identidad de toda persona consiste en conocer quién es, de dónde viene y por qué posee determinadas características, la identidad pertenece al ser humano desde su concepción, este derecho incluye ciertos aspectos que están taxativamente marcados en la ley vigente en Guatemala para la protección de las personas menores de edad. El Artículo 14 del Decreto 27-2003 del Congreso de la República abarca, dentro de la identidad, aspectos como la nacionalidad, el nombre, el derecho que le asiste al niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos y las expresiones culturales, sin embargo, es sumamente importante observar que este Artículo contiene un enunciado sancionatorio contra aquellos que sean responsables de la sustitución, alteración y privación de la identidad.



Dentro de los aspectos que la maternidad subrogada puede inobservar en cuanto a este derecho, se dice que al no estar permitida en muchos lugares, el procedimiento de gestación realizarse forzosamente en un país distinto aquel en el cual se pretende la inscripción del niño, esto ha producido serios problemas porque los registros civiles de esos países en donde no es posible la gestación por subrogación no aceptarán inscribir a un niño que ha nacido por virtud del contrato. En el caso de Guatemala, se sabe que para la inscripción de una persona en el Registro Civil es necesario presentar la constancia de parto que otorga un hospital, sanatorio o comadrona, además el documento personal de identificación de ambos padres, solo de la madre o en casos extremos la orden de juez que ordene la inscripción. También puede hacerse una inscripción el varón que presente documentos por medio de los cuales es posible el reconocimiento de hijo según el Código Civil.

El Registro Nacional de las Personas no aceptará en ningún caso un testimonio de una escritura pública en donde conste el negocio de maternidad subrogada para inscribir al niño y conceder los efectos legales a quienes deseen dicho acto administrativo. Esta situación constituye violación al derecho a la nacionalidad y además lleva implícita la violación al derecho al nombre porque, en este caso, si una persona no está inscrita legalmente y de acuerdo con lo establecido en el Artículo 4 del Código Civil no posee nombre.

Otra situación que la maternidad subrogada produce en relación con el derecho humano a la identidad es en cuanto al derecho que tiene todo niño de conocer a sus padres, en este caso, puede decirse que si el material genético utilizado por la madre gestante es de la pareja que la contrató, el niño efectivamente conocerá y vivirá con sus padres biológicos, sin embargo, siempre estará la posibilidad de la actitud que pueda tomar quien lo gestó en cuanto a no querer entregarlo o querer relacionarse con él, sin embargo, puede existir otra posibilidad y es que la



maternidad subrogada se haya realizado con material genético de la gestadora que se contrato, en este caso, ella es madre biológica del niño y al momento de entregarlo a otra persona claramente se violenta el derecho a que el niño conozca, viva y sea criado por sus padres.

En conclusión, si la norma antes citada establece que el Estado debe garantizar a todo niño el goce y disfrute de este derecho, no puede admitir desde el punto de vista de los derechos humanos la contratación civil para la creación de la vida por medio de maternidad subrogada.

1.7. Derecho a la protección estatal

La persona, al ser la razón de ser del derecho, debe estar protegida por el Estado a través no solo de reconocimiento de los derechos subjetivos sino además de la efectiva aplicación del derecho objetivo; en el contexto de la maternidad subrogada, puede decirse que el Estado tiene que intervenir activamente, garantizando a los grupos más vulnerables protección efectiva si es que se produce la violación a los derechos humanos de ellos, pero además prevenir a través de la toma de decisiones firmes cuando se produce un caso concreto. Ello quiere decir que si se da un caso de maternidad por subrogación y este llega a conocimiento de las autoridades, sean administrativas o judiciales, la solución al mismo debe ser contundente en materia de protección al niño que ha nacido y dejar claro que el Estado no auspiciará ninguna figura legal que pretenda lucrar o negociar con la vida humana.

Lo escrito anteriormente hace concluir que el rol del Estado en una situación como la descrita es de proteger, prevenir y sancionar.

1.8. Derecho a formar una familia

No cabe duda que el ser humano ha sido creado para tener relaciones interpersonales,

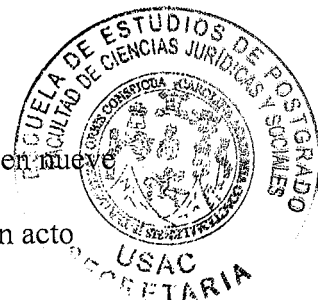


para convivir en sociedad y para satisfacer su deseo de vivir en pareja, tener hijos y formar una familia, esto es un derecho que debe efectivizarse para las personas adultas ya que se debe buscar el bien común y el desarrollo integral de la persona, sin embargo, este derecho no puede ser absoluto ni violentar derechos a otras personas.

Con base en el tema, puede decirse que el derecho a formar una familia no incluye la contratación de una persona para gestar un hijo a través de las técnicas de reproducción asistida; se considera que estos procedimientos científicos son de gran valor y pueden ayudar innegablemente a las personas que presentan problemas de fertilidad, sin embargo, como toda acción del ser humano, las técnicas de reproducción asistida no pueden ser utilizadas para fines jurídicamente ilícitos, tal es el caso de la maternidad subrogada porque en ella se ha pactado mediante contrato la vida, y los procedimientos científicos son parte de los métodos que se utilizan para lograr el objetivo de dicha figura.

El derecho a formar una familia está dentro de los derechos humanos y se regula por ejemplo en el Artículo 16 de la Declaración de los Derechos Humanos, en él se establece que los hombres y las mujeres tienen derecho sin restricción alguna a casarse y formar una familia, sin embargo, ha de observarse que la forma natural de formar la familia es a través de la gestación entre la pareja y en caso que esto no sea posible, ellos pueden acudir a las técnicas científicas para lograrlo; en última instancia la forma legal en Guatemala para formarla es a través de la adopción.

Es necesario advertir que se han dado casos en los cuales las personas que tuvieron problemas para procrear acudieron a la fecundación *in vitro* para poder obtener un embarazo, un ejemplo es lo relacionado al caso *Artavia Murillo y otros versus Costa Rica*, el caso en realidad



no tiene relación directa con la maternidad subrogada porque la discusión se centró en nuevas parejas que acudieron a las técnicas de reproducción asistida y fueron víctimas de un acto arbitrario por parte del Estado costarricense, porque a través de una declaratoria de inconstitucionalidad se prohibió la utilización de dichos procedimientos. Entre los argumentos vertidos por los afectados está la violación a determinados Artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y desde el punto de vista de la maternidad subrogada se analizan algunos de ellos de la forma siguiente:

- a) Artículo 1. Obligación de respetar los derechos: todo Estado tiene la obligación de respetar los derechos que le asisten al ser humano, entre ellos, el derecho a formar una familia y en el caso Artavia Murillo y otros versus Costa Rica se advierte que las partes accionantes ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvieron la razón, porque ellos estaban en procesos para obtener un embarazo y se encontraban utilizando técnicas de reproducción asistidas para lograrlo, específicamente la fecundación *in vitro*. En este caso los procedimientos médicos estaban enfocados únicamente en las parejas, no había intervención de terceras personas para lograr la gestación, es decir, no se configura en este caso ninguna referencia a la maternidad subrogada.
- b) Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno: esta norma establece que es obligación del Estado adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos derechos y libertades. Esto es necesario porque se sabe que las fuentes materiales del derecho son todos aquellos actos sociales, políticos, económicos e históricos que dan origen a la identificación de problemas que posteriormente resultan en la incorporación de nuevas leyes, por ello, en Guatemala, bajo el amparo de lo prescrito en esta norma internacional, el Congreso de la República debe investigar y legislar sobre los nuevos problemas que se



suscitan en la sociedad por prácticas como la maternidad subrogada o la técnicas de reproducción asistida.

- c) Derecho a la vida: en el caso de la controversia relacionada, se considera que es un argumento difícil de tratar porque por una parte, las parejas solicitantes clamaban por tener el derecho a dar vida a un hijo biológicamente suyo, en contraposición, se argumentó que la fecundación *in vitro* es un procedimiento que manipula la vida porque se seleccionan los mejores especímenes que se obtienen del material genético de la pareja y se desechan aquellos que no tienen posibilidad de ser los más fuertes. Sin duda alguna es un tema en el que es necesario priorizar el fin último de los derechos que están en juego, en primer término, el derecho a formar una familia a través de procedimientos científicos que persiguen el nacimiento de una persona que biológicamente es hijo de los donantes del material genético y quienes por tener una vida en común desean ser padres, por otra parte, la manipulación que pudiera realizarse por los expertos sobre el material genético y la selección que se hace del mismo.

De lo anterior, se considera que en los casos en los cuales, la fecundación *in vitro* se realice bajo ciertos parámetros debe ser permitida y regulada para dar certeza jurídica a quienes se sometan a esos procedimientos y dentro de los límites en que puede funcionar la práctica científica se deben considerar los que se refieren a los participantes de la misma, es decir, debe permitirse únicamente a personas que acrediten ser cónyuges o que tengan declarada la unión de hecho e incluso quienes acrediten tener una vida juntos, esto se traduce en que se tendrá certeza que estos casos no contemplan la intervención de terceras personas que puedan aportar material genético o que se incluyan con motivo de lucrar.



El tema se hace más complejo en ciertos casos y puede plantearse la interrogante siguiente: ¿debe ser permitida la fecundación *in vitro* en aquellos casos en los que una mujer sola o en pareja asiste a un centro de donación de espermatozoides? La respuesta debe encontrarse en primer lugar, en la legislación que específicamente regule la actividad, luego deben revisarse los estatutos de la institución, es decir, si esta situación representa alguna limitante para ellos y, por último, debe considerarse el hecho que la mujer que llega a solicitar los servicios de estas entidades tiene la intención de ser madre y los motivos por los cuales no lo hace de otra forma corresponderán únicamente a ella; además, en este caso es en donde se puede validar el derecho a formar una familia cuando no hay una tercera persona que vende o alquila su cuerpo para desarrollar el embarazo.

La parte controversial podría estar cuanto a la palabra donación, ya que se sabe que es ilustrativa porque los centros en donde se practica esta actividad, siempre otorgan remuneración al supuesto donante, esa es la primera parte del proceso, seguidamente, la mujer interesada en gestar deberá acudir a los procedimientos científicos respectivos, los cuales por supuesto, siempre tendrán implícita la intención de lucro. Aquí existe el problema de cosificar al ser humano aunque sea en su más ínfima existencia. La diferencia con el caso anterior, es decir, el de las parejas, es que entre marido y mujer no se ve la posibilidad de lucrar entre ellos, únicamente pagarán por un servicio médico. Aquí, no existe relación con la maternidad subrogada.

En conclusión, cabe decir que el caso *Artavia Murillo y otros versus Costa Rica* es importante para establecer los derechos reproductivos del ser humano y el derecho a la formación de la familia, esto dentro del marco de la ética, de la humanidad, del bien común y de la protección que el Estado debe a sus ciudadanos, sin embargo, el caso no analizó situación



alguna de maternidad subrogada pues las parejas que accionaron contra Costa Rica lo hicieron porque ese país dejó sin efecto la práctica de la fecundación *in vitro*, situación que la sentencia reparó al imponer al Estado costarricense la adopción de medidas para asegurar la práctica de la fecundación *in vitro*; el fallo fue emitido con cinco votos a favor y uno en contra, siendo el juez Eduardo Vio Grossi quien se opuso y con voto disidente explicó que difería de la sentencia dictada porque la Corte había tomado argumentos inexactos para emitirla, había desviado la jurisprudencia sentada en torno al derecho a la protección de la persona y no se logró establecer con claridad desde cuándo se considera que existe la persona, ello porque se dio significados distintos al concepto concepción y fecundación.

1.9. Derechos reproductivos y derechos sexuales

Dentro del concepto de desarrollo integral de la persona pueden incluirse diferentes elementos, entre ellos, indiscutiblemente, se encuentran los derechos reproductivos y los derechos sexuales, estos, pueden resumirse de la forma siguiente:

Los derechos reproductivos: son ciertos derechos humanos ya reconocidos en tratados y documentos internacionales y otros todavía no reconocidos, entre ellos: El derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios para ello; el derecho alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva y el derecho a adoptar decisiones sobre la reproducción sin sufrir discriminación, coerción y violencia.

Los derechos sexuales: incluye el derecho humano de la mujer a tener control respecto de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva y a decidir libre y responsablemente sin verse sometida a coerción, discriminación o violencia. Supone unas



relaciones sexuales igualitarias entre mujeres y hombres, que garanticen el pleno respeto a la integridad de la persona y el consentimiento mutuo, asumiendo de forma compartida las responsabilidades y consecuencias de su comportamiento sexual. (Vargas, 2003, s. p.).

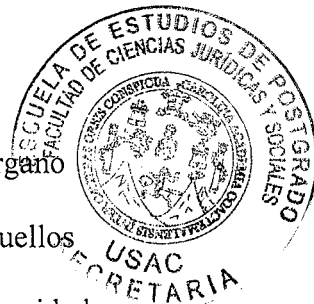
Los conceptos descritos coinciden con lo acordado en el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Población y Desarrollo celebrada en Egipto en 1994, e indican claramente que los derechos reproductivos pertenecen a las mujeres y a las parejas para decidir libremente el número de hijos que desean tener, su espaciamiento y el derecho de acceder a la información pertinente para tales efectos, sin embargo, no se incluye el derecho a contratar a una persona distinta para llevar a cabo la gestación, por ello, es criterio de la presente investigación que la maternidad subrogada no se incluye dentro de los denominados derechos reproductivos.

En cuanto a los derechos sexuales, la maternidad por subrogación se aleja aún más porque en estos se incluyen aspectos de las personas que son protegidos y se orientan a la no intromisión del Estado o de personas en ámbitos privados sobre los cuales Villanueva, (como se citó en Recinos, 2015) afirma que “los derechos sexuales garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad pero también, se refieren a la protección de la identidad y la orientación sexuales, la libre elección de pareja” (s. p.), esto quiere decir que los derechos sexuales se enfocan no a la procreación sino a las preferencias u orientaciones sexuales y, a ejercer una vida sexual libre de coacción.

1.10. Casos de resolución complicada

Los derechos humanos definitivamente poseen rango constitucional e internacional, no obstante, si tienen la característica de ser universales, quiere decir que se aplican a todas las personas sin distinción y por eso el ejercicio de un derecho no puede vulnerar el derecho de otro;

existen casos que al producirse en la sociedad ameritan ser presentados ante un órgano jurisdiccional, se configuran como temas complicados, de difícil solución, son aquellos considerados como los nuevos problemas del derecho. El ejemplo claro es la maternidad subrogada.



Desde el enfoque de los derechos humanos habrá quienes afirman que tienen derecho a formar una familia a través de la contratación de una mujer para gestar a su hijo, sin embargo, esto no es posible porque como se indicará posteriormente, la vida y la persona no pueden ser cosificadas ni mercantilizadas, además, el Estado no puede permitir determinadas prácticas para que un grupo de personas reclame beneficios particulares. Una excepción es por supuesto lo considerado sobre la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros versus Costa Rica*, porque estos casos si son de obligatoria regulación estatal, sea para prohibir o dar acceso a las parejas con problemas para procrear, sea a métodos de planificación familiar que deseen o técnicas de reproducción asistida, empero, la maternidad subrogada no cumple las finalidades colectivas que los propios derechos humanos persiguen. Olano García (2006) en relación con este tipo de casos expresó:

La tesis de Dworin respecto a los casos difíciles es que, en relación con ellos como en los casos fáciles, el juez no goza de discrecionalidad, pues también aquí existe una respuesta correcta. Dichas reglas se basan en que un caso C es considerado difícil si: a) No hay respuesta correcta a C. b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etcétera. c) El derecho es incompleto o inconsistente. d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas. e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley. f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en

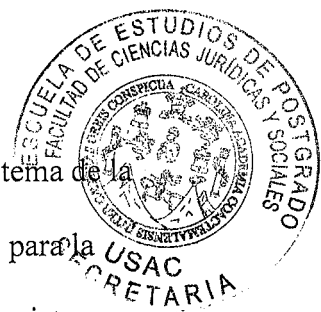
conflicto, mediante argumentos no deductivos. g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios. h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales. (s. p.) (sic)



Resultan sumamente interesantes las reglas que determinan cuándo un juez puede estar ante un caso difícil de resolver. La maternidad subrogada entra sin discusión dentro de estas categorías porque en Guatemala no existe normativa que regule una práctica de esta naturaleza, cabe mencionar que tampoco existe prohibición taxativa, lo cual complica en lugar de permitir, porque es ahí en donde se da el debate en cuanto a hacer todo aquello que la ley no prohíbe, no importando las circunstancias que rodean al ejercicio de un derecho determinado por lo que ingresan al análisis las reglas g y h antes mencionadas porque el juzgador al no tener derecho aplicable, forzosamente habrá de dar solución al conflicto mediante la ponderación de diversos derechos humanos, principios y juicios morales.

La vida y la persona no pueden ser tomadas como objetos y por eso no se puede contratar sobre ellos aún bajo invocación de derechos humanos, resulta interesante lo considerado por la Corte Constitucional de la República de Colombia en relación con la dignidad del ser humano en la sentencia C-037/1996:

El Artículo 1o de la Constitución consagra “el respeto de la dignidad humana” como uno de los fundamentos de nuestro Estado social de derecho. Y no es ese un concepto vano, sino al revés, lleno de contenido ético y político. Porque el reconocimiento de la dignidad humana implica la concepción de la persona como un fin en sí misma y no como un medio para un fin. En otras palabras, como un ser que no es manipulable, ni utilizable en vista de un fin, así se juzgue este muy plausible. (s. p.)



Lo aplaudible del extracto de la sentencia es que se acopla perfectamente al tema de la maternidad subrogada porque la vida y la persona no pueden utilizarse como medio para la formación de una familia mediante este contrato; se considera que en este contexto existen elementos como la dignidad humana que prevalecen sobre otros como la contratación para provocar la gestación, alumbramiento y entrega de un ser humano a personas distintas de quien desarrollo el embarazo.

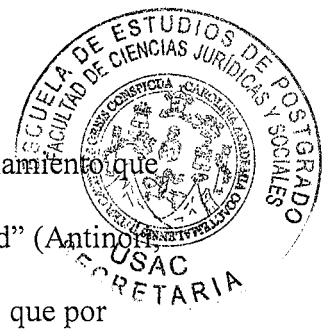
1.11. Derecho natural y derecho positivo en la maternidad subrogada

1.11.1. Derecho natural

El ideal es que toda persona pueda gozar del vasto catálogo de derechos que pueden existir en las leyes escritas y aquellos que no están taxativamente regulados pero que el hombre posee por el hecho de serlo. Podría decirse que toda mujer tiene derecho a ser madre o que todo varón tiene derecho a ser padre y que la única limitante fuera su propia voluntad, es decir, que ella o el mismo se nieguen a serlo. Dentro del tema investigado cabe preguntarse si el derecho a ser padres es un derecho dado por la naturaleza, por la voluntad divina o por la decisión del ser humano.

El primer concepto es el derecho natural, el cual según Aftalión, (como se cita en Antinori, 2006) contiene las características siguientes:

Sus principios son válidos para todo tiempo y lugar, estos principios encuentran su fundamento en algo superior al hombre, por la cual los hombres no podrían cambiarlo, aunque se lo propusieran. En consecuencia, los principios y contenidos del llamado “Derecho Natural” no estaría sujetos a las vicisitudes de la Historia. (p. 28)



En este sentido, “El derecho natural está conformado por el núcleo del ordenamiento que conforme a la naturaleza humana tiende a la instauración de la justicia en la sociedad” (Antinori, 2006, p. 28), esto quiere decir que el derecho natural es el conjunto de disposiciones que por estar intrínsecamente contenido en la mente del hombre, en su ser, en su esencia, busca dar trato justo a sus iguales en las más variadas circunstancias que puedan producirse, dentro de ellas, la imposibilidad que pueda tener una pareja para procrear y ello les orillen a acudir a prácticas como la maternidad subrogada.

Este derecho tiene entonces sus raíces en diversas ideas o corrientes. Puede partirse de lo que el derecho natural es para la corriente de la Escuela Católica, en ella todo derecho natural está en la voluntad de Dios, en su inteligencia, en los fundamentos básicos de su palabra, así, la Biblia otorga al hombre no solo diez mandamientos, sino más de seiscientas ordenanzas contenidas en el Antiguo Testamento para que el ser humano mostrase una conducta agradable a Él. Otra concepción de este derecho es el que otorga la Escuela Clásica y que se basa en que el derecho natural esta intrínsecamente en la naturaleza humana, existe porque existe el hombre; finalmente la Escuela Racionalista entiende que toda norma de característica natural es creada por la propia razón humana y derivada de ella el ser humano posee una guía interna o un concepto preconcebido de lo que es bueno y lo que es malo.

De lo anteriormente escrito, pueden generarse preguntas en cuanto al tema central siendo ellas: ¿es correcto y natural utilizar técnicas científicas para la creación de la vida? ¿Las técnicas de reproducción asistidas son un derecho humano? En caso de emplearse, ¿qué derechos humanos se agreden o cuales se protegen? ¿El derecho humano a formar una familia incluye técnicas de reproducción asistida o debe efectivizarse este derecho a través de los procedimientos permitidos en la legislación? ¿Prevalecen los derechos humanos de personas adultas sobre los



derechos humanos del niño? Estas interrogantes son pocas en relación con la importancia del tema porque en el presente capítulo se procura analizar el problema desde el punto de vista de las personas que puedan encontrarse en esa situación.

En relación con el derecho natural, la respuesta podría ser que a toda persona le asiste el derecho de ser padres, pero con la condicionante de no afectar los derechos naturales de otra persona, porque entonces, si los derechos naturales son iguales para todos los seres humanos, aquellos no pueden agredir a otros de su misma especie pues al hacerlo, producirían una ruptura en el orden natural porque se aceptaría que la propia naturaleza aprueba abiertamente la preeminencia de unos derechos sobre otros y aprueba también la agresión del ser humano a otro y en casos como el de maternidad subrogada, se aceptaría que una persona tiene como derecho natural, el nacer por vía de un contrato civil celebrado entre personas adultas. Lo mismo sucedería si en el enfoque de los derechos naturales que son otorgado por Dios como autoridad máxima y dador de todos los derechos, se acepta la injerencia del contrato para la creación de la vida. Por último, la maternidad subrogada si puede encasillarse en el tercer concepto que es la decisión humana sobre traer al mundo a una persona por vía contractual.

Un concepto inicial sobre derechos humanos sostiene que “son los atributos inherentes a la persona, desde que nace hasta que muere; se protege incluso al embrión y luego al niño, después al adolescente y se continúa protegiendo al adulto, para concluir con la protección al anciano” (Prado, 2007, p. 53) es decir, los derechos humanos aun cuando tienen su fundamento en lo natural o en lo positivo, siempre habrán de procurar protección a la persona desde su concepción. Gregorio Peces-Barba (como se cita en Prado, 2007) afirma que los derechos humanos son:



Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción. (s. p.).

La definición abarca aspectos naturales de los derechos humanos en cuanto a que se protege la vida, la libertad y el desarrollo de la persona, todo ello es inherente al hombre y él tiene derecho a exigir del Estado y de la sociedad el debido respeto, además el concepto hace referencia al positivismo en cuanto a que señala que la norma jurídica es la que atribuye el derecho al hombre. Como dice Prado (2007), “Los derechos humanos son derechos naturales, pero estos deben ser protegido por el sistema jurídico de un Estado” (s. p.).

De acuerdo con lo anterior, cabe decir que el derecho a la maternidad subrogada es discutible desde el punto de vista del derecho natural y será posible desde el punto del derecho positivo si el Estado en que se produce la acción la tiene debidamente regulada.

1.11.2. Derecho positivo

El derecho positivo es aquel que tiene como objetivo “eliminar de la teoría del Derecho la especulación metafísica y filosófica y a limitar el campo de la investigación científica al mundo empírico” (Bodenheimer, 2007, p. 268), es decir, derecho positivo es aquel que objetivamente puede verse y por ende invocarse ante quien debe hacer justicia. Moór (como se cita en Bodenheimer, 2007), afirma en cuanto al positivismo jurídico lo siguiente:



El positivismo jurídico es una concepción con arreglo a la cual, el Derecho es producido en un proceso histórico, por el poder gobernante en la sociedad. En esta concepción Derecho solo aquello que ha mandado el poder gobernante y todo lo que este mande es Derecho por virtud del hecho mismo que lo manda. (p. 268)

En este contexto, los derechos humanos podrán efectivizarse e invocarse cuando están contenidos en normas legales que han sido aprobadas y creadas por el órgano legislativo correspondientes a cada Estado, por ello existen autores que hacen diferencia entre derechos naturales, derechos fundamentales y derechos humanos:

Los derechos naturales del hombre, proceden del siglo XVIII, especialmente del liberalismo individualista, donde se decía que los derechos del hombre son los derechos inherentes al mismo, puesto que el hombre procede de la naturaleza, estos derechos protegen a los seres que son superiores a todos los demás seres que habitan en la naturaleza. En cuanto a los derechos fundamentales (...) se dice que son aquellos derechos o garantías del hombre contemplados en la Constitución. A raíz de ello se dice que los derechos fundamentales nacen y se mueren con la Constitución. Se puede concluir que los derechos y garantías individuales que contemplan las constituciones son derechos fundamentales. Con relación a lo que ahora se conoce como derechos humanos, se puede manifestar que estos han surgido a través de una variedad de documentos internacionales que hacen alusión a la terminología de derechos humanos, tal es el caso de la Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948. (López Contreras, 2017, pp. 32-33)

De esta última idea se puede extraer que los derechos fundamentales positivizados en las constituciones y en instrumentos internacionales han sido reconocidos como derechos humanos de forma escrita y su aplicación es innegable en cualquier ámbito de la vida del ser humano.







CAPÍTULO II

2. El contrato

2.1. Aspectos generales

Las personas pueden realizar cualquier acto que la ley no prohíbe para regular sus relaciones jurídicas, la libertad existe en el principio de la autonomía de la voluntad y los límites existen en la moral, las buenas costumbres y la propia ley. El hombre rige sus actos según su voluntad y las manifestaciones emanadas de esta pueden o no producir efectos en el ámbito jurídico; el hecho jurídico es “cualquier acontecimiento, natural o humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas” (Aguilar Guerra, 2006, p. 2). Es decir, la persona puede realizar cualquier actividad sabiendo que pueden darse consecuencias jurídicas y ello le obliga a vigilar que se dé la licitud dentro de la relación que está a punto de crearse.

Dentro del enfoque en el que se encuentra la presente investigación, es importante señalar no solo el hecho jurídico sino también el acto jurídico, el cual es ya una categoría en donde interviene la conducta humana encaminada precisamente a la producción de consecuencias jurídicas, por ejemplo: el embarazo es un hecho natural en cuanto a su desarrollo, sin embargo, posee consecuencias jurídicas puesto que los futuros padres saben que de la concepción de un ser se desprenden efectos de tipo jurídico como la inscripción en el Registro Civil.

Con lo anterior, se pretende ejemplificar que dentro de la vida del ser humano pueden existir hechos que son naturales, también actos propiamente jurídicos que no tienen límite en cuanto a su ejercicio por cuanto no riñen con la moral, la ética, la ley o las buenas costumbres,



sino que son actitudes que se toman como normales, sin embargo, existen otros casos en los cuales las personas crean supuestas relaciones jurídicas que no están permitidas por la ley, tal es el caso de la maternidad subrogada en Guatemala ya que al darse esta práctica, se utiliza un contrato de tipo civil, el cual por supuesto se celebra entre personas adultas pero con el fin de provocar un embarazo y luego apartar a la progenitora del niño para darlo a la pareja que la ha contratado.

El contrato que se ha utilizado para crear este tipo de vínculos, no está comprendido en la legislación nacional, lo cual es un punto a tratar en la investigación, empero, otro punto importante lo constituye el hecho que una situación de esta naturaleza atenta en contra del interés superior del niño porque a través del contrato civil de maternidad subrogada, se tiene como objeto del mismo precisamente al niño que ni siquiera está concebido pero que su vida, su persona y su futuro, están ya comprometidos a través de una relación contractual que incluye por supuesto una parte patrimonial. Por ello, es necesario realizar el análisis del contrato para establecer si es posible utilizar esta institución del derecho civil para lograr la concepción, nacimiento y posterior entrega de un niño a otra familia estableciendo como objeto del contrato a la persona.

El contrato está constituido por declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicos debido a que su esencia es crear, modificar, transformar o extinguir derechos y obligaciones, sin embargo, ha de tomarse en cuenta qué tipo de derechos y obligaciones pueden encuadrarse en esta figura legal ya que el contrato se ha definido como “el negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (Díez-Picazo, 1996, p. 123). Esta concepción delimita al contrato como una institución capaz de regular relaciones interpersonales siempre que exista el elemento patrimonial. Se dice que el contrato

tiene sus bases en aspectos ideológicos y sociológicos, principalmente porque el contrato debe basarse en la idea del mercado y en la igualdad de las personas que contratan puesto que es el mejor medio para resolver intereses entre ellas.



Debe pensarse la situación contraria, es decir, qué sucede cuando las personas desean resolver o hacer efectivos sus intereses en aquellos campos en donde el contrato no puede intervenir, como es el caso de la maternidad subrogada, ello porque en esta situación se aplica en cierta forma la concepción que los romanos tenían sobre el contrato y sus elementos ya que para ellos, el contrato no solo necesitaba la voluntad de las personas sino que se exigía la existencia del fundamento jurídico, situación que en Guatemala no existe en relación con la maternidad subrogada ya que no se cuenta con ninguna norma legal que ampare un contrato de esta naturaleza, así, en Roma se afirmaba la idea que “la voluntad de las partes no puede a discreción, ni crear los negocios jurídicos ni determinar sus elementos” (Bialostosky, 2011, p. 138). Es decir, se tomaba el contrato como algo importante pero no podía estar a la entera voluntad de las personas, lo cual lleva a considerar que la autonomía de la voluntad no imperaba de forma absoluta.

2.2. Requisitos del contrato en la legislación guatemalteca

El contrato es un acuerdo, un pacto o una convención que conlleva la declaración de la voluntad de las personas en un plano de igualdad para regular sus relaciones jurídicas y dar validez a los derechos y obligaciones que puedan originarse; para que esto suceda, debe cumplirse con los requisitos que la ley establece para que cualquier convenio nazca de forma legítima a la vida jurídica.



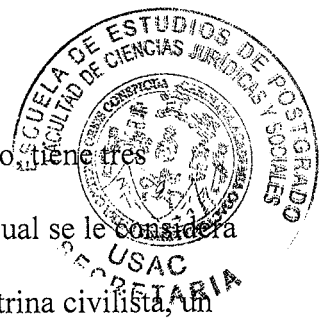
Al respecto, el Artículo 1518 del Código Civil regula que los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez, sin embargo, el contrato al ser una especie de negocio jurídico -que es el género- también debe aplicar para sí los requisitos que la ley exige para aquel, de tal cuenta, el Artículo 1251 del Código Civil regula que el negocio jurídico requiere para su validez capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito. Es por ello que es necesario analizar cada uno de los elementos mencionados para establecer la viabilidad del contrato y si puede encuadrarse en dichos requisitos, las declaraciones de voluntad encaminadas a la maternidad subrogada o vientre en alquiler en el país.

2.2.1. Capacidad legal de quien manifiesta su voluntad

En primer término, debe decirse que la capacidad hace referencia directamente a la persona, palabra sobre la cual se tienen dos acepciones: por una parte, la persona es un ser humano, hombre o mujer, también, puede considerarse a la persona desde el punto de vista jurídico y a este campo le corresponde la idea que comúnmente se ha manejado en cuanto a que “persona, en sentido jurídico, es todo ser capaz de derechos y obligaciones” (Brañas, 2014, p. 31). Asimismo, se sabe que en cuanto a la clasificación de las personas, las hay individuales y jurídicas.

La capacidad es el resultado de otra institución del derecho civil denominada “personalidad”, la cual puede entenderse como la aptitud que la ley otorga a una persona para ser reconocida legalmente y poder gozar derechos y atribuirse obligaciones, al respecto se dice que:

La personalidad proviene de las palabras latinas *personalitas* y *personalitatis* y es el



conjunto de cualidades que constituyen a la persona. En sentido jurídico, tiene tres acepciones principales: a) Es la cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera un centro de imputación de normas jurídicas, o como lo expresa la doctrina civilista, un sujeto de derechos y obligaciones; b) Es la idea que se vincula con el concepto de persona, tal como la considera la doctrina del derecho civil, y los temas conexos a la misma, dentro de los cuales conocemos los llamados atributos de la personalidad; c) Es la vinculación que nos permite entender la distinción entre persona física o moral, así como la subsistencia del reconocimiento de tales entes en el ámbito de las relaciones jurídicas. (Morales, 2004, s. p.) (sic)

Lo anterior es de suma importancia ya que en esta conceptualización de la personalidad se encuentra la razón de ser de la persona, pues en el primer campo se indica que las normas legales vigentes en un determinado territorio tienen su finalidad en la persona, en el segundo campo se ubican los atributos de la personalidad los cuales son aquellos conceptos que dan identidad completa al ser humano porque son parte esencial de la vida, así, el domicilio, el nombre, la capacidad, el estado civil y el patrimonio forman un todo en favor de la persona.

La capacidad se ha estudiado desde dos puntos de vista: en cuanto a la de goce, se dice que se posee por el hecho de tener la calidad de ser humano, razón por la cual, le son inherentes todos los derechos que puedan corresponderle sin necesidad de tener título o autorización para gozarlos, De Castro, (como se citó en Aguilar Guerra, 2007) señala que la capacidad de derecho o de goce es “la calidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que le afectan” (p. 185), por su parte, la capacidad de obrar o de ejercicio es aquella que habilita a la persona para poder ejercer sus derechos y obligaciones personalmente o bien cuando ejerce representación de otra, es la cualidad jurídica de la persona que determina conforme a su estado



la eficacia jurídica de sus actos (Aguilar Guerra, 2007, p. 187) .

De lo expuesto, se establece que para la celebración de cualquier negocio jurídico, específicamente un contrato, la persona debe poseer capacidad de ejercicio, ya que únicamente a través de esta es que la ley confiere validez a todas las manifestaciones de voluntad que puedan crearse.

2.2.2. Consentimiento

La persona que tiene capacidad para contratar puede realizar una serie de actos que le permiten agenciarse derechos o cumplir obligaciones, para ello necesita dar a conocer su voluntad, dar al acto jurídico validez, esta voluntad debe ser libre, espontánea, verdadera y no estar sujeta a ningún elemento externo que la manipule.

La voluntad fuera del ámbito jurídico es simplemente una mera intención de realizar o no determinada acción, sin embargo, para efectos del contrato es diferente, pues ya se tiene una finalidad distinta, León Hurtado (1991) afirma que “la voluntad recae sobre un objeto; la causa, sea que se entienda por tal el motivo psicológico o jurídico que induce a contratar, está en la manifestación de voluntad” (p. 26), es decir, la voluntad puede tener motivos tanto psicológicos como jurídicos. Esta definición importa al tema puesto que se relaciona directamente al contrato de maternidad subrogada porque las personas que celebran este tipo de contrato buscan satisfacer, antes que lo jurídico, una necesidad psicológica dirigida al ejercicio de la paternidad.

La voluntad de la persona, para lograr su objetivo, necesita sufrir una transformación y pasar del ámbito unilateral al bilateral -al contrato- en este momento se denominará “consentimiento”, el cual es la combinación de dos o más voluntades que coinciden y forman

una relación jurídica en la cual pueden crear, modificar, transformar o extinguir derechos obligaciones. En ese sentido, las voluntades han de ser complementarias ya que una de las partes ofrecerá determinada prestación y la otra aceptará, así lo estipula el Artículo 1522 del Código Civil al regular que la oferta contendrá las condiciones del contrato y se hará en términos precisos y concretos. La respuesta se dará lisa y llanamente.



De acuerdo con lo anterior, se considera que es necesario establecer si dentro del contrato importa únicamente la voluntad o junto a ella deben existir otros elementos, como la declaración, la cual se refiere a la exteriorización de la voluntad interna del sujeto que desea contratar, “aparece así como ingrediente del contrato la declaración de voluntad contractual que es una forma de comunicación social, por medio de la cual cada uno de los contratantes da a conocer al otro su propia voluntad” (Díez-Picazo, 1996, p. 148).

Lo anterior hace concluir que el consentimiento se forma a través de una voluntad que en principio nace del pensamiento de la persona -se encuentran en su fase interna-, posteriormente, se encuentra frente a otra voluntad que desea acoplarse -coincidencia- y, finalmente, se produce el acto de manifestación expresa mediante el cual comparecen las personas interesadas a la celebración del contrato y a través de su aceptación y firma hacen evidente que el consentimiento está dado para que ese contrato produzca los efectos jurídicos deseados. Por ello se dice que “el consentimiento es el acuerdo de voluntades, de dos o más personas que puede tener por efecto el crear, transmitir, modificar o extinguir efectos de derecho, trátase de derecho subjetivos, deberes jurídicos u obligaciones de carácter convencional.” (Contreras López, s. f., s. p.).

Puede concluirse que el consentimiento es la coincidencia de voluntades, empero, para que esto puede producirse y se forme propiamente el contrato, se necesita que se perfeccionen

los elementos mencionados en el Artículo 1522 del Código Civil, es decir, oferta y aceptación.



2.2.2.1. Oferta y aceptación

En cuanto a la oferta y la aceptación se afirma que:

Es una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato. Para que exista oferta es preciso que la declaración contenga todos los elementos necesarios para la existencia del contrato proyectado y que esté destinada a integrarse en él de tal manera que, en caso de recaer aceptación, el oferente no lleve a cabo ninguna nueva manifestación (...) la aceptación es la declaración de voluntad que emite el destinatario de una oferta dando su conformidad a ella. Es necesario que la aceptación coincida con los términos de la oferta y que se haga tempestivamente, es decir, mientras la oferta no ha caducado. (Díez-Picazo & Gullón, 1989, p. 69).

Con base en los elementos definidos, resulta trascendente saber si en Guatemala puede producirse cualquier tipo de contrato o toda clase de ofertas, o bien, únicamente las que se refieren a bienes o cosas que están dentro del comercio de los hombres, es decir, lo que es de tráfico lícito, cabe preguntarse, si la vida de un ser humano puede catalogarse como un bien o cosa sujeto a comercio. En este sentido, debe establecerse que en todo contrato debe existir, como tercer elemento de validez, el objeto, ya que dentro de él deben considerarse las prestaciones que las partes contratantes deben efectuar, sin embargo, previamente al abordaje del tema, es necesario hacer referencia a los vicios del consentimiento ya que al producirse pueden provocar que el contrato resulte en anulabilidad, dependiendo cada caso concreto.



2.2.2.2. Vicios del consentimiento

El consentimiento, como elemento esencial que integra al negocio jurídico según la ley, debe ser emanado de forma pura y sin influencias externas, sin embargo, dentro de la formación del contrato pueden producirse situaciones que ejercen presión sobre la voluntad interna y por ende sobre la declaración externa de esta, es decir, el consentimiento; al producirse cualquier circunstancia que afecta la libre disposición de la persona sobre la forma en la cual quiere contratar, pueden surgir también las posibilidades de anular el contrato celebrado. Esta situación es muy importante en el tema que se investiga porque el contrato civil de maternidad subrogada -en los países donde se permite- es un acto de suma trascendencia para las personas involucradas, ya que la madre que gestará en su vientre, como ser humano, no puede ser colocada en situaciones de presión, de error, dolo o violencia y como resultado ser obligada a desarrollar el embarazo, dar a luz y entregar posteriormente al producto de la concepción.

2.2.2.3. Error

El error, como vicio del consentimiento, se refiere a que una persona civilmente capaz para adquirir derechos y obligaciones, que puede prestar válidamente su consentimiento, celebra o pretende celebrar un negocio jurídico o un contrato, bajo la creencia de que lo realizado es correcto, sin embargo, pueden existir casos en los cuales la realidad es distinta a la creencia de la persona y en cuanto al tema que se analiza, el problema radica en que cuando una mujer alquila su vientre para la procreación, sea por motivos sentimentales, altruistas o de lucro, pero bajo la convicción que nada incorrecto hay en ello, el consentimiento ya está viciado pues en este caso concurre el error, elemento que puede ser reforzado por otros. Rojina Villegas (1979) afirma que “además del error, la ignorancia, que consiste en la carencia de conocimientos respecto de alguna

materia, se toma en cuenta en el derecho para atribuirle los mismos efectos que al error.



El Artículo 1258 del Código Civil regula que el error es causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto o sobre cualquier circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad. Al respecto, es importante establecer que en el caso de la maternidad subrogada en Guatemala se produciría un error sustancial sobre la causa del contrato porque los elementos que le originan son ilícitos en cuanto al resultado, es decir, que la mujer que brinda su vientre para el desarrollo del embarazo sabe que la causa de celebrar el contrato es porque se le requiere por parte de una pareja que probablemente no puede procrear, existe muy probablemente el ánimo de lucro y buscan que geste a un ser humano; es decir, la futura madre está dando su consentimiento para desarrollar un embarazo, empero, considera que es una actividad lícita. En este caso, la causa del negocio jurídico es fallida porque en el país no existe la posibilidad de celebración de este tipo de contrato.

La doctrina considera al error como “una creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico” (Rojina Villegas, 1979, p. 139). Se advierte que la persona que en determinado momento suscribe un contrato bajo esta circunstancia se encuentra padeciendo una representación equívoca de la verdad y de la realidad, lo que la lleva a crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones que jurídicamente no son viables.

El error también se ha considerado como: “la ignorancia, en el defectuoso conocimiento o en la falsa representación de los elementos objetivos subjetivos de la realidad factica o jurídica por referencia a hechos, situaciones, cualidades o relaciones” (Lacruz Berdejo, Luna Serrano, y Rivero Hernández, 1990, p. 176). Es decir, que la persona que intenta la celebración del contrato

puede sufrir el error de hecho, que se refiere a la realidad, y el error de derecho, que es la ignorancia de las normas jurídicas que permiten o no determinado tipo de negocio jurídico.



2.2.2.4. Clases de error

El error puede ocurrir de diversas formas o en elementos diferentes, por ejemplo en el objeto, en la causa, en la persona, en los calculos numéricos o matemáticos, sin embargo, el error tiene como premisa principal que debe ser un padecimiento propio, una equivocación que sufre aquel que intenta la celebración del contrato y que sobre esa creencia, busca los efectos jurídicos. Contreras Ortiz (2004) realiza la clasificación del error en la forma siguiente:

1. Error obstativo o impediante, cuando recae sobre la naturaleza del negocio. Sería el denominado error in negotio (...) 2. Error esencial o error nulidad, cuando reca sobre la sustancia de la cosa que sirve de objeto al contrato, entendida la sustancia como la cualidad principal de la cosa según el adquirente en la misma (...) o sobre cualquier circunstancia que fuere el motivo determinante de la negociación (...) 3. Error indiferente, cuando reca en aspectos secundarios, no sustanciales del negocio. Por razón que no afecta el consentimiento, el objeto ni la causa, no invalida el contrato y solo da lugar a su corrección. (pp. 224, 225).

De lo anterior puede decirse que una mujer, en el caso que quisiere disponer de su vientre para la procreación de un niño bajo la modalidad de maternidad subrogada, debería suscribir un contrato de tipo civil, entre adultos, invocando la autonomía de la voluntad y esforzándose tanto ella como los contratantes de no incurrir en error, sea cual fuere el lugar en donde este pueda encontrarse o constituirse lo cual sería imposible porque inmediatamente se produce un error de nulidad, pues ya en este momento puede afirmarse que la vida de una persona no puede ser

objeto de contratación, es decir, la formación del ser humano vivo no puede ser llamado objeto del contrato, ni sustancia, ni la cosa que sirve de base al negocio jurídico.



En estos casos el contrato no puede ser válido, empero, el problema sucede cuando las personas, apartándose de la normativa guatemalteca, llevan a cabo negociaciones con efectos jurídicos que pueden producirse en distintas áreas del derecho, por ejemplo: un niño que nace producto de un contrato de maternidad subrogada, necesita ser inscrito en el Registro Civil, sin embargo, en Guatemala el criterio para la inscripción es que únicamente serán los padres biológicos, padres adoptivos o jueces en determinados casos, los legitimados para realizar este acto administrativo y en el supuesto de la subrogación de maternidad no se dan estos presupuestos.

Algo importante en este momento de la formación del consentimiento, es que en el caso de la maternidad subrogada en Guatemala, es indispensable diferenciar si se está ante el error como vicio del consentimiento o ante el dolo. En el primer caso, debe decirse que el error se encuentra en ambas partes y por esto es que se sostiene que el contrato es nulo y no anulable, ello porque en realidad no existe el consentimiento, así lo afirma Contreras Ortiz (2004) al establecer que:

Si ambas partes se equivocaren sobre el motivo determinante de la contratación, no se estaría ante un error determinante de nulidad relativa del contrato, sino realmente ante la inexistencia del consentimiento, lo cual originaría la nulidad absoluta del contrato por falta de un elemento esencial. (p. 226).

Por último, es importante mencionar lo afirmado por Díez-Picazo (1996) en cuanto a que “el error, es además un presupuesto de la buena fe, que el ordenamiento tiene en cuenta para dar

a la persona que se encuentra en dicha situación o estado un trato más benévolo” (S.p.) a esto parece ser de suma importancia ya que, en cuanto a la maternidad subrogada se refiere, al momento de llevar el conflicto ante juez competente, este deberá establecer si la madre que brindó su vientre lo hizo con intenciones de enriquecimiento o bien por razones erróneas que bien pueden ser por altruismo. Este precepto no ocurre con el vicio del consentimiento que a continuación se estudia.



2.1.2.5. Dolo

El Artículo 1261 del Código Civil guatemalteco establece que el dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes. De lo regulado por la ley, puede advertirse que el dolo es una conducta voluntaria del hombre que por acción u omisión, puede generar ciertos efectos jurídicos, específicamente puede provocar que la persona que ha de prestar su consentimiento en la celebración del contrato lo haga de forma equivocada. El dolo es un hecho que genera una declaración de voluntad viciada ya que provoca que la persona vaya a error o se mantenga en él, sin embargo, este error que nace o se mantiene es una inexacta representación de la realidad ya no padecida espontáneamente por la persona sino que es producto del engaño o cualquier otro artificio utilizado por la otra parte.

En cuanto a la maternidad subrogada y su celebración por medio de un contrato, puede decirse que el dolo puede actuar cuando la parte que contrata a la mujer que presta su vientre para el desarrollo del embarazo es inducida al error al manifestársele que su actuar es correcto y que nada prohibido hay en ello, sin embargo, la parte que lo induce sabe que en Guatemala esta figura no está contemplada en la legislación y por ende no puede llevarse a cabo porque no está regulado en el ámbito civil y porque no es un contrato mercantil ya que la vida no es parte del

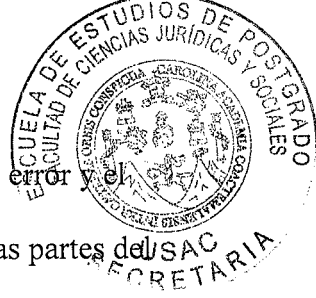
comercio lícito.



El dolo-vicio de la voluntad o del consentimiento tiene un significado distinto: dolo es el error provocado, inducido por acción o por omisión, sea por la contraparte en el acto jurídico bilateral, sea por un tercero: es un vicio en la voluntad porque afecta la intención del mismo modo que el error, produciendo en el sujeto que lo padece una falsa representación o valoración de la realidad (o del contrato). Se precisan, pues: el comportamiento engañoso (elemento objetivo), el ánimo de engañar para obtener la declaración, animus decipiendi (elemento subjetivo), la producción del engaño o error, y, por último, que este determine la declaración. (Aguilar Guerra, 2006. p. 262). (sic)

De lo expuesto, puede advertirse que el dolo puede ser provocado por la contraparte en el contrato o bien por un tercero, así lo establece el Artículo 1262 del Código Civil al regular que el dolo de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, produce la nulidad si ha sido la causa determinante del negocio jurídico. En este caso, es necesario establecer que la ley regula específicamente el presupuesto del dolo de un tercero, el cual parece adquirir relevancia si se cumple con el presupuesto incluido en la norma y que se refiere al hecho que la actuación de ese tercero que conlleva una intención de engaño, debe ser conocido por una de las partes que intervendrá en el contrato, esto indica que solo en esa circunstancia, el negocio jurídico es anulable.

Resulta sumamente importante contemplar otra posibilidad: ¿qué sucede si existe una tercera persona que produce un comportamiento engañoso y el mismo no es conocido por ninguna de las partes del contrato? En este caso, la ley no regula al respecto y, de esa cuenta, cabe preguntarse si procede o no la nulidad del negocio jurídico. Parece que la respuesta es

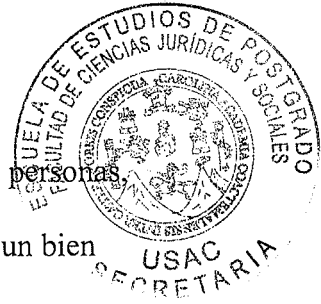


afirmativa porque ambas partes han actuado con base en el engaño, en la inducción al error y el contrato celebrado pudo haberse llevado a cabo con consecuencias jurídicas que ambas partes del contrato no han querido. De ser así, una o ambas partes puede solicitar la nulidad pues ha sido engañada.

De acuerdo con el Artículo 1310 del Código Civil, existe otro aspecto y consiste en el hecho de establecer las consecuencias que genera la solicitud de una parte contractual para obtener la nulidad del negocio jurídico y la oposición de la otra, que, aun sabiendo que prestó consentimiento con engaño, está conforme con los efectos jurídicos que el contrato puede producir, en esta situación, deberá esperarse la sentencia que indique si ha procedido o no la nulidad, así lo regula el Artículo 1309 del Código citado.

No obstante lo anterior, es necesario reflexionar sobre estos aspectos que inciden directamente en las personas y, específicamente en el caso de la maternidad subrogada, estas normas pueden resultar probablemente inaplicables ya que por ejemplo, un juicio en el cual se solicite la anulación del contrato puede tardar varios años y, en el presente caso, el ser humano nacerá en nueve meses, por ello, los perjuicios que se dan en contra del niño que está por nacer y posteriormente nacido, atentan en contra de su interés superior, porque en tanto puede discutirse la validez o no de un contrato, existe una vida que debe ser protegida de acuerdo con la Constitución Política de la República, convenios internacionales y leyes ordinarias.

Claro ejemplo de lo anterior es el contenido del Artículo 1314 del Código Civil, que regula la consecuencia lógica de la anulabilidad del contrato y se refiere al hecho que las partes deben restituirse recíprocamente lo que han recibido o percibido como consecuencia del negocio anulado, esto es cuando el negocio ha tenido por objeto el intercambio de derechos y

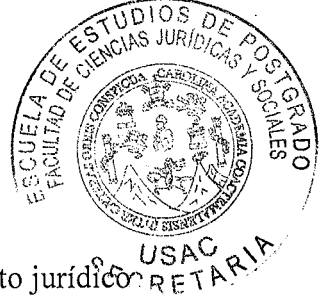


obligaciones relacionadas a bienes que están en el campo de las convenciones entre personas, situación que no ocurre en el caso de la maternidad subrogada porque la vida no es un bien susceptible de ser comprado, vendido o arrendado.

De esa cuenta, cabe mencionar algunas situaciones que pueden darse superando aspectos normativos del contrato. Tal es el caso del contrato de maternidad subrogada en donde existe dolo por alguna de las partes o por un tercero; por ello, se solícita la anulabilidad del negocio jurídico, porque se ha detectado la existencia de un vicio del consentimiento; se inicia el juicio respectivo, se produce el nacimiento y en sentencia se declara que efectivamente se ha dejado sin validez el contrato. Cabe preguntarse en dónde estuvo la persona en tanto se dilucidaba el asunto, si estuvo con la madre biológica no existe problema, pues la única restitución que ella debería dar a la parte que la ha contratado es monetaria, empero, si un juez declarase que no hay nulidad, entonces surge la duda en cuanto a la posibilidad del efecto restitutivo de la anulabilidad y si este puede configurarse en un ser humano al ser visto como un bien objeto de contrato.

Probablemente esa situación salga del enfoque civil, sin embargo, al tratarse la presente investigación del análisis del contrato civil celebrado entre personas adultas, cuyo objeto ha sido subrogar la maternidad, es válida la reflexión de su incidencia directa en el interés superior del niño, ya que debe analizarse además desde esta perspectiva y examinar en este campo si el principio de la autonomía de la voluntad prevalece sobre el principio del interés superior del niño.

Lo mencionado anteriormente, muestra algunas de las situaciones imprevistas que el dolo puede originar en un contrato y aquellas que pueden darse en el contrato de maternidad subrogada, las cuales son desde todo punto de vista negativas para la vida del niño que fue objeto



de la celebración del negocio jurídico. Por ello se afirma incluso que

(...) la mayoría de los autores se inclina por considerar que este tipo de acto jurídico adolece de una nulidad absoluta que impide que surta efecto alguno y, por tanto, esté desprovisto de acción para hacer efectivo su cumplimiento, debido a que la disposición de embriones o de un ser humano son considerados objetos ilícitos porque vulneran las normas de orden público o a las buenas costumbres (Martínez Martínez, 2015, s. p.).

En esta idea ya se conceptualiza al negocio jurídico como nulo de pleno derecho porque recae en los elementos contenidos en el Artículo 1301 del Código Civil, porque se observa que más allá de la existencia del dolo como elemento de anulabilidad, existe un contrato que se ha llevado a cabo bajo los presupuestos del objeto contrario al orden público o a las leyes prohibitivas expresas.

El dolo puede ser visto como un elemento de gran impacto porque ningún contrato debe nacer a la vida jurídica bajo estas condiciones, “dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio” (Díez-Picazo, 1996, p. 170).

2.2.2.6. Violencia

En la legislación guatemalteca este vicio del consentimiento se regula en el Artículo 1265 del Código Civil, el cual establece que la violencia o intimidación deben ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y le inspiren el temor de exponer su persona o su honra, o la de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes. Si se trata de

otras personas, el juez podrá declarar la nulidad según las circunstancias. Esta norma contiene diversos elementos que pueden analizarse, entre ellos la violencia o intimidación a los sujetos que pueden intervenir, sea activa o pasivamente, recoge además la posibilidad que la violencia sea ejercida sobre bienes o personas y que no forzosamente ha de darse sobre quienes intervienen directamente en el contrato.

En un primer momento, “la categoría violencia se usa, en sede de consentimiento contractual, en muy diversos sentidos y acepciones. Se distingue, en primer lugar entre violencia física y violencia moral” (Rogel Vide, 2016, p. 27). Dicho concepto resulta muy interesante en vista que dentro del Código Civil no se hace diferencia entre estas categorías, aunque sí incluye la conjunción o, ya que en la norma antes citada se puede leer, violencia o intimidación. Esto es correcto en cuanto a que una y otra palabra no son iguales y pareciera que al hablarse de violencia se hace referencia al ámbito físico y al referirse a la intimidación, el vicio se dirige hacia el elemento moral.

La violencia, es la “coacción física ejercida sobre un individuo para obligarle a realizar o no realizar un negocio jurídico” (Padilla Lara, 2004, p. 32), es decir que en este caso la violencia debe estar compuesta por acciones que incidan en la integridad física de la persona para obligarle a prestar el consentimiento en la realización de determinado negocio jurídico, no obstante ello, de la definición aportada puede observarse también un elemento negativo y es el que se refiere al hecho que la violencia puede ser utilizada para impedir que se realice determinado negocio, esto puede darse cuando por motivos que benefician a quien infringe la violencia, no se permite a otro dar su consentimiento, se da una verdadera limitación a la expresión de la declaración de voluntad.



En cuanto a los sujetos que pueden intervenir en la conformación de este vicio del consentimiento, cabe decir que los actos violentos pueden ser infringidos por una de las partes del contrato o por un tercero, y en contra de la otra parte contratante o terceros vinculados de cierta forma a ella. En este sentido, el Código Civil establece taxativamente que los sujetos pasivos de la violencia pueden ser uno de los contratantes, su conyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, estas personas son quienes están ligados directamente a la persona que efectivamente debe prestar el consentimiento ya que existen vinculos consanguineos y por afinidad. No obstante ello, el Código también señala la posibilidad que otras personas que tengan determinado vinculo con el contratante afectado, puedan sufrir la violencia y que en estos casos será el juez que conoce del juicio de nulidad quien debe resolver si es procedente o no declararla.

La violencia es pues, una fuerza física padecida en el cuerpo por la persona llamada a prestar la declaración de voluntad, pero también puede ser que la violencia sea ejercida sobre los bienes de esa persona o de los vinculados a ella como se mencionó anteriormente. Estos actos pueden consistir en el primer caso en infringir golpes, dolor o cualquier otra situación que cause impacto en la integridad de la persona; en el segundo supuesto, la destrucción de bienes que pertenecen a la persona o su allegados y que incide directamente en su animo y resulte aprobando el negocio jurídico que se le presenta.

Por su parte, la intimidación se refiere, tal como se mencionó, al sometimiento de una persona a amenazas o actos que no son de carácter físico, pero que sí son capaces de producir temor o miedo severo en la persona que lo padece y que le obligan a realizar determinada conducta.

Díez-Picazo (1996) cita el Artículo 1267 del Código Civil español, el cual regula la intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona y bienes o en la persona y bienes de su conyuge, descendientes o ascendientes” (p. 163). De esta norma legal, pueden extraerse algunos elementos que integran la intimidación y ellos se refieren en primer lugar a la amenaza de causar daños a personas o bienes, sin embargo, debe aclararse que la intimidación es precisamente una actitud de amenaza, la cual podrá convertirse en violencia física cuando se lleva al plano de la ejecución y se dan actos ya externos que afectan la integridad de la persona y los bienes.

Otro elemento que puede observarse es que esta amenaza posee una finalidad, la cual consiste en la producción de temor racional y fundado que los males que se anuncian, pueden ser llevados a la realidad, esta situación que se considera grave es de tal magnitud que produce en la persona amenazada una manifestación de voluntad en el negocio jurídico que se le propone.

En cuanto a las personas que intervienen, serán los mismos que en la violencia ya que la intimidación puede realizarse por una de las partes contratantes o por terceros y dirigirse en contra de la otra parte del contrato, sus parientes por constanguinidad y afinidad, así como otras personas no individualizadas, pero que en caso de producirse intimidación contra ellos, el juez resolverá de acuerdo con las circunstancias.

En el caso del contrato de maternidad subrogada podría darse violencia o intimidación únicamente en contra de la madre gestante, puesto que es ella la única que puede satisfacer la prestación del negocio jurídico, la cual consiste en el desarrollo del embarazo y posterior alumbramiento, por lo que únicamente ella podría solicitar ante juez su intervención frente al contrato, el cual en su esencia es nulo porque como se ha dicho, la vida no es un bien ni es una



cosa sujeta al comercio.

2.2.2.7. Simulación



El Código Civil guatemalteco se refiere a la simulación y establece que tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza; cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas y cuando se transmiten o constituyen derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas. En ese contexto, puede decirse que “las partes del negocio jurídico, de común acuerdo, declaran determinada voluntad, constituyendo un negocio jurídico aparente, sin causa o con causa distinta a la querida” (O’callaghan, 1997, p. 500).

La simulación se entiende como el acto deliberado que tienen las partes contractuales para efectuar un negocio jurídico que no tiene causa real porque busca declarar una voluntad que no existe o bien, busca encubrir o disimular la verdadera intención de quienes prestan el consentimiento. Al respecto, el Artículo 1285 del Código Civil regula las clases de simulación que pueden darse, en primer termino, la simulación absoluta, que se produce cuando la voluntad es totalmente inexistente, cuando no hay realidad en ella y de esa cuenta, el negocio jurídico tiene como consecuencia que no se pueden configurar efectos jurídicos en este negocio, es decir, existe nulidad absoluta. Por su parte, la simulación relativa se da cuando se trata de disimular un negocio jurídico con otro, es decir, dar la falsa apariencia. Los efectos consisten en que el negocio jurídico encubierto producirá sus objetivos siempre que el objeto sea lícito.

Puede advertirse que para la existencia de la simulación, es necesario que se de entre las partes contractuales, el acuerdo simulatorio, al cual se le conceptualiza tal como afirma Lacruz

(como se cita en Arnau Moya. 2009) como “la base de la simulación porque las partes han debido ponerse de acuerdo para manifestar la voluntad configuradora del contrato aparente ficticio y al mismo tiempo dejar convenido que lo aparentado no obliga a nada” (p. 209), esto en cuanto a la simulación absoluta, empero, si se trata de la nulidad relativa, el mismo autor dice que las partes lo que han querido es un contrato diferente del simulado.

Existen autores que sostienen que la simulación no es un vicio del consentimiento, al respecto, Contreras (2004) afirma:

No obstante que el Artículo 1251 del Código Civil incluye la simulación como vicio del consentimiento, no la considero tal. Y esto es porque a diferencia de lo que ocurre en el error, en el dolo y en la violencia (en los cuales la voluntad se formó de manera defectuosa por la equivocación, el engaño o la fuerza o amenaza), en la simulación no hay ninguna distorsión o defecto. Por el contrario, las partes actúan conscientemente, deliberadamente, para engañar. No hay vicio del consentimiento. Lo que hay es “exceso de consentimiento”, puesto que están conviniendo lo que no está permitido por la ley: aparentar con el propósito de engañar a terceros (...) La simulación es causa de nulidad o de anulabilidad del contrato (según sea absoluta o relativa), pero no es vicio del consentimiento. (p. 308)

Puede deducirse que la simulación es efectivamente una figura legal que hace referencia a lo que se denomina causa del contrato, porque este elemento indispensable en todo negocio jurídico es aquel que contiene la verdadera intención de los contratantes, quienes por una u otra circunstancia deciden encubrir o suplantar la esencia del negocio jurídico que están celebrando, sea de forma absoluta o relativa.

Todo negocio jurídico tiene una razón de ser, una causa que da origen a su creación, sin embargo, esta causa ha de estar relacionada directamente al objeto del contrato, a la prestación que las partes negociantes desean brindarse recíprocamente, en el caso de la maternidad subrogada, pueden existir diversas razones o causas para celebrarlo, dentro de ellas, la imposibilidad de la mujer para gestar, sea por motivos de esterilidad, porque su cuerpo no soporta las condiciones propias del embarazo o porque simplemente no desea experimentar un embarazo, esto puede traer como consecuencia que las personas opten por solicitar la gestación subrogada y celebrar el contrato con una mujer que a través de los procedimientos médicos respectivos puede desarrollar el embarazo y hacer posible el alumbramiento, no obstante ello, en Guatemala se consideraría que la causa y el objeto del negocio jurídico no están de acuerdo con la ley, porque Guatemala no posee legislación específica para la celebración de este tipo de contrato.

2.2.3. Causa del contrato

El contrato, como un acuerdo de voluntades, tiene requisitos para poder nacer a la vida jurídica y producir efectos entre las partes que lo han creado, ya se ha tocado el tema de la capacidad, el consentimiento, los vicios que pueden hacer anulable lo convenido, sin embargo, un tema importante dentro del contexto de la presente investigación es la causa del contrato, ello porque la maternidad subrogada es un hecho que se origina a partir de la celebración de un contrato civil que contiene estipulaciones sobre las obligaciones que cada una de las personas que intervienen debe realizar, es decir, la prestación que debe ser satisfecha por cada contratante.

Dentro de la exposición de motivos del Código Civil vigente, se indica que la causa no fue incluida porque muchas veces este elemento se ha confundido con el objeto del contrato, si

este es oneroso y con el consentimiento si se trata de un contrato gratuito. No obstante, existen opiniones que contradicen esta postura, al respecto, Contreras (2004) afirma:



Por mi parte creo que el Código Civil si admite la causa como elemento esencial del contrato, en la misma jerarquía que la capacidad, el consentimiento y el objeto. Pongo como ejemplos de mi aseveración los siguientes: para estimar el error y el dolo como determinantes de anulabilidad del contrato, exige que hayan sido “la causa principal de la declaración de voluntad” o “la causa determinante del negocio jurídico”. (p. 234).

Este concepto es importante porque establece la posibilidad de que el contrato haya sido celebrado por error o por dolo y, en este último caso, se estaría frente a la creación de un negocio jurídico desprovisto de licitud. En este contexto, la causa del contrato ya está dirigida a la producción de efectos jurídicos que sin la concurrencia del dolo, no podrían darse. Parece importante señalar que la causa sí es un elemento indispensable del contrato ya que en muchas formas, esta puede ser ilícita, a manera de ilustración puede decirse que la causa de un contrato de maternidad subrogada en Guatemala esta fuera de lo permitido por la ley pues si se analizan los elementos que integran la situación, se advierte que, en primer lugar, un embarazo es un hecho natural, pagar por un servicio es un hecho lícito pero pagar a una mujer para que se embarace y luego entregue al niño a personas que probablemente no tienen vínculos con él, constituye un contrato ilegítimo ya que la causa está dañada.

Se considera que situaciones como la descrita hacen posible el examen de la causa del contrato aun cuando en el Código guatemalteco no existe una norma que se refiera a ella de forma especial como sí lo hace el Código Civil español el cual, en el Artículo 1261, establece: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los

contratantes; 2°. Objeto cierto que sea materia del contrato; 3°. Causa de la obligación que se establezca.”



El Artículo citado, en efecto, hace clara alusión a la causa, sin embargo, es de hacer notar que no estipula causa del negocio jurídico sino causa de la obligación, en este sentido, hay posiciones doctrinarias que hacen diferencias entre ellas; en cuanto al contrato, se ubican las razones que motivan a la persona para celebrarlo, en cuanto a la obligación, la razón de las prestaciones que cada parte recibirá de la otra y que pueden derivarse del propio contrato, de los cuasicontratos, de los delitos o de los cuasidelitos. Giorgi, (como se cita en Díez-Picazo, 1996) afirma:

(...) la causa de la obligación contesta a la pregunta *curdebetur*, esto es, por qué se debe (*causa debendi, causa obligationis*). La causa del contrato responde a la pregunta *curcontraxit*, es decir, por qué se contrajo, por qué se celebró el contrato (*causa contractus, causa negotii*). (s. p.)

Derivado de lo anterior, se hará referencia a la causa del contrato propiamente, la cual se tomará entonces como el motivo impulsor del contrato y que puede ser estudiada desde dos grandes teorías o corrientes sobre las que se dice:

Tesis anticausalista: para este sector de la doctrina, todo compromiso ha de ser cumplido, sin que sea necesario detenerse a considerar su origen y contenido, sostienen que la llamada causa es algo puramente artificioso, que no sirve más que para complicar la técnica jurídica ya que unas veces se confunde con el objeto del contrato y otras con el consentimiento (...) b) Tesis causalista: Esta corriente sostiene que deben ser controlados los compromisos, para no considerar obligatorios los que no merezcan el apoyo jurídico,

por razón de su contenido. (s. p.)

Tomando en consideración esta última postura, procede analizar la forma en la cual puede clasificarse la causa y para el efecto se establece:



Causa final: es aquella en virtud de la cual acepta obligarse el contratante. Es ese tipo de causa la que puede considerarse como elemento de existencia o de validez en el contrato.

Causa impulsiva: es el motivo que induce a cada una de las partes a contratar. No es como la causa final, un elemento intrínseco y constitutivo de las obligaciones, al contrario, extrínseca, exterior.

Causa eficiente: Está constituida por decirlo sintéticamente, por la fuente de la obligación. (Turcott Cardenas, s. f., s. p.).

La clasificación expuesta brinda un marco referencial de cómo puede concebirse la causa dentro del contrato, y para efecto de su comprensión dentro del campo de la maternidad subrogada cabe mencionar que en ese contrato la causa final será siempre la entrega del producto de la concepción a una persona que probablemente no tiene vínculos de ninguna naturaleza con él. Tal es el caso de la mujer que no puede gestar en su propio cuerpo y tampoco brinda sus óvulos para que sean fecundados e implantados en el cuerpo de otra persona, en este caso, no existirá ningún vínculo entre la mujer que contrata, la mujer que gesta y la persona que nace.

En cuanto a la causa impulsiva, puede configurarse por la motivación que induce a la contratación de un vientre, en este caso, al referirse la causa impulsiva a los aspectos puramente personales de cada contratante, puede mencionarse aspectos como el deseo de querer ser madre, por quien no puede hacerlo por sí misma; los motivos económicos corresponden a quien

proporciona el vientre, también por motivos puramente sentimentales, en el caso de una mujer que se compadece de otra que forma parte de su familia y que está imposibilitada de procrear. Por último, la causa eficiente estaría originada por el propio contrato ya que en él estarán contenidas las obligaciones de cada una de las personas que intervienen.



2.2.4. Objeto del contrato

Todo contrato debe tener un objeto, es decir, una finalidad, la cual no puede ser confundida desde ningún punto de vista con la causa, sencillamente porque este concepto puede encontrarse en el momento previo a la celebración del negocio jurídico y el objeto, aunque consta en el documento que lo origina, puede estar referido a lo que se quiere que suceda posteriormente a la declaración de voluntad, es decir, el objeto es el efecto postrero del consentimiento.

Al respecto, el Artículo 1538 del Código Civil regula que no solo las cosas que existen pueden ser objeto de contrato, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, por lo menos en cuanto a su género, es decir que esta norma indica que el objeto del contrato recae exclusivamente sobre cosas, que ellas deben ser posibles en el presente o bien en el futuro y que las mismas no pueden ser inciertas sino que deben estar determinadas sino en cantidad, por lo menos en su género, sin embargo, para complementar la idea, es necesario traer a colación lo regulado en el Artículo 1251 en cuanto a que el negocio jurídico necesita para su validez no solo la capacidad del sujeto que declara su voluntad, la prestación del consentimiento libre de vicios sino que además, esta norma exige que el objeto del contrato debe ser lícito.

El objeto, está constituido por las “cosas, bienes o conductas que se refieren a las

relaciones jurídicas que el negocio constituye o afecta, ha de ser posible, lícito y determinado o determinable y estar dentro de lo que se llama el comercio de los hombres”. (Lacruz Berdejo, al.1990) asimismo, el objeto del contrato puede ser definido como: “aquella cosa o aquella conducta que puede constituir objeto de una relación jurídica o de la relación a que el negocio se refiera” (Padilla Lara, 2004, p. 20). De lo anotado, puede concluirse que aun cuando el Código Civil hace alusión al objeto del contrato, estableciendo que este se integra por cosas, la doctrina amplía esta idea e incluye además de cosas también los servicios que puedan prestarse.

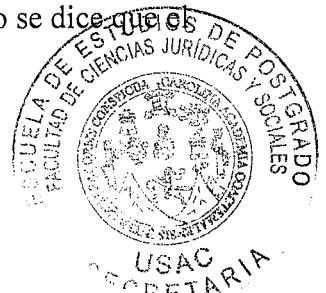
Tanto el concepto de cosa como el de servicio deben ser entendidos con la amplitud que la propia ley se encarga de demostrar, pues no se trata de cosas materiales únicamente, sino también de bienes inmateriales (puesto que mediante el contrato pueden transmitirse cosas, derechos personales y derechos reales, siempre que la ley no impida su enajenación o transferencia); y de actividades civiles cuya variedad es, asimismo, extensa. (Contreras Ortiz, 2004, p. 231)

Díez-Picazo (1996) amplía el concepto y establece:

De aquí que como objetos del contrato sea preciso admitir las mas variadas realidades; las cosas u objetos corporales; las energías naturales, que no parecen entrar en rigor en el concepto estricto de cosas; las creaciones del ingenio, la obra intelectual, el invento; las situaciones de poder o de deber de que los sujetos son titulares; el comportamiento de las personas en cuanto puede proporcionar una utilidad o un valor económico o servicios; el dinero como pura medida de valor, determinadas universitates iuris; los títulos valores que tampoco son en sentido estricto cosas. (p. 201)

Al tener la idea clara sobre cuáles son los elementos que pueden ser objeto del contrato,

es necesario referirse a las cualidades que el mismo debe tener y para el efecto se dice que el objeto del contrato ha de ser lícito, posible y determinado.



2.2.4.1. Lícito

Esta cualidad es de suma importancia porque su ausencia en un contrato está penalizada de forma contundente, así, el Artículo 1301 del Código Civil regula que hay nulidad absoluta en un negocio jurídico cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidables por confirmación.

De lo prescrito por la norma, puede entenderse que el contrato, a pesar de ser un instrumento por medio del cual las personas pueden regular sus relaciones jurídicas, tiene límites siendo estos, las leyes que prohíben determinados negocios de forma expresa, el orden público pero también pueden incluirse los elementos incluidos en el Artículo 1271 por cuanto, el contrato no puede ser emitido bajo condiciones que atentan contra la moral y las buenas costumbres. La licitud del objeto del contrato es trascendental porque de ella dependen los efectos que produce lo convenido.

El contrato ilícito es entonces aquel convenio que tiene por objeto una cosa, un bien o un servicio que no está dentro de las posibilidades del hombre comercializar y este es el punto que interesa a la investigación puesto que en la maternidad subrogada el objeto del contrato es la gestación, el alumbramiento y la entrega del producto a personas que probablemente no tienen vínculos con la persona que ha nacido y aun cuando lo tengan, el poner a disposición el cuerpo de una mujer para ser el instrumento de un embarazo, no está permitido por la ley guatemalteca.



Por otra parte, cuando la ley establece que son objeto de contrato las cosas que existen o que pueden existir -dejando claro que se incluyen servicios que se dan en el presente o se pueden dar en el futuro-, debe observarse lo prescrito en el Artículo 442 del Código Civil en cuanto a que hace alusión directa a que las cosas están dentro de la categoría de los bienes, es decir, las cosas son bienes y se les considera así a todo aquello que es o puede ser objeto de apropiación e incluso las clasifica en muebles e inmuebles.

Esto quiere decir que un contrato puede referirse a bienes que el ser humano puede tener bajo su poder y control a través del acuerdo que adopta con otra persona. En el caso de la maternidad subrogada, se considera a la vida como algo que no puede verse como cosa o como bien y la persona que nacerá, la cual si puede observarse, no es desde ningún punto de vista un bien que puede ser objeto de apropiación porque en Guatemala la Constitución Política de la República establece que es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

En ese mismo sentido, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia reconoce que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, es decir, jamás objetos de apropiación por ninguna persona vía el contrato civil de maternidad subrogada y porque en Guatemala, a la persona se le protege desde el momento de la concepción, situación que indica el hecho que todos los derechos que están o no contenidos en la ley, sea suprema u ordinaria, ya son inherentes a esa persona, así lo establecen los Artículos 44 constitucional y 8 del Decreto 27-2003 del Congreso de la República.

Es importante recalcar el hecho que en Guatemala no existe ninguna norma jurídica que se refiera a la maternidad subrogada y que al momento en que las personas quieran crear un



contrato de esta naturaleza, el mismo es ilícito puesto que atenta contra los derechos establecidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; no obstante, existen países en los cuales si hay normas que expresamente se pronuncian a la prohibición, tal es el caso de España, en donde el Artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida establece que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, es decir, aquí sí puede aplicarse taxativamente la norma que determina que hay nulidad en un contrato cuando su objeto es contrario a leyes prohibitivas expresas.

En el contexto nacional, se debe tomar como base la normativa sobre protección, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

2.2.4.2. Posible

Dentro del contrato, las cosas, los servicios o cualquier otra situación lícita que se incluya como su objeto, deben ser posibles, no deben caer en el plano de la incertidumbre ni la imposibilidad, ello porque las relaciones jurídicas entre personas requieren de certeza y seguridad jurídica. El contrato como medio de crear, trasladar, modificar o extinguir derechos y obligaciones, ha de caer sobre cuestiones que se encuentren dentro de la posibilidad humana, por ejemplo: no puede venderse lo que no es propiedad del oferente o por lo menos cuando no cuenta con la representación para venderlo, en otras palabras, el objeto ha de ser posible pues no debe tener imposibilidad física o jurídica (O'callaghan, 1997, s. p.). La posibilidad debe dirigirse tanto a las cosas presentes como las futuras pues ambas son materia de contratación, empero, debe tenerse en cuenta que tanto las prestaciones como las condiciones que se incluyan en el documento han de estar bajo el poder dar, hacer o no hacer ya que de lo contrario resultará la

nulidad del contrato por dirigirse a situaciones imposibles de realizar.



Al respecto, Emmerich (como se citó en Díez-Picazo, 1996) afirma en cuanto a la imposibilidad del objeto dentro del contrato, que pueden darse por las siguientes causas:

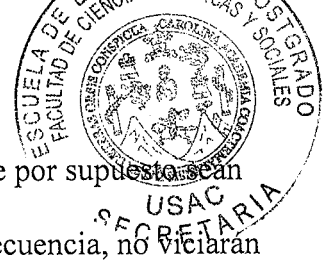
Imposibilidad debida a causas naturales: las leyes de la naturaleza y las capacidades humanas en un determinado momento hacen que ciertas actividades sean imposibles (...)

La imposibilidad de carácter legal o de carácter jurídico. El objeto contemplado por las partes, como materia sobre la que su contrato recae, puede chocar con una prohibición legal o con un precepto normativo que lo impida. En estos casos, aunque físicamente existe posibilidad, se da una imposibilidad jurídica, que debe equipararse a la primera (...)

La imposibilidad de carácter fáctico o práctico, la doctrina propende a equipar a los supuestos de imposibilidad aquellos casos en que la realización de la prestación contractual solo puede conseguirse enfrentándose a dificultades de muy difícil superación, de manera que a ninguna persona razonable se le ocurriría la idea de contratar sobre ellas. (s. p.)

Por lo considerado, es necesario hacer referencia a que las personas, al momento de suscribir el contrato no deben incorporar condiciones imposibles de cumplir puesto que de ser así, el objeto del contrato, en cuanto a ellas, no cumplirá con el requerimiento establecido en la ley; no obstante ello, el Artículo 1271 del Código Civil establece claramente que se puede estipular cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres y que no vician el contrato y se tienen por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres.

De lo preceptuado en la norma puede advertirse que el caso que se prevé es aquel en el



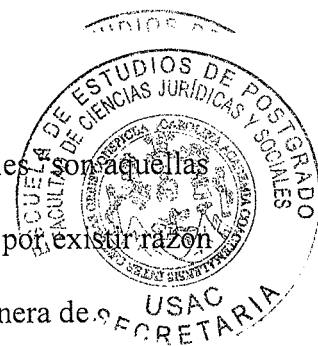
cual el contrato puede estar integrado con distintos tipos de condiciones, que por supuesto sean posibles y solo aquellas que no lo sean se tendrán por no puestas y, en consecuencia, no viciarán el contrato, sin embargo, debe tomarse en consideración que si el contrato está conformado por condiciones que son imposibles -todas ellas- el contrato es nulo, tal es el caso del contrato de maternidad subrogada en Guatemala porque todas las condiciones que este debe contener no están permitidas actualmente.

Observando al objeto del contrato como el continente de cualquier cosa, servicio o entidad lícita susceptible de ser contratada, es indispensable anotar la importancia no solo de las condiciones como ya se mencionó, sino también de las obligaciones y para el caso, obligación se define como “el vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada acreedor tiene la facultad de exigirle a otra persona, llamada deudor, el ejercicio de determinada conducta” (Bialostosky, 2011, p. 118).

En ese orden de ideas, la obligación es en realidad la prestación a que ambas partes contractuales se comprometen dentro del contrato; en el caso de la maternidad subrogada, la obligación principal de la persona a quien podría llamarse acreedor es la de pagar un precio por el vientre de la mujer que gestará, pagar los gastos médicos, medicinas o cualquier otra cosa que se necesite y la prestación de la madre gestante a quien podría denominarse deudora, es la de desarrollar el embarazo, dar a luz y entregar al niño o niña que ha nacido a la parte que la ha contratado.

De lo escrito, se establece que en Guatemala estas prestaciones son imposibles porque la ley no las regula expresamente, empero, si se refiere a que no puede existir contrato si hay ilicitud en el objeto -lo cual sucede- y, por consiguiente, se tiene una obligación imposible de

cumplir no en el ámbito físico pero sí en el jurídico. Las obligaciones imposibles son aquellas obligaciones que no pueden tener legal validez, ni en consecuencia cumplirse, por existir razón de orden físico o legal, o ambas que lo impiden” (Brañas, 2014, p. 457). A manera de conclusión, se considera que no hay objeto posible en el contrato de maternidad subrogada porque el ser humano no puede ser objeto de intercambio comercial.



2.2.4.3. Determinado

El ordenamiento civil guatemalteco establece como condición que todo contrato debe tener un objeto determinado, ya sea en el momento de la celebración del contrato o que pueda determinarse en el futuro, sin embargo, la ley no permite dejar al libre albedrío de los contratantes el objeto en cuanto a esta cualidad se refiere. El objeto debe estar forzosamente determinado, por lo menos en cuanto a su género, es decir, que la cosa o servicio que constituirán la prestación debida tiene que tener identidad genérica, esto es así porque dentro de las cosas pueden existir géneros y especies, el ejemplo puede ser el contrato que tenga por objeto la venta de cien quintales de grano -es el género- empero, puede establecerse con posterioridad qué especie de grano puede entregarse.

En cuanto a este elemento o cualidad del objeto, se dice que “para que se entienda determinado ha de estar identificado o que existan elementos suficientes para conocer su identidad propia, para lo cual basta con que existe un elemento diferenciador que sirva para evitar cualquier tipo de confusión con otro objeto” (Aguilar Guerra, 2006, p. 178). En el contrato de maternidad subrogada, también falla este elemento porque la determinación del contrato es un embarazo y una persona lo cual no es materia contractual en Guatemala.

2.3. Principio de la autonomía de la voluntad y principio del interés superior del niño



En el presente capítulo, se abordará el tema de dos principios que están reconocidos de forma clara en el ordenamiento jurídico guatemalteco los cuales revisten gran importancia en relación con el tema de la maternidad subrogada ya que, por una parte, debe aclararse que en el ámbito contractual las personas tienen libertad para elegir qué negocio jurídico deseen celebrar y, por la otra parte, en el ámbito del derecho de niñez y adolescencia existen convenios internacionales que establecen como obligación la irrestricta observancia del interés superior del niño cuando se traten temas que de una u otra forma puedan afectar sus derechos, es decir, que la relación que se da entre ambos principios, específicamente en la maternidad subrogada, se refiere al hecho que, para que pueda producirse esta, debe celebrarse un contrato cuyo objeto es la vida de un ser humano, su gestación, su nacimiento y su posterior entrega a otra u otras personas que en algunos casos no tendrán vínculos consanguíneos con él. Se trata pues, establecer qué principio ha de observarse con prelación o si se encuentran en un plano de igualdad.

2.4. Principio de la autonomía de la voluntad

El Artículo 1256 del Código Civil establece que cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico los interesados pueden usar la que juzguen conveniente. Es en esta norma en donde se encuentra el fundamento que permite establecer que en Guatemala, las personas tienen la libertad para celebrar el negocio jurídico que deseen utilizando la forma y el contenido que consideren es el adecuado para satisfacer sus intereses.

En el ámbito privado, el contrato encuentra su razón de ser en la facultad que tienen las

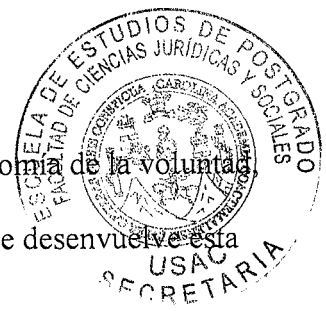
personas con capacidad civil para originar formas de regular sus relaciones jurídicas entre sí, es decir, crear, modificar, transformar o extinguir derechos y obligaciones; la autonomía de la voluntad es sin duda una institución de gran importancia en el derecho civil y especialmente en cuanto a materia de contratos se refiere ya que a través de la libertad que dicha autonomía brinda, es que puede darse movimiento a diversos intereses dentro del ámbito jurídico.

Puede entenderse en un primer momento que la voluntad es la fuerza que mueve a la persona a realizar el negocio jurídico, y la autonomía la complementa en cuanto a que le es dable a dicha persona el poder de decidir la forma y el fondo del contrato. En cuanto al concepto de voluntad se dice:

La voluntad es una potencia por la cual se inclina el hombre a los bienes que necesita para su perfección, rechazando los que le son perjudiciales. La voluntad es movida por el conocimiento intelectual, el cual nos muestra la conveniencia de las cosas para la naturaleza racional del hombre. No quiere decir esto que la voluntad haga que el hombre se conforme siempre al dictamen de la razón; que ella impida que él se salga del orden que la razón le dicta; sino tan solo que permita que el hombre no obre ciegamente o por instinto, sino con conocimiento de causa, a sabiendas de los que quiere y de por qué lo quiere. (Pacheco, 1990, p. 17)

El mismo autor afirma que “La persona humana, como ser dotado de entendimiento y voluntad, no está intrínsecamente obligada a obrar de un modo determinado, sino que posee la facultad de elegir los medios más aptos para alcanzar su perfeccionamiento” (p. 18).

La voluntad, desde este enfoque, se refiere a la voluntad dirigida a lo cotidiano o lo general, sin embargo, es necesario para efectos de la presente investigación dirigir el concepto al



ámbito jurídico y es en este en donde toma importancia la denominada autonomía de la voluntad, es decir, es sumamente importante realizar el análisis de la forma en la cual se desenvuelve esta facultad otorgada a la persona dentro del negocio jurídico.

De Castro, (como se citó en Lacruz Berdejo, et. al. 1990) afirma que la autonomía de la voluntad debe entenderse de la forma siguiente:

En sentido general, como poder de autodeterminación de la persona y como espacio de su independencia y libertad y, en concreto, como el poder de la voluntad relativo al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos o referidos a la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas. (p. 142)

Del concepto anterior puede advertirse que el autor hace la diferencia entre la voluntad como un elemento que existe dentro y fuera del contexto jurídico. En el primer caso proporciona la referencia al negocio jurídico, al contrato, y en el segundo a la libertad de la persona para expresarse y manifestarse en cualquier otro campo en el que se desenvuelve. Por lo anterior, debe entenderse a la autonomía de la voluntad como un verdadero principio puesto que es uno de los elementos esenciales en el ámbito contractual.

La primordial trascendencia que la autonomía de la voluntad tiene en la realización práctica del Derecho y el consiguiente reconocimiento que suelen hacer de la misma, como valor cardinal, de la organización jurídica, casi todos los ordenamientos, hacen que a ella corresponda institucionalmente el significado de principio general del Derecho.

La función práctica del principio de la autonomía de la voluntad se desenvuelve en la doble dimensión que la atribuye el ordenamiento de ser su inspirador y de constituir parte



del mismo como fuente jurídica de inferior grado. En el primer aspecto trasciende como criterio hermenéutico y opera fundamentalmente en razón de determinar una interpretación restrictiva de las normas prohibitivas o limitativas y, en general, imperativas que representen excepciones al propio principio. En el segundo, el principio de la autonomía de la voluntad se aplica, faltando ley y costumbre, como verdadera norma jurídica, en virtud de la cual los particulares pueden llevar a cabo los contratos y negocios que convengan a sus intereses. (Lacruz Berdejo, et. al. 1990, pp. 150-151)

De lo expuesto se observa que la autonomía de la voluntad es un verdadero principio del derecho porque tiene funciones fundamentales, como la de normar relaciones jurídicas concediendo ciertas prerrogativas a las personas, entre ellas:

- a) La libertad de llevar a cabo negocios jurídicos y contratos.
- b) La facultad de establecer el contenido del negocio jurídico.
- c) La libertad de finalizar el contrato celebrado.

Aunado a ello, la autonomía de la voluntad no solo sirve para crear los vínculos jurídicos que las personas persiguen, sino también es fuente del derecho porque lo pactado en el contrato se convierte en ley especial para quienes han intervenido, todo lo anterior, por supuesto bajo el imperio de la ley y con los límites que esta pueda imponer; “la autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, es decir, significa la libertad de constitución de las relaciones contracutales” (Díez-Picazo, 1996, p. 128).

2.4.1. La Libertad de las personas para contratar



Dentro del derecho privado, específicamente en el área civil, a las personas con capacidad de ejercicio les es dada la facultad de formular negocios jurídicos, entre ellos los contratos y basta con la observancia de los requisitos y exigencias legales para poder realizarlos. La autonomía de la voluntad, que es propia de estos actos, establece que dentro de la contratación existen ciertas libertades, como la libertad para contratar, es decir que el sujeto que desea llevar a cabo el negocio jurídico puede escoger cuál negocio ha de celebrar, bajo qué condiciones y con quién desea celebrarlo.

En el contrato civil de maternidad subrogada esto ha sido determinante ya que en aquellos países en donde existe la libertad de llevar a cabo el contrato, en muchas ocasiones las personas interesadas pueden escoger quién será la mujer que gestará al bebé, ya que siempre se buscan algunas cualidades físicas que sean del gusto de los contratantes, también intervienen motivos de salud o los antecedentes de vida entre otros factores.

No obstante lo anterior, debe aclararse que, en diversos casos, la madre gestante no aporta sus óvulos sino únicamente se le implantan los gametos para el posterior desarrollo del embarazo. En Guatemala existe la libertad para contratar empero, únicamente en aquellos negocios jurídicos que cumplan con los requerimientos legales, lo cual no sucede con la maternidad subrogada ya que, como quedó acotado, este contrato presenta causa y objeto ilícito.

Otro aspecto es que la autonomía de la voluntad presenta la posibilidad de contratar bajo distintas formas, por ejemplo en el país, el Código Civil regula en el Artículo 1256 ya citado que la forma para la contratación es libre, sin embargo, ha de complementarse esta norma jurídica con los límites que la propia ley establece como lo son la moral, las buenas costumbres, el orden

público y las normas prohibitivas expresas.

De lo anterior puede establecerse que ningún derecho, principio o libertad pueden ser llamados absolutos porque, de ser así, se generaría un campo de actuación anárquico pues nadie tendría la obligación de respetar los derechos de las demás personas.



2.4.2. Campo de actuación del principio de la autonomía de la voluntad

La libertad de las personas, en la celebración del contrato, abarca lógicamente todos los aspectos inherentes a él, es decir que mediante el negocio las personas pueden acceder a los aspectos de forma y de fondo del convenio; con base en las libertades de las que se goza en el campo del negocio jurídico, los contratantes podrán escoger todas las condiciones que de mejor forma respondan a sus intereses. El campo de actuación de este principio se da enteramente en la voluntad y deseos de las personas que habrán de celebrar el contrato.

2.4.2.1. La forma del contrato

El Artículo 1574 del Código Civil establece que toda persona puede contratar y obligarse por medio de escritura pública, por medio de documento privado o acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente, esta norma hace alusión a la forma en que un contrato puede celebrarse y, por ende, producir los efectos legales que corresponden. La forma alude además a elementos externos, tal es el caso del contrato que ha de celebrarse forzosamente en escritura pública, es decir, los contratos solemnes, ya que según el Artículo 1576 del Código vigente, los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública.

2.4.2.2. El contenido del contrato



En el contenido o fondo del contrato pueden incluirse las estipulaciones, cláusulas, condiciones u obligaciones que proyecten de mejor forma la satisfacción de intereses de quienes celebrarán el negocio, porque estos elementos son los que dan sentido a la voluntad de los contratantes. Sin embargo, el fondo del negocio estará siempre limitado por aspectos contenidos en la ley.

A manera de ejemplo, lo prescrito en el Artículo 1271 del Código Civil, el cual regula que se tendrán por no puestas aquellas condiciones que aun siendo la voluntad de las personas incluir en el texto del contrato, puedan resultar contrarias a la moral, a la ley, a las buenas costumbres e incluso aquellas que resulten ser imposibles. Asimismo, el Artículo 1272, establece que es nulo el negocio jurídico cuando incluye a las denominadas condiciones potestativas y que consisten, al tenor del texto legal, en aquellas cuyo cumplimiento depende en lo absoluto de la voluntad de la parte obligada.

La ley se pronuncia también sobre otra clase de situaciones que pueden alterar el fondo del contrato, tal es el caso del Artículo 1600 del Código Civil porque en él se establece que las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias de un contrato, insertas en modelos o formularios preparados de antemano por uno de los contratantes, se interpretarán a favor del otro contratante, es decir, que en los denominados contratos por adhesión, la autonomía de la voluntad en cuanto al fondo del contrato está limitada, no solo porque en estos casos no hay libertad para la efectiva negociación del contenido sino porque al momento de existir cláusulas onerosas o leoninas para el deudor, es el propio legislador quien impone las condiciones y altera el fondo del asunto aún cuando así ha sido querido por quienes contratan.

En virtud de lo anterior, se dice que la libertad para definir el fondo del contrato posee también características propias que se dirigen a orientar a los contratantes en cuanto a que puede entenderse por fondo o esencia del negocio jurídico. Al respecto se afirma que:



En virtud de esta manifestación del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación, las partes disponen de tres opciones: 1°. Libertad para elegir entre los distintos tipos o figuras contractuales previstos por la ley, según los fines que estos se fijen: este supuesto es el que presenta menor complejidad de los tres, ya que en este caso lo único que hacen las partes es acogerse a una forma contractual previamente establecida por la ley, limitandose a aplicar lo que esta establece, sin ir más allá. (...) 2°. Libertad para modificar el contenido de una figura contractual legalmente preestablecida: en este segundo supuesto, los contratantes hacen uso de una figura contractual típica o preconfigurada, pero deciden adaptar o moldear su contenido normativo conforme a sus intereses y necesidades a través de la inserción de los pactos, cláusulas o condiciones que estimen convenientes (...) 3°. Libertad para crear contratos nuevos. Las partes contratantes van a proceder a la creación de una nueva figura contractual, en el sentido que no se encuentra preconcebida o prevista por ningún texto legal.

En este contexto, se afirma que las partes tienen, en primer lugar, el poder de crear contratos completamente nuevos, es decir, que no han sido regulados ni en todo ni en parte por la ley y que reciben el nombre de atípicos. En segundo lugar, también tienen la facultad de elaborar contratos mixtos o complejos, formados a partir de la combinación de elementos de distintos contratos. Por supuesto, en cada uno de los dos elementos las partes serán libres para determinar íntegramente su contenido normativo, siempre y cuando este no sea contrario a la ley, a la moral ni al orden público. (Soro Russell, 2016,

pp. 98-99)



Es importante tratar lo relacionado al contenido del contrato y las libertades que las partes del mismo tienen para crearlo porque en el caso de la maternidad subrogada, Guatemala no regula nada al respecto, por lo cual surge el debate de si es posible llevarlo a cabo en vista de lo que se ha considerado en cuanto a que las personas pueden celebrar contratos atípicos, específicamente un contrato relacionado con la maternidad subrogada, puesto que aun cuando el contrato no estará regulado taxativamente en la ley, a él aplicarán ciertas normas que sí se encuentran escritas y vigentes, es decir que el hecho de que el contrato sea atípico no le hace absoluto o le excluye de las limitantes reguladas en la ley.

2.5. Principio del interés superior del niño

Los niños actualmente se encuentran protegidos por una normativa especializada que se ha enfocado en la valoración de todos los aspectos inherentes a ellos, puede decirse que el derecho de niñez y adolescencia guatemalteco es relativamente nuevo ya que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia inició su vigencia en el año 2003; esta ley, es producto de los esfuerzos realizados para ajustar la normativa nacional con la Convención Sobre los Derechos del Niño, la cual es un cuerpo legal de carácter internacional que recoge una serie de elementos que los Estados partes deben tomar para validar y efectivizar los derechos de la niñez y adolescencia.

La Convención toma como base al niño y considera bajo esta categoría a todas aquellas personas que no han cumplido la mayoría de edad, es decir, que el término genérico de niño incluye a los adolescentes. No obstante ello, las legislaciones pueden definir de forma diferente algunos conceptos, por ejemplo: en Guatemala la Ley de Protección Integral de la Niñez y

Adolescencia establece en el Artículo 2 que se considera niño o niña a toda persona desde su concepción hasta que cumple trece años de edad y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad, sin embargo, tales distinciones no afectan en ningún sentido el espíritu de la normativa internacional.



El interés superior del niño contenido en la normativa nacional e internacional, se considera un logro significativo en cuanto a reconocer que los niños no son simples objetos de tutela estatal u objetos a quienes debe cuidarse, sino que son verdaderos sujetos de derecho; esto resulta importante porque si una persona es protegida por la ley desde su concepción tal y como se mencionó anteriormente, quiere decir que la legislación nacional, partiendo desde la Constitución Política de la República, no permite que en el país se pueda originar un contrato de maternidad subrogada porque atenta directamente el interés superior del niño ya que limita taxativamente que el objeto de una negociación pueda ser la vida de un ser humano.

El Artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, regula que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, es decir, que no podrán privilegiarse intereses periféricos o ajenos, por ello, resulta importante el análisis relacionado a la aplicación del principio del interés superior del niño en la maternidad subrogada dentro del contexto guatemalteco porque en esta figura, son los intereses de los adultos los que se satisfacen a través de la firma de un contrato en el que se continúa con la visión ya superada que el niño es un objeto al que puede manejarse por encontrarse en situación de indefensión.

Las normas tutelares que se han emitido en Guatemala para la efectiva protección de la

niñez y adolescencia son producto de la evolución histórica de la sociedad, sin embargo, en el país se han dado verdaderas luchas para llegar al estado en el que se encuentran actualmente aquellas y que permiten aplicar un trato diferente a la niñez, ya que se encuentra vigente la doctrina de protección integral, es decir, aquella que se ocupa de velar por el cuidado y el desarrollo íntegro del niño en todos los aspectos de la vida.

Dentro de los primeros intentos por regular la vida jurídica del niño, Guatemala adoptó algunos cuerpos legales que no lograron regular de forma correcta aspectos básicos sobre la identidad y derechos de los niños, por ejemplo: se acudió a leyes espurias y sin respaldo institucional, posteriormente el Estado descargó su responsabilidad en organizaciones no gubernamentales, por ello surgió un buen número de asociaciones que se ofrecieron para ayudar a los niños desprotegidos, sin embargo, estas se convirtieron en hogares de protección y albergaron niños aun sin el conocimiento o autorización de un juez.

Esta práctica dio origen en Guatemala a la aplicación de la doctrina de la situación irregular, la cual enfocaba a los niños como objetos de tutela y consideraba necesario mantenerlos al margen de la sociedad y por ello privilegiaba el internamiento, el cual se producía en hogares de protección o en entidades para adolescentes que presentaban conflicto con la ley penal, los jueces eran considerados como lo que se denominó “el buen padre de familia” y con sus decisiones trataban y creían ayudar a los niños que ingresaban al sistema de justicia.

Esta forma de tratar el problema finalizó en el año dos mil tres con la entrada en vigencia del Decreto 27-2003 del Congreso de la República, ya que en él se regula no solo el interés superior del niño como norma imperativa y de estricta observancia por parte de todas las entidades involucradas en el trato a los niños, sino también el interés de la familia, es decir, que

se trata de evitar a toda costa el internamiento de niños en centros de protección y se establecen medidas que pueden hacer más viable la permanencia de quienes se encuentran sujetos a protección fuera de instituciones, además, se toma como algo preponderante que el niño no debe ser separado de sus padres.

El interés superior del niño es un concepto difícil de enmarcar en una definición, ya que comprende la facultad que tienen las personas que interactúan con la niñez de aplicar una diversidad de medidas que tiendan a la protección integral y efectiva del niño, no obstante se dice que este principio es:

Uno de los conceptos fundamentales que fue establecido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y reafirmado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (...). De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio del interés superior de la niña y el niño debe ser considerado como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. (Ortega Soriano, 2015, pp. 36-37)

La idea escrita muestra que el interés superior del niño es un principio rector y una guía que los jueces y las personas involucradas con la niñez y adolescencia deben observar en cada uno de los actos que realicen; este principio se configura como la herramienta idónea para que la verdadera protección al niño sea posible y se protejan sus derechos humanos de forma tal que no se deje un solo eslabón débil en el trato que se les debe brindar.



Lo anterior es de suma importancia porque en el presente trabajo se afirma que la maternidad subrogada en el ámbito guatemalteco incide de forma negativa en el interés superior del niño, porque la obligación del Estado es velar por la persona desde la concepción, por lo que no puede permitirse esa concepción para fines de comercio, beneficios económicos o sentimentales de personas adultas, por ello, “lo que el principio del interés superior del niño dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades” (Cillero Bruñol, 1999. p. 53), para respetar y privilegiar el bienestar del niño frente a cualquier circunstancia que se presente, sea dentro de un proceso judicial o en otro campo en donde sus intereses estén en juego.

Es necesario aclarar que se analiza el principio del interés superior del niño porque es un elemento de vital importancia para comprender que la persona que es concebida ya está protegida y la vida que existe no puede ser objeto de compraventa o enajenación de ninguna forma. Se dice entonces que la Convención sobre los Derechos del Niño, al utilizar como herramienta a este principio, tiene por objeto “regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas” (Cillero Bruñol, 1999, p. 51).

Es importante dejar establecido que cada Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño debe procurar la correcta interpretación y efectivización del interés superior del niño y para ello la autoridad judicial, administrativa o legislativa, debe ser cuidadosa para que cualquier decisión que sea tomada y que pueda afectar la vida del niño, sea el resultado de un análisis exhaustivo que permita la máxima satisfacción de los derechos y evitar así la restricción de los mismos por intereses ajenos.



El interés superior del niño se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los menores, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable que apremie, como fin primordial, el bienestar general del niño. (López Contreras, 2012, p. 82)

De lo expuesto se concluye que el interés superior del niño es un instrumento a través del cual se persigue lograr que todos los derechos sean gozados de forma plena y efectiva por la niñez y, como se ha mencionado, proteger esos derechos desde el momento de la concepción.

El Comité sobre los Derechos del Niño, en la observación general número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial establece:

El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general (...)
- b) Un principio Jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo (...)
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el

proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. (...) Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y como se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. (s. p.)

Se considera importante la transcripción realizada en vista de que el Comité ha establecido de forma correcta los distintos enfoques que el interés superior del niño posee, en cuanto al primer concepto, es decir que este principio se considera como un derecho sustantivo, se entiende que el interés superior del niño no se mueve, es inmutable, es un elemento que siempre habrá de permanecer en cada una de las decisiones y situaciones que se refieran a la niñez, por ello, el Artículo 3 de la citada Convención establece que en todas las medidas que se tomen, siempre ha de tomarse el interés del niño como un elemento de prevalencia.

Un derecho sustantivo son “las reglas de conducta humana bilaterales, heterónomas, externas y coercibles que regulan situaciones jurídicas de fondo, estáticamente consideradas” (Arellano García, s. f., p. 18), es decir que toda norma sustantiva permanece incólume en tanto no sea puesta fuera del ordenamiento legal vigente de un país a través de los procedimientos respectivos. El interés superior del niño siempre estará presente en cualquier decisión por tomar.

El segundo enfoque se refiere a que el interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo con carácter fundamental, en este sentido puede establecerse que cuando existen



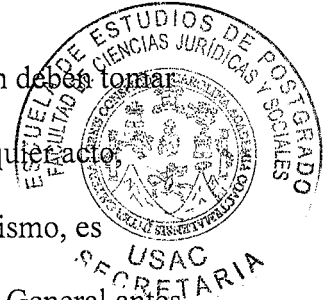
dos normas que puedan tratar un mismo asunto o dos situaciones que deban ser satisfechas dentro de un asunto relacionado con la niñez, siempre deberá tomarse la norma o solución que le favorezca al niño ya que debe interpretarse en forma tal, que no se anteponga a los intereses de la niñez cualquier otro aspecto que probablemente pueda ser reclamado con igual importancia pero que debe quedar en segundo plano frente a este principio.

Por último, cabe decir que en Guatemala existen diversos procedimientos en los cuales se invoca el interés superior del niño, por ejemplo: procesos de protección de niñez víctima o amenazada en sus derechos, procesos judiciales y administrativos de adopción e incluso el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal; en todos ellos, es indispensable que la autoridad que lo realiza, observe forzosamente el interés superior del niño en cada procedimiento que lleve a cabo.

En cuanto a la maternidad subrogada, en Guatemala no existe ninguna norma o procedimiento que la admita o prohíba, sin embargo, se realiza el presente análisis para precisamente establecer que esta figura no apoya en ninguna manera el interés superior del niño porque en ningún momento a él se le solicitará su opinión en cuanto a si está o no de acuerdo con ser gestado por una mujer y luego ser entregado a otras personas. El interés superior del niño en este contexto prevalece en cuanto a que el Estado debe garantizar la vida, la integridad, la identidad, el derecho a la familia y algo fundamental, el derecho que todo niño tiene a no ser separado de sus padres por motivos espurios y menos por motivos de tipo comercial.

La presente tesis apoya la idea que el niño no es objeto de comercio, tampoco lo es la vida, y por ello no puede permitirse que por vía contractual, la intención de las personas adultas que acuden al negocio sea la de crear una vida y luego apartar al producto de la concepción de su

progenitora, esto debe entenderse así porque los Estados parte de la Convención deben tomar todas las medidas que favorecen al niño, es decir, que el Estado a través de cualquier acto, conducta o procedimiento debe satisfacer de forma efectiva este principio. Asimismo, es interesante que el Comité de los Derechos del Niño consideró en la Observación General antes mencionada que cuando la normativa se refiere a la expresión consideración primordial, tal como lo establece el Artículo 3 de la Convención, se hace exacta referencia a que:



Consideración primordial significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esa posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afecta deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen en relieve, se suelen descuidar. (s. p.)

Esto quiere decir que aun cuando existen otras consideraciones dentro de una situación concreta, por ejemplo los deseos de una pareja de tener un hijo a través de la maternidad subrogada, y aun cuando sus deseos puedan tener respaldo emocional y de realización personal, no pueden privilegiarse esos derechos o intereses frente al del niño porque tal como se estableció en el párrafo anterior, muchas veces la niñez no tiene ni siquiera la posibilidad de expresar su sentir sea por actos visibles o de viva voz. De tal cuenta es que se hace énfasis en que el principio del interés superior del niño es el que ha de ser primordial en todas las decisiones.

“Para definir ese interés superior, debe tenerse presente que su única fuente es el propio niño o niña, es decir, lo que para él o ella significa dicho interés y no lo que representa para el

adulto” (Solórzano, 2004, p. 23).

El interés del niño es de tal magnitud que se orienta a asegurar que los niños disfruten de todos los derechos que les son inherentes a partir del momento de la concepción y ninguna autoridad ni persona en el ámbito público o privado puede disminuir, tergiversar o restringir esos derechos porque se encuentran reconocidos a nivel internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Constitución Política de la República y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Para concluir, es necesario establecer que el derecho posee un sinnúmero de normas que están dirigidas a otorgar seguridad jurídica a las personas y a satisfacer sus intereses, sin embargo, en el caso que se estudia, el principio de la autonomía de la voluntad no prevalece sobre el interés superior del niño, porque si fuera el caso, se permitiría que se realicen actos de comercio con la vida del ser humano y con el cuerpo de la madre gestante, asimismo, el Congreso de la República estaría en la obligación de emitir una ley que regule el contrato civil de maternidad subrogada.



CAPÍTULO III



3. Contrato de maternidad subrogada

3.1. ¿Qué es la maternidad subrogada?

Como se ha estudiado anteriormente, la autonomía de la voluntad expresada en el contrato civil otorga vastas libertades para la realización de diversos negocios jurídicos; sin embargo, debe establecerse si en el caso específico del contrato de maternidad subrogada prevalece la libertad de contratación sobre los derechos del niño, para el efecto es necesario conocer en que consiste la maternidad subrogada, al respecto se dice que:

Es el acuerdo de voluntades mediante el cual una mujer fértil, acepta quedar embarazada, por medio de técnicas de reproducción asistida, bien sea a través de inseminación artificial o fecundación in vitro, con el fin de llevar a cabo la gestación -o embarazo- y dar a luz un niño o niña producto de este proceso y que en el momento de su nacimiento o días después deberá entregar a otra persona o a una pareja, para que estos lo crien como suyo, renunciando a sus derechos como madre. Es una maternidad por sustitución.

(Martínez, 2018, p. 271)

Desde el punto de vista abordado, se establece que la maternidad subrogada conlleva diversos elementos para ser posible. En primer lugar, es un acuerdo de voluntades y es por ello que se estudia el contrato ya que es la forma idónea para alcanzar ese acuerdo, también se explica la participación de diversas personas en el procedimiento ya que se hace referencia a la mujer que brindará su cuerpo, a la persona o pareja que contrata sus servicios, al niño que nacerá producto del contrato y definitivamente al equipo de profesionales que intervienen, por ejemplo,

el notario que redactará el contrato y los médicos que realizarán la intervención de inseminación o fecundación.



Aunado a lo anterior, el concepto de maternidad subrogada implica aspectos de forma y de fondo, por ejemplo: se habla de la renuncia a los derechos de madre por parte de la gestadora, situación que da pie a diversos problemas en caso ella no quiera hacerlo así, empero, este hecho significa que la persona o pareja que tomará al niño o niña que nacerá, realizará una declaración ante las autoridades correspondientes en el sentido que ese niño es hijo suyo y por ello adquieren todos los derechos que la ley les pueda otorgar como si se hubiese producido un embarazo en circunstancias normales.

Estos inconvenientes jurídicos atentan directamente en contra del interés superior del niño porque el impacto no se produce solamente en el campo del derecho sino también en la moral, en la ética, en la integridad de la persona, en el derecho a la identidad entre otras.

3.2. Clases de maternidad subrogada

Martínez (2018) aporta una clasificación en cuanto a la maternidad subrogada y para el efecto señala que existen las siguientes:

Maternidad subrogada parcial: se origina cuando la mujer que no puede concebir dispone de sus óvulos para que sean fecundados a través de inseminación artificial, bien sea con espermatozoides de su pareja o de un donante, que serán posteriormente implantados en el útero de otra mujer -la futura madre subrogada-. En este caso, la madre subrogada no tiene conexión genética con el embrión implantado (...).



Maternidad subrogada total: En esta situación es la madre subrogada, quien, a su vez, es la madre genética o biológica, puesto que es la que dispone de sus óvulos para que sean fecundados con espermia de quien pretende ser el padre o de un donante anónimo. Se aporta tanto vientre como óvulos por parte de la madre genética. Es decir el embrión es hijo biológico de la madre sustituta, quien posteriormente entregará el bebé a otra pareja que serán los padres legales del mismo (...).

Maternidad subrogada altruista: se realiza en el caso de hermanas, hijas, sobrinas (...) sin pretender ningún pago o contraprestación por ello, es decir, sin fin de lucro (...).

Maternidad subrogada comercial: la mujer que está dispuesta a prestar el útero requiere de un pago o remuneración económica, es decir, embarazo a cambio de compensación con bienes o monetaria (...) se trata de una explotación comercial, que afecta la dignidad del ser humano (...). (s. p.)

La clasificación anotada produce una idea de cómo funciona la maternidad subrogada, asimismo, aporta ideas de las implicaciones jurídicas que pueden darse por ejemplo en el caso de la maternidad subrogada parcial, donde la gestante no tiene ningún vínculo genético con el niño que nacerá, sin embargo, aun cuando esto es así en el ámbito corporal, puede fácilmente desarrollar vínculos afectivos de amor y apego psicológico por parte de la madre sustituta, situación que generará grandes conflictos cuando deba hacerse efectivo el contrato y proceda a entregar al niño o niña que ha nacido.

En cuanto a la maternidad subrogada total, es aún más complicado porque en este caso sí se comparte material genético de la madre sustituta con el niño que espera, aquí sí se tiene la relación biológica total y, por ende, derechos a la filiación aun cuando el contrato le prohíba



ejercerlos. Estos casos a primera vista parecen dañar a la madre gestante sin embargo, al realizar un análisis más detallado, afectan también al niño que nacerá porque se le coloca en el lugar en donde las personas adultas han decidido crearlo por vía del contrato. En ambos casos de maternidad subrogada por supuesto impera la contraprestación económica de la madre gestante, lo cual hace alusión a la gestación comercial, situación que, como se anotó, va en detrimento de la dignidad humana.

En cuanto a la gestación altruista, se supone que al verse involucrados sentimientos, afectos y lazos familiares, no debe existir ningún problema, sin embargo, en cualquier momento pueden originarse conflictos dentro del círculo de confianza porque no obstante el altruismo es una acción por la cual se beneficia desinteresadamente a otra persona, también puede complicarse ya que puede producirse la negativa de la madre a la entrega del niño que gestó de forma altruista. Esto se da porque en el embarazo se producen relaciones entre la mujer que gesta y el ser que se forma, la mente guarda recuerdos que no desaparecen durante la vida, por ejemplo: la mujer puede recordar la forma en la cual su cuerpo cambió producto del embarazo, cómo se alteraron sus emociones, pero en el caso de la maternidad subrogada, también deberá luchar por no construir lazos afectivos.

Otro aspecto importante que debe considerarse dentro de la maternidad subrogada altruista es el hecho que si la madre gestante pertenece al círculo familiar de la pareja intencionada, una vez que haya nacido el niño y sea entregado a quienes serán sus padres, pueden seguirse produciendo momentos de mucha cercanía entre la gestante y el niño, situación que definitivamente puede generar conflictos de intereses, de emociones y de luchas incluso jurídicas. Por último, cabe mencionar que cuando se habla de acciones altruistas no se esperan contraprestaciones económicas entre los participantes, sin embargo, en el embarazo esto es

practicamente imposible porque siempre habrá gastos que solventar y por ello es que no puede hablarse de una maternidad subrogada puramente altruista, porque aun cuando no medie contrato, en donde se establezcan precios o cantidades por la gestación, pareciera imposible que los padres comitentes se desentiendan totalmente de los gastos en que habrá de incurrir la mujer que gestará, siempre cubrirán costos de atención médica, compra de suplementos, pago del hospital entre otras cosas.

En conclusión, al analizar los distintos tipos de maternidad subrogada, siempre se encontrarán dificultades y actos que de una u otra forma violentan los derechos de la mujer gestante pero principalmente del niño que nacerá producto del contrato.

3.3. Material genético

En cuanto a los procedimientos médicos que hacen posible la gestación subrogada, se hará breve referencia a ellos con el objeto de ilustrar en qué consisten, ya que lo interesante al presente trabajo es el ámbito estrictamente jurídico. Para el efecto, puede mencionarse en primer lugar lo relacionado al material genético que aportan los intervinientes en el procedimiento de maternidad subrogada.

Los gametos se componen de las células básicas de hombre y mujer, el espermatozoide es la célula reproductora masculina cuya función principal es la fertilización, el óvulo es la célula sexual femenina que está preparada para ser fecundada. Perrino (como se cita en Córdoba & Sánchez Torres, 2000) señala:

La fecundación o concepción sucede cuando se produce la fusión por penetración del gameto masculino en el óvulo, sea dentro del seno materno o fuera de él, originando el

huevo o cigoto, primera célula del nuevo organismo vivo. El producto de la concepción es el cigoto; esta primera célula, hasta que empieza la vida fetal a los noventa días, se denomina embrión. (s. p.).



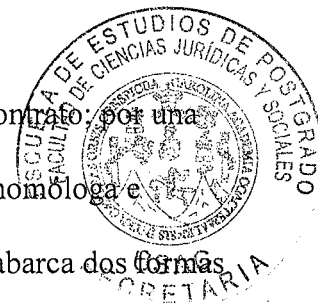
Lo interesante del concepto es que la fecundación puede darse dentro del organismo de la mujer o fuera de él, y es a partir de este principio que se pueden observar los métodos de reproducción asistida ya que es con ellos que se logra la implantación de material genético para producir un posterior embarazo. Incluso con los avances tecnológicos en el campo médico, los embriones pueden ser estudiados detenidamente previo a ser implantados, sin embargo, esto ha producido algunas objeciones de tipo moral y ético porque se ha considerado que los médicos deciden sobre el mejoramiento de la raza humana ya que descartan a los embriones débiles o que tienen tendencia a enfermedades o síndrome de Down y seleccionan aquellos cuyas probabilidades de salud y viabilidad son altas; además, a través del examen previo de embriones, las personas pueden decidir aspectos como el color del cabello, altura, sexo y otras características que tendrá la persona que nacerá.

Todo lo anterior es utilizado en la maternidad subrogada ya que, definitivamente, el material genético se implantará siempre en el cuerpo de una mujer que aporta su vientre para la gestación.

3.4. Inseminación artificial y fecundación *in vitro*, breve referencia

“Las técnicas de fecundación o reproducción humana asistida son las que procuran, con fines procreativos, la unión de los gametos masculino y femenino por un medio distinto al de la relación sexual natural” (Córdoba & Sánchez Torres, 2000, p. 24), dentro de ellas puede mencionarse una clasificación que engloba prácticamente a los diferentes medios de realizar

implantes de material genético en el organismo de la mujer que gestará por contrato; por una parte la inseminación artificial que se subclasifica en inseminación artificial homóloga e inseminación artificial heteróloga. Por otro lado, la fecundación *in vitro* que abarca dos formas de realizarla, por trasplantes de embriones o por transferencia intrauterina de gametos.



En relación con las técnicas para la reproducción asistida, que es la que se utiliza en el procedimiento de maternidad subrogada, (Córdoba & Sánchez Torres, 2000) establecen:

La inseminación artificial es el acto médico por el que se introduce espermatozoides en el aparato genital de la mujer, en procura de la fecundación. Este procedimiento es artificial en cuanto a la manera de obtenerse el espermatozoide y por su introducción en el cuerpo de la mujer; pero lo demás, la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular, es natural. Esta técnica a su vez, puede subclasificarse en inseminación artificial homóloga (IAH) e inseminación artificial heteróloga (IAD). Hay inseminación artificial homóloga cuando el semen utilizado pertenece al esposo o pareja estable de la mujer. La inseminación artificial es heteróloga cuando el semen es aportado por un tercero no vinculado a la mujer (...)

La fecundación *in vitro* es un proceso médico científico de varias etapas, tendiente a subsanar problemas de esterilidad de la mujer, y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial; lograda la fusión y conseguido, por tanto el embrión fuera del claustro materno, es luego trasplantado a este para que el embarazo siga su curso natural (...) dentro de la FIV se ha desarrollado otra técnica consistente en que durante la misma intervención quirúrgica de extracción de óvulos se depositan estos conjuntamente con el semen en las

trompas de la misma mujer; la transferencia intrauterina de gametos. (s. p.)



Se sabe entonces que la maternidad subrogada, al utilizar métodos artificiales para la gestación, puede producir distintos efectos jurídicos, principalmente dentro del derecho civil y específicamente en cuanto al objeto de los negocios jurídicos, empero, también la filiación juega un papel determinante ya que debe tenerse certeza jurídica de quien posee la calidad de padre y madre del niño que ha nacido como consecuencia del contrato.

3.5. Contrato de maternidad subrogada

La maternidad subrogada o gestación subrogada es un “procedimiento mediante el cual una persona o una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento” (Brena, s. f., p. 143).

Una definición un tanto más completa es la que ofrece Belloso Martín (2015):

Es un contrato del derecho civil mediante el cual una mujer previamente seleccionada se compromete a cambio de una contraprestación normalmente dineraria, o por un sentimiento altruista, a dejar que se le implante un ovulo fecundado de otra mujer o, un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio fecundado mediante inseminación con el esperma de un hombre diverso de su marido o compañero permanente (si los tiene) con la obligación de entregar al hijo después de su nacimiento a la (s) partes (s) contratantes (s). (s. p.)

La práctica de esta modalidad supone un acuerdo previo de las partes contratantes, es decir que una mujer se compromete a realizar todo el proceso natural del embarazo y posteriormente al nacimiento, deberá entregar el niño a la pareja que la haya contratado, esa

entrega definitivamente implica la renuncia a sus derechos como madre y el motivo más frecuente para realizar este tipo de negocio es el aspecto económico aunque en ocasiones se dan casos de maternidad subrogada por motivos altruistas.



Basta recordar que el contrato es el acuerdo de voluntades que se origina entre dos o más personas para la creación, modificación, extinción o transformación de derechos y obligaciones. El contrato es el negocio jurídico en donde las personas pueden regular sus propias relaciones en el ámbito jurídico y soportar las cargas y efectos que estas producen, así como gozar de los derechos que a través de dicho negocio les corresponden.

3.6. Campo de validez del contrato civil de maternidad subrogada en

Guatemala

El contrato de maternidad subrogada debe escapar a la autonomía de la voluntad de las personas porque existen ámbitos en donde la voluntad del ser humano enfocada a un interés individual no prevalece sobre el interés común, ya que de ser así podrían existir contratos sobre el tráfico de órganos, el estado civil, la capacidad, cualquier materia concerniente al orden público, situaciones que claramente se ubican dentro de lo que se conoce como cosas fuera del comercio de los hombres.

En Guatemala, aun con el contenido de la norma prescrita en el Artículo 1256 del Código Civil, debe entenderse que existen campos en donde la voluntad del hombre no puede celebrar contratos, esto es así porque si el legislador aceptase que el contrato puede extenderse a todo ámbito de la vida del hombre, no tendría razón de existir ninguna limitación, prohibición o regulación sobre determinados actos, por ejemplo, de nada sirve establecer bases del testamento

si mediante un contrato se pudiese vender el derecho a testar sobre los propios bienes, o bien, si a través de la contratación fuese posible adquirir el estado civil de hijo o de esposo.

El contrato poseerá un campo de validez en Guatemala siempre que se den los requisitos legales para su creación y que el objeto que persigue no sea ilícito, inmoral, violatorio al orden público o evidentemente contrario a normas que prohíben determinada actividad.

La maternidad subrogada es una figura que escapa a la libertad de contratación en Guatemala porque no cumple con los elementos exigidos para la validez del negocio jurídico ya que la vida y la persona no son bienes de lícito comercio y por ende no pueden ser enajenados a la voluntad de las personas.

3.7. ¿Qué clase de contrato es la maternidad subrogada?

Se sabe que en la práctica la maternidad subrogada es un acuerdo entre personas adultas, debido a ello se le ubica dentro del campo contractual en todos aquellos países en los cuales es permitida esta forma de adquirir un bebé, no obstante, resulta interesante establecer qué clase de contrato es, en dónde pueden ubicarse la mayoría de sus elementos, es decir, a qué figura es semejante o si es de tal naturaleza que se le puede considerar como un contrato *sui generis* o atípico.

3.7.1. Compraventa

La compraventa es un contrato por medio del cual el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero. El anterior enunciado está contenido en el Artículo 1790 del Código Civil, de él puede establecerse que los sujetos que participan están plenamente identificados y de igual forma la prestación que a

cada uno de ellos corresponde. El vendedor, es la persona que está en dominio de la cosa o bien la persona que está legitimado para vender y transferir la propiedad aun cuando no sea el dueño, si se asemejera la maternidad subrogada en este contrato, se tiene que quien vende es la mujer que puede disponer de su vientre para llevar a cabo un embarazo, ella vende sus órganos para determinada utilidad puesto que en este caso pasa a un segundo plano la forma en la cual se implantó en ella el material genético para la gestación.

Por otra parte, el comprador está constituido por los padres intencionados, ellos están en disponibilidad de comprar al ser humano que nacerá porque están frente a una mujer que vende su vientre para hacer crecer a una persona, dar a luz y posteriormente entregarlo; lo que adquiere el comprador es un ser humano ya que así se pactó en el contrato.

El Artículo 1791 del Código Civil regula que el contrato queda entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y en el precio aunque ni la una ni la otra se hayan entregado. En esta norma se indica que el contrato de compraventa tiene carácter consensual lo que coincide con el de maternidad subrogada, porque las partes pueden convenir que el precio o la prestación económica podrán ser entregados cuando reciban al ser humano producto de la gestación, ello porque forzosamente habrá que esperar el transcurso natural del embarazo.

Otro aspecto importante es el contenido en el Artículo 1794, porque el mismo regula en su parte conducente que ninguno puede vender sino lo que no es de su propiedad. De lo escrito se desprende que si se ubica a la maternidad subrogada como una compraventa se dan los siguientes presupuestos:

- a) El cuerpo de la mujer es un conjunto de órganos que están a la venta: ya que no solo interviene el vientre de la mujer para gestar, el embarazo afecta a otros órganos que cumplen

funciones importantes y que ayudan al crecimiento fetal.



- b) El ser humano que se forma en la mujer gestante es un objeto de lícito comercio: la persona es adquirida a través de un contrato de compraventa y al tenor de la ley se le tendría que considerar como una cosa que tiene dueño y que es susceptible de ser valorada en dinero ya que en el momento de consensuar el contrato debe establecerse cuánto costará el embarazo y la entrega de la persona producto del mismo. En este sentido, cabe decir que la maternidad subrogada se defiende al decir que no es la venta de la persona sino el precio que se da a la mujer gestante es por el uso de su cuerpo.
- c) La mujer es dueña de su cuerpo y con él puede realizar los negocios jurídicos que le convengan: este es un elemento por demás claro dentro del contrato, porque de otra forma ella no podría ni se atrevería a negociar sobre la implantación de material genético en su cuerpo para que este reaccione e inicie el embarazo.

En conclusión, en la compraventa se entrega algo a cambio de un precio, en este caso una persona, a quien antecede el servicio de gestación que la mujer ofreció a los padres intencionados, esta idea parece estar en contra del respeto a los derechos humanos porque se entiende que la mujer que ofrece su vientre puede ser una cosa, una máquina de preparación o un objeto capaz de producir determinado resultado y al bebé porque es en realidad lo que la pareja contratante persigue tener.

3.7.2. Arrendamiento

La idea de la compraventa es sin duda equivocada, puesto que no son cosas las que se tienen como objeto en el contrato, sin embargo, es necesario seguir indagando cuál es la figura

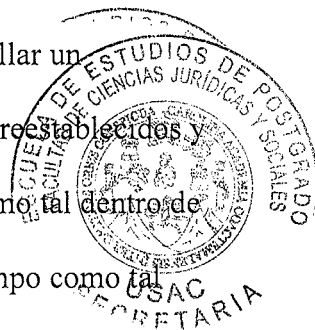
correcta para ubicar a un contrato en el cual una persona da su cuerpo y sus órganos a cambio de una retribución. Dado lo anterior, cabe decir que a la maternidad subrogada también se le conoce como vientre en alquiler, este nombre hace referencia directamente a otra figura contractual conocida técnicamente como arrendamiento.

El Artículo 1880 del Código Civil regula que 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. Lo escrito revela la esencia del arrendamiento, es dar el uso y goce de una cosa por un tiempo determinado a cambio de una prestación que comúnmente se denomina renta. En el caso de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, podría pensarse que se dan los elementos necesarios para colocar a este contrato dentro del arrendamiento ya que concurren los sujetos, arrendante y arrendatario, el primero se constituye por la mujer que alquila o arrienda su cuerpo y sus órganos para gestar, el segundo sujeto está conformado por los padres intencionados, ellos son quienes usarán el vientre de la mujer contratada para desarrollar el embarazo.

En este contrato sigue mencionándose que es una cosa la que puede darse en arrendamiento y sobre ella recae la facultad del uso o goce, situaciones que, al analizarlas, suponen la imposibilidad que el contrato de maternidad subrogada pueda ubicarse en él aun cuando existe un alquiler de vientre, ello porque la persona no es cosa y ningún ser humano puede ser usado por otro, esto conlleva la idea de esclavitud.

En cuanto al elemento real del contrato, se advierte que no puede existir porque este se configura por las cosas o los bienes que serán dados en arrendamiento y es aquí en donde se reafirma que el cuerpo humano no es un conjunto de órganos susceptibles de ser encasillados

como cosas y por eso se estableció que la mujer que naturalmente puede desarrollar un embarazo, no es una máquina que pueda alquilarse para llevar a cabo procesos preestablecidos y de ellos obtener productos; la renta como otro elemento real, no se configura como tal dentro de este convenio porque a la mujer gestante no se le otorga un pago cada cierto tiempo como tal sino que el embarazo subrogado es definido en su valor total en el contrato. En cuanto a la formalidad, cabe mencionar que en Guatemala no está permitido el contrato de maternidad subrogada, empero, las personas que en otros lugares los celebran, pueden realizarlo en presencia de notarios que puedan dar formalidad total al acto.



3.7.3. Prestación de servicios

El contrato de prestación de servicios hace referencia a la actividad que un profesional puede dar a otra persona con base en los conocimientos adquiridos y las capacidades con las que cuenta. En la legislación nacional existe el contrato de servicios profesionales y está regulado en el Artículo 2027 del Código Civil, en cuanto que los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago.

En cuanto a la maternidad subrogada, no puede tomarse o considerarse a la mujer que gestará como una profesional en ese aspecto, más bien, el contrato de prestación de servicios se enfoca a todas aquellas agencias que se dedican a proveer a las personas que desean tener hijos con esta modalidad, a todos los servicios que sean necesarios, por ejemplo: pueden proveerles médicos, abogados, asesorías, servicios hospitalarios, todo esto como un paquete de servicios profesionales que son ofrecidos a precios bastante elevados.

3.7.4. Contrato *sui generis*

El término *sui generis* significa “único en su género”, y probablemente sea en este campo en donde puede ubicarse al contrato de maternidad subrogada puesto que lo que se persigue es el nacimiento de una persona que ha sido gestada en un cuerpo que no pertenece a su madre biológica, empero, será entregado a ella. Además, el cuerpo que se utilizó para la gestación ha sido contratado específicamente para ese objeto y no genera ningún tipo de derecho sobre el recién nacido.

En este caso, existen elementos personales como lo es la madre gestante y los padres intencionados, elementos reales que se constituyen por la entrega del niño y el dinero que ha de mediar para que todo esto suceda y los elementos formales que están conformados por los contratos que pueden firmarse en presencia de un Notario. Se le dio el nombre de contrato *sui generis* con el objeto de ubicarlo en algún campo de la contratación aunque no exista esta clasificación entre los contratos.

3.7.5. Contrato civil atípico

Puede decirse que los contratos atípicos son aquellos que no están regulados en la ley y se desconoce con exactitud sus lineamientos y sus consecuencias; pueden ser celebrados en determinadas situaciones, empero, guardar los límites que la ley no consdiera negociables como las buenas costumbres, la moral, normas prohibitivas expresas y el orden público.

La regla o principio general de la libertad contractual engendra la posibilidad de que las partes celebren contratos sin necesidad de ajustarse a los tipos establecidos por la ley y, al mismo tiempo, la posibilidad de modificar o de sustituir la disciplina normativa



correspondiente a un tipo de contrato, según los concretos intereses que en cada caso traten de encontrar y causen por medio de la relación contraccional que las partes crean.

Pueden las partes estructurar libremente sus convenios (...) conforme a sus necesidades y posibilidades, pues, aunque la ley prevea y regula determinados tipos de contratos, cuando no alcancen la pauta legal para la determinación del contenido del contrato, debe este quedar establecido de acuerdo con la voluntad de los contratantes, ya que el contrato mismo es ley para ellos. (Díez-Picazo, 1996, p. 385)

En el caso de la maternidad subrogada, Guatemala no cuenta con ninguna referencia legal sobre el contrato, lo cual no implica que el mismo no se produzca en ámbitos privados que pueden llegar a salir a la luz únicamente por desacuerdos que surgen entre las partes contratantes y estas deciden llevar el conflicto ante un juez.

El contrato puede considerarse atípico por la razón de inexistencia en ley, sin embargo, ello no le hace legal o factible pues, como se ha mencionado anteriormente, el principio de la autonomía de la voluntad no es absoluto porque siempre que las personas deseen celebrar un negocio jurídico deben forzosamente respetar los límites ya conocidos porque de lo contrario, sea cual fuere su voluntad aun cuando esté plasmada en un contrato, la misma deviene inválida.

3.7.6. Contrato mercantil

En este aspecto es importante establecer que el contrato como figura genérica, porque existe en el ámbito civil y en el ámbito mercantil, empero, dentro de esta rama del derecho, pareciera difícil colocar a la maternidad subrogada porque de ser así, se aceptaría expresamente que el ser humano y la vida son simples bienes que pueden ser comprados o vendidos como mercancías que están dentro del comercio de los hombres.



En la legislación nacional, la mercancía es considerada como los bienes que no están excluidos del comercio, sea por su naturaleza o por disposición de la ley. Por ello, se considera que el ser humano por su naturaleza no es un bien ni un objeto que pueda ser comercializado, de lo contrario, no existirían normas de tipo penal que sancionan severamente la trata de personas.

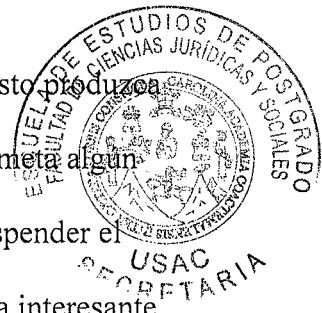
En cuanto a la disposición de la ley, la Constitución Política de la República establece claramente que el Estado se organiza para proteger a la persona desde su concepción, es decir, la protección estatal debe interpretarse de forma extensiva y por ello no permite en ningún sentido el comercio de la vida y de la persona.

3.7.7. Contrato laboral

El Artículo 18 del Código de trabajo guatemalteco establece que contrato de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador) queda obligada a prestar a otra (patrono) sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.

En el caso de la maternidad subrogada, no puede decirse que se trate de un vínculo jurídico de carácter laboral porque la relación de trabajo se produce para la generación de resultados provenientes de la labor del trabajador, la cual se realizará siempre bajo la dirección inmediata y la dependencia del patrono o empleador. Esta situación no se da en el embarazo porque la pareja comitente únicamente podrá dar algunas indicaciones de cómo debe cuidarse la madre gestante o qué conductas puede o no tener, sin embargo, no pueden dar instrucciones al cuerpo para que se comporte de una u otra forma, además, los elementos propios del derecho de trabajo en cuanto a contratos se refieren, no se dan en el contrato de maternidad subrogada, por

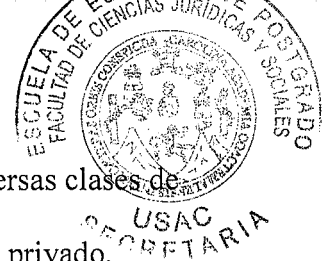
ejemplo: no existe la suspensión del contrato o la terminación del mismo sin que esto produzca consecuencias nefastas, que pasaría si la madre enferma y pierde al bebé, o que cometa algún delito y vaya a la cárcel, cabe preguntarse si esto se configura como causa para suspender el contrato de maternidad subrogada. En el caso de la terminación del contrato resulta interesante establecer si la madre subrogante puede renunciar al contrato como trabajadora o si la pareja comitente la puede despedir. Lo anterior hace que el contrato de maternidad subrogada tampoco se considere como un contrato de trabajo.



3.7.8. Contrato civil biojurídico

Este tipo de contrato, aun cuando no está contenido en la legislación guatemalteca, es de amplio espectro porque tiene que ver con la vida, la salud y la integridad de las personas. Esta forma de convención puede contener en sus cláusulas aspectos relacionados a la creación de la vida, como la maternidad subrogada, su finalización como la eutanasia, mejoramiento de la raza humana como la eugenesia; el común denominador de estas prácticas es definitivamente la persona, es ella la que se cataloga como objeto del contrato.

Puede decirse que el contrato de maternidad subrogada es un contrato de tipo civil y que pertenece al campo del bioderecho o la biojurídica, lo que resulta interesante es que para la existencia de estos contratos, es necesario concebir al comercio como el único ente libre, aquel que no tiene limitaciones y que todo está en el lícito comercio, de ser así, es posible la excesiva proliferación de los contratos biojurídicos sin importar el objetivo que estos tienen -gestación subrogada-, pero también podría convenirse sobre la venta de órganos humanos, la venta de personas o cualquier otra situación que abarque la vida del ser humano.



El contrato de maternidad subrogada, al no poder ser incluido en las diversas clases de contrato tradicionalmente conocidos, puede concluirse que pertenece al derecho privado, específicamente al derecho civil y debe ser estudiado desde el punto de vista del bioderecho ya que produce consecuencias jurídicas que también son producto de un procedimiento médico en donde la bioética tiene mucha influencia.

3.8. Características del contrato de maternidad subrogada

El capítulo quinto del título quinto del libro quinto del Código Civil contiene la división de los contratos y del Artículo 1587 al 1592 regula las diferentes características que estos pueden presentar, por tal razón se enumeran las características del contrato de maternidad subrogada que según la legislación nacional podría tener, aunque se sabe que dicho negocio jurídico no existe, se hace referencia a ellas para identificarlas. Se explican de la forma siguiente:

- a) Es un contrato bilateral porque las dos partes contratantes adquieren obligaciones propias del contrato que han celebrado, por una parte, los padres comitentes se obligan a cubrir gastos propios del embarazo e incluso la remuneración económica u honorarios frente a la madre gestante, ella por su parte está obligada a la entrega del niño que nacerá y a renunciar a cualquier reclamo sobre derechos de filiación, además en caso de existir problemas durante el embarazo, el contrato puede establecer que la madre sustituta pueda devolver cantidades de dinero que haya percibido, por ejemplo en el caso que decida abortar. Inclusive en el caso de la maternidad altruista, se ha dicho que es imposible que el embarazo resulte libre de gastos, siempre habrá la intención de la madre gestante de recibir ayuda y de los padres intencionados de prestarla, es decir, siempre habrá remuneraciones recíprocas entre las partes contractuales.



- b) Es un contrato solemne porque en los lugares en donde es posible su celebración, siempre interviene un profesional del derecho que redactará el documento con la mayor formalidad y solemnidad posible ya que los intereses en juego son muchos y de extrema delicadeza, además de incluir una serie de cláusulas bastante específicas sobre el comportamiento de los que intervienen, por ello es que se considera que el contrato de maternidad subrogada agrade grandemente a la mujer gestante porque existen normas de conducta que quedan al arbitrio de quienes pagan.
- c) Es consensual porque derivado de las cláusulas contractuales, los interesados deben otorgar su consentimiento de acuerdo con las previsiones legales de la región en donde el contrato se esté celebrando, para efectos de referencia, anteriormente se analizó que el consentimiento en Guatemala debe ser espontaneo, libre de vicios o circunstancias que lo perjudiquen.
- d) Es un contrato principal porque en las legislaciones que lo permiten, definitivamente no depende de ninguna circunstancia para su celebración, no hay ningún acto previo del que dependa su existencia.
- e) Es oneroso porque se existen beneficios y cargas recíprocas entre las partes contractuales, esta característica se relaciona directamente con la de bilateralidad.
- f) Es oneroso conmutativo porque el contrato deja claro a los participantes cuales son las cargas económicas y las prestaciones que han de cumplir dentro del mismo; además, estos beneficios o pérdidas deben ser claros no solo dentro de la pareja comitente y la madre gestante sino que también en relación con las agencias de maternidad subrogada que pueden participar en el procedimiento.



- g) Son condicionales en la medida que dentro del propio contrato se pacten condiciones para su perfeccionamiento, absolutos en caso que no se hayan convenido, sin embargo, con esta última característica, se hace una crítica en cuanto a que en algunas legislaciones no se permite la ejecución forzosa o cumplimiento absoluto del contrato cuando la madre subrogada se arrepiente y no entrega el niño a los comitentes.
- h) De tracto sucesivo, en el sentido que el proceso de embarazo dura típicamente nueve meses y durante este tiempo ambas partes deben realizar ciertas conductas que lo lleven a buen fin.
- i) Nominado o innominado: dependiendo la legislación de cada país en donde el contrato es permitido, en el primer caso si la ley lo contempla como tal, en el segundo si en la práctica se permite aun cuando no esté tipificado en la ley.

3.9. Sujetos que intervienen en el contrato de maternidad subrogada

En la celebración de un contrato de maternidad subrogada pueden darse algunas variantes, la primera consiste en que se celebra un contrato entre la pareja que desea al niño y la persona que brindará su vientre para el embarazo, sin embargo, en este caso, pueden darse situaciones de desconocimiento de temas técnicos y procedimientos médicos que deben llevarse a cabo para la gestación o también aspectos de tipo legal que las personas que no cuentan con la asesoría correcta puede omitir y tener problemas posteriores.

Otra posibilidad se encuentra en los casos en donde no existe contrato firmado sino solo acuerdos entre las personas, aquí se produce el coito entre el varón que quiere procrear y la mujer que desarrollará el embarazo, es decir, no hay ningún procedimiento científico y los interesados tienden a realizar el parto con las denominadas comadronas a quienes les proporcionan dinero

para que mantengan en secreto las circunstancias reales en las que el nacimiento se ha producido y coloquen el nombre de otra mujer como la que ha dado a luz. Posteriormente, la pareja se presentará al Registro Civil y procederá a la inscripción del niño como que fuera su hijo, específicamente de la mujer que no le ha concebido ni le ha aportado su material genético.

Por último, puede mencionarse que la otra forma de producirse la maternidad subrogada es que existe el contrato entre la pareja y la gestante pero también interviene una agencia que se dedica de forma especializada a este tipo de procedimientos, por lo tanto, la pareja interesada debe celebrar también un contrato con esta entidad. Esta agencia puede brindar servicios para contactar a todo el equipo médico necesario para asistir el embarazo y el nacimiento, es decir que estas agencias pueden proporcionar la clínica en donde puede llevarse a cabo el procedimiento de implantación del material genético en la mujer que gestará, servicios ginecológicos, pediátricos o de anestesia si es necesario.

Otro aspecto que puede cubrir esta agencia es la de ofrecer contactos a los interesados en cuanto a los aspectos legales se refiere, pueden ubicar abogados para que redacten los contratos y asesoren en todos los procedimientos de constancias hospitalarias, inscripción en el Registro Civil y cualquier otro que sea necesario.

En conclusión, los sujetos que han de intervenir en este procedimiento son: a) la pareja de esposos interesados en tener un hijo mediante la gestación subrogada; b) la mujer que será receptora del material genético de uno o ambos interesados y gestará; c) agencias que se dedican a facilitar los lugares y asesorías necesarias para que se lleve a cabo de principio a fin el procedimiento de maternidad subrogada; d) sujetos indirectos como abogados, médicos, entidades estatales como los registros y hospitales.

3.10. Aspectos del contrato entre los padres intencionados y agencias dedicadas a la maternidad subrogada



En Guatemala no existen agencias que de forma transparente se dediquen a prestar servicios de maternidad subrogada, sin embargo, en países como Ucrania y Estados Unidos los acuerdos que se dan entre las personas particulares y las agencias dedicadas a esa actividad se refieren a aspectos como los que a continuación se analizan.

3.10.1. Objeto del contrato

El contrato se realiza con el objeto de tener una coordinación adecuada durante todo el procedimiento de maternidad subrogada, es decir, desde que los padres intencionados tienen el primer contacto con la agencia hasta que se produce el nacimiento del niño. La agencia busca coordinar aspectos como la elección de la mujer que gestará, la planeación de las cargas económicas de todo el proceso, servicios legales, médicos o de cualquier otra índole.

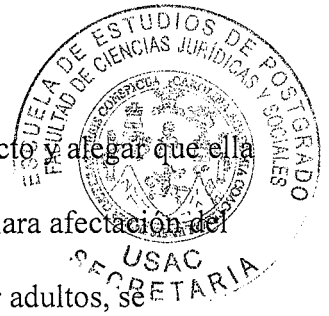
Dentro de los primeros puntos que la agencia hace del conocimiento de los padres intencionados, se encuentra el que se refiere a la forma en la cual se logrará el embarazo, el cual generalmente se busca a través de la fecundación *in vitro*, que persigue se realice mediante la interacción del espermatozoides del padre intencionado con los óvulos de la madre intencionada, empero, puede ser que los óvulos de esta última no sean capaces de producir el embarazo y sea necesaria la intervención de una donante de óvulos.

En estos casos ya resulta interesante analizar las posibles consecuencias del contrato ya que existe diferencia en el caso en el que el material genético es de los padres intencionados y cuando es solo de uno de ellos. El problema puede radicar en que posteriormente, aun con la

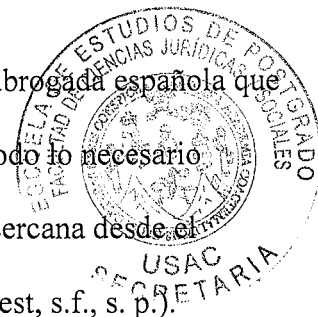
existencia del contrato, la madre gestante puede accionar para dejarlo sin efecto y alegar que ella es la madre biológica del niño que ha nacido, situación que deviene en una clara afectación del interés superior del niño porque como consecuencia de actos consentidos por adultos, se perjudican aspectos de su vida.

En el caso de la maternidad subrogada, como se ha mencionado, existen dos contratos, el que celebran los padres intencionados con la agencia dedicada al asesoramiento en distintos campos y el que ha de celebrarse directamente con la mujer que han seleccionado a través de dicha agencia para producir el embarazo. En conclusión, el objeto del contrato con esta entidad es recibir asesoramiento en todo el procedimiento, y los gastos que los padres intencionados han de costear por la asesoría superan fácilmente los cuarenta mil dólares en lo que a la propia agencia se refiere.

Las agencias existen para proporcionar servicios relacionados a la maternidad subrogada y no son difíciles de encontrar ya que basta con ingresar a internet y escribir por ejemplo agencias maternidad subrogada y aparecen inmediatamente opciones para que las personas accedan a la información, a manera de ilustración, la Agencia Española para Maternidad Subrogada se anuncia como “un equipo de profesionales organizado con un objetivo: auxiliar a aquellas personas que necesitan la gestación subrogada para ser padres (...) somos abogados, médicos, asistentes sociales, psicólogos, organizadores de viajes privados y coordinadores” (AEGES, s. f., s. p.). Esta referencia demuestra que las agencias se ocupan de casi todos los procedimientos que la maternidad subrogada conlleva, además en esta misma página se anuncia que el valor no sobrepasará los cuarenta y cinco mil Euros.



Otro ejemplo es Matergest, la cual es una agencia de maternidad subrogada española que afirma ofrecer “un servicio integral y personalizado que te guía y facilita todo lo necesario durante el proceso de la maternidad subrogada, acompañándote de forma cercana desde el principio hasta que tienes tu hijo y finalizan las gestiones legales” (Matergest, s.f., s. p.).



Dentro de las prácticas que pueden darse, está el hecho que la agencia percibe en concepto de honorarios una determinada cantidad de dinero; se estima que dicha cantidad puede ascender a USD 18 000. Asimismo, los padres intencionados deben instituir un depósito en una cuenta que será administrada por la agencia a la que denominan cuenta del fideicomiso del cliente y se estima que la cantidad de dinero que debe estar disponible no puede ser menor a los USD 30 000.

El dinero que está en este fideicomiso es utilizado para aspectos derivados de las pruebas médicas y psicológicas, seguros, pago de honorarios a la agencia si los padres intencionados no los hubieren completado y cualquier otro gasto que resulte necesario dentro del procedimiento.

Dentro del aspecto económico, también es importante mencionar que a la mujer que gestará, debe pagarse una cantidad de dinero en concepto de honorarios, los cuales dependerán del monto que la propia agencia considere es lo correcto, este punto es sumamente conflictivo dentro de la maternidad subrogada pues al proveerse de dinero a la mujer que brinda su cuerpo para llevar a cabo la gestación, se dice que existe comercialización del ser humano ya que el cuerpo y los órganos que intervienen en el embarazo están siendo arrendados para un fin específico, situación que en Guatemala, puede entrar en el campo del derecho penal ya que el Artículo 301 Bis del Código Penal regula que la persona que participe en cualquier acto ilegal que conlleve extracción, conservación, suministro, comercio y utilización de órganos o tejidos de

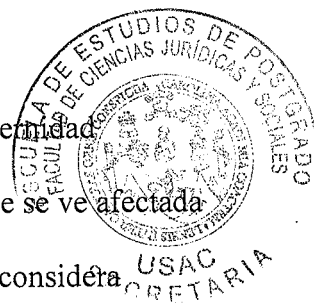
personas vivas o de cadáveres será sancionado.

Lo anterior se explica en el sentido que en Guatemala el contrato de maternidad subrogada no se encuentra tipificado y por ende puede considerarse ilegal ya que se ve afectada la condición de la persona que gestará y de la que en su oportunidad nacerá. Se considera también que al existir pago por la maternidad, muchas mujeres pueden dedicarse directamente a tener hijos y luego sin que intervengan procesos de adopción, darlos a otras parejas, cuando el embarazo se haya provocado con el material genético de ellos o por lo menos del varón.

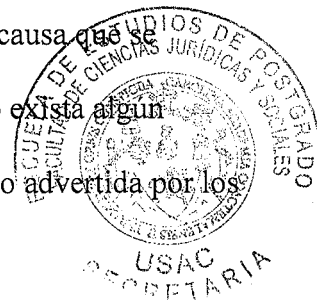
Aunado a lo anterior, el contrato de maternidad subrogada puede prestarse fácilmente a la explotación económica de las mujeres que tienen necesidad de dinero incluso para el sostenimiento de otros hijos, “son muchas las voces que se han unido para advertir que las mujeres pobres son las que con frecuencia servirán como gestantes para cargar embriones de clientes de clases económicamente más privilegiadas” (Labadie-Jackson, 2008, s. p.). Se sabe que en muchos casos existen mujeres que dan su consentimiento libre para gestar por sustitución, sin embargo, “tampoco se puede desconocer que la práctica totalidad de las mujeres que se prestan a este servicio a cambio de una retribución son mujeres que necesitan de los ingresos obtenidos mediante él para vivir” (Bellver Capella, 2015, p. 31).

Por lo anterior, es que la práctica de la maternidad subrogada no parece del todo viable ya que la buena intención que puede tener, es fácilmente discutible y en todo caso, si una mujer accede a la gestación debería acogerse al principio que la gestante no debería recibir retribución ya que esto garantizaría que su actuar no es por necesidades económicas.

Otro aspecto por el cual se celebra un contrato entre parejas intencionadas y agencias que se dedican a la organización y coordinación del proceso de maternidad subrogada es porque



dentro de él se permite que los padres intencionados seleccionen a la futura gestante y una vez seleccionada, también tienen el derecho de retractarse o rechazarla por alguna causa que se especifique en el contrato, esto puede ser porque padezca alguna enfermedad o exista algún riesgo para la salud del bebé dada la condición de la futura madre que haya sido advertida por los resultados de exámenes médicos.



En este sentido, la agencia también da a conocer a los padres intencionados que ella no asumirá cargas relacionadas a aspectos posteriores al parto o incidencias que sucedan, por ejemplo, que los embriones transferidos a la gestante no produzcan un embarazo, la salud y condición física del niño que ha nacido, no se garantiza la ausencia de defectos o anomalías congénitas o que la gestante no intentará quedarse con el niño luego del nacimiento.

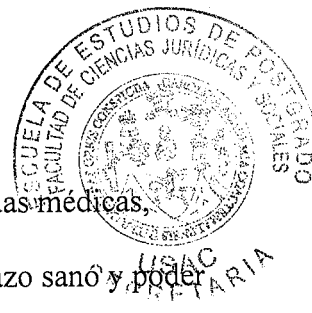
3.11. Aspectos del contrato entre los padres intencionados y la mujer gestante

Dentro de estos aspectos pueden mencionarse algunos elementos que aseguran los derechos y las obligaciones de cada una de las partes contratantes, entre ellos, pueden mencionarse:

- a) Derechos de los contratantes: básicamente los derechos de las partes del contrato, consisten en que la mujer que presta su cuerpo para la gestación, tendrá derecho a recibir de los interesados todo lo relacionado a gastos de embarazo, atención médica, medicamentos, suplementos vitamínicos, en algunos casos alimentación especial, asesorías médicas y legales.

Por su parte, la pareja interesada tendrá el derecho de verificar la forma en la cual la mujer está cuidando su embarazo, el régimen de alimentación, la toma de suplementos que ayuden al crecimiento y salud fetal y lo más importante, tienen el derecho a que una vez se

produzca el alumbramiento, les sea entregada la persona recién nacida.



b) Responsabilidades: la mujer gestante se compromete a tomar todas las medidas médicas,

alimenticias, preventivas y de cualquier índole que permitan tener un embarazo sano y poder

llegar satisfactoriamente al alumbramiento. Los contratantes son responsables de brindar

todas las condiciones para que la persona que gesta el embarazo tenga todos los cuidados

necesarios.

c) Compensación económica: la persona que autoriza el uso de su cuerpo para gestar, pacta en un

contrato la cantidad de dinero que desea recibir a cambio del servicio que presta, esta parte del

convenio es la más discutida ya que se toma la vida como un objeto lícito en el comercio y se

cosifica a la persona, tanto la que se pretende pueda nacer como la mujer que brinda su cuerpo

ya que este es la herramienta a través de la cual se consigue el objetivo deseado.

d) Aspectos varios: dentro de estos elementos pueden darse un sin número de cláusulas en el

contrato, por ejemplo: cómo solucionar un aborto, sea provocado o no, cómo solucionar la

negativa de la madre a entregar al recién nacido, el divorcio de la pareja contratante o la

muerte de uno de ellos antes del alumbramiento, el alumbramiento de gemelos, las

enfermedades del feto o síndromes que afecten su vida fuera del cuerpo de la gestante entre

otros.

Estos aspectos son de suma importancia dentro del contrato porque es en ellos en donde comúnmente se considera a la persona que nacerá como objeto susceptible de ser comercializado pues se deciden por él un sinnúmero de aspectos que convienen y afectan solamente a los intereses de los adultos. Estos argumentos son los que principalmente dan base a establecer que el contrato civil de maternidad subrogada incide negativamente en el interés superior del niño.

La maternidad subrogada es, pues, un acuerdo de voluntades entre personas adultas que pueden regir sus relaciones jurídicas de forma libre dentro del campo de los contratos porque sus conductas se enmarcan de forma perfecta en las contraprestaciones que cada una debe dar o hacer; en el caso de los padres intencionados o los contratantes, deben dar todo lo necesario para el cuidado del embarazo, empero, la principal prestación es la retribución económica y en el caso de la mujer que gestará, lo principal es la entrega de la persona que nacerá.





CAPÍTULO IV



4. Incidencia del contrato civil de maternidad subrogada en el interés superior del niño

El presente capítulo abordará lo que se considera más importante dentro de la investigación, por ello es necesario hacer referencia a la forma en la cual un contrato celebrado por voluntad de personas adultas puede incidir en la futura vida de una persona, específicamente en su interés superior ya que este concepto abarca de forma integral todos los aspectos de la vida del niño.

En cuanto al tema, es procedente indicar que se trata de realizar un estudio que permita comprender que la maternidad subrogada es un acto jurídico que tiene su origen en la sola voluntad de las personas que intervienen en el contrato, es decir, la pareja de padres intencionados que por una u otra razón no pueden concebir un hijo entre ellos y la mujer que brindará su cuerpo para llevar a cabo la gestación. En este sentido, se considera que en la celebración del contrato no intervienen temas únicamente jurídicos sino que además, es importante considerar los aspectos éticos y morales de los contratantes, pero también de los profesionales que intervienen durante todo el procedimiento y para ello, es necesario traer a estudio lo relacionado a la bioética, ya que ella interviene en forma directa en este tipo de procesos.

4.1. Moral

La moral es la base del actuar humano, no importando el lugar en donde este se desempeñe o las actividades que realiza, ello porque la moral observada de forma individual,

puede tener efectos en la sociedad. La moral es “un conjunto de normas de conducta que dicen al hombre como debe actuar en relación con los demás individuos” (Varela Fregoso, 1995, p. 43); la moral es la base sobre la cual la persona adecua sus actos porque es ahí en donde se encuentran los principios que se utilizan en la vida cotidiana, no robar, no hurtar, no irrespetar a otra persona, esas son algunas conductas que recaen sobre la moral y que en su conjunto nos indican si determinado acto que se hizo es bueno o es malo.

La importancia de la moral es de tal magnitud que en sus tratados Aristóteles se refería a ella y decía: “Un tratado de moral no debe ser una pura teoría, sino ante todo un tratado práctico (...). Necesidad de la moderación; todo exceso en más o en menos destruye la virtud y la prudencia” (De Azcárate, 1873, s.p.).

Lo anterior es fácilmente aplicable al campo de la maternidad subrogada porque, en principio, la moral es la que debe conducir a las personas que en ella intervienen para decidir si es correcto o no el hecho de arrendar el cuerpo de otro ser humano para producir un embarazo y posteriormente, por los efectos del contrato, retirar al niño de la madre que le ha concebido, se considera que incluso la propia ley se apoya en la moral para limitar la conducta humana, claro ejemplo es el Artículo 1271 del Código Civil porque establece que en todo negocio jurídico es dable estipular cualquier condición siempre que esta no sea contraria a la propia ley y a la moral.

De ello puede suponerse que la conducta moral de la persona lleva implícita otros valores u otros pensamientos que se dirigen al bienestar de los demás, por ejemplo: se ha mencionado a la maternidad subrogada que puede darse por motivos altruistas y en ese caso cabe preguntarse si interviene en ella la moral, la respuesta puede ser que aparte de un acto de moralidad se da otro de solidaridad y afecto hacia la persona que resultará beneficiada, no se persigue el lucro o la

cosificación de la persona bajo este acto moral, empero los problemas posteriores pueden surgir.

Derivado de que la ley misma posiciona en el texto legal a la moral, cabe decir que existen países en donde no se considera a la maternidad subrogada como una práctica contraria a los principios morales y se ha solucionado el problema emitiendo normativa al respecto, en este grupo existen países como Estados Unidos en donde algunos estados como Florida, California, Arkansas, Delaware permiten libremente esta practica; existen estados como Texas, Virginia, Tennessee, Utah o Nueva Jersey que imponen ciertas restricciones como por ejemplo que para iniciar todo el procedimiento de maternidad subrogada, debe obtenerse la aprobación legal, otros la aprueban solamente cuando los padres intencionados estan formalmente casados, en otros casos se permite la maternidad subrogada altruista. Por último en Nueva York, Arizona o Michigan esta prohibida.

En países como Argentina y Uruguay también existe legislación al respecto. El último caso, la ley 19.167 regula lo que se denomina “gestación subrogada” y se permite bajo ciertos parámetros, y resulta por demás interesante que esta normativa, como principio, prohíbe la maternidad subrogada, pero como excepción la permite cuando la situación de la mujer que desea contratar a otra es de enfermedad genética o adquirida que le impide el embarazo.

Otros países que la aceptan son Rusia, Ucrania, Georgia, Reino Unido, Australia, India y Grecia, sin embargo, en la mayoría de países del mundo no se permite o no está regulada.

4.2. Ética y ética profesional

Por su parte, la ética es, según Vargas Montoya (como se citó en Varela Fregoso, 1995), “la ciencia práctica que enseña las reglas que deben seguirse para hacer el bien y evitar el mal”

(p. 45). Es decir, la ética es la forma en la cual el ser humano exterioriza los principios morales que ya posee y que son producto de su formación; a través de la ética el ser humano fundamenta sus actos, sean estos de bien o de mal.

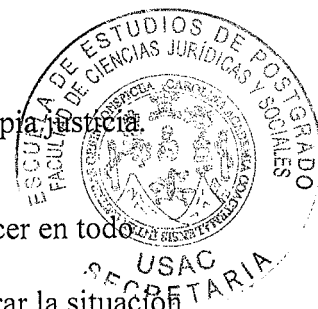


Dentro del tema de estudio, la ética también se refleja en la conducta del profesional que interviene en todo el procedimiento de maternidad subrogada, en este caso se incluyen a médicos, abogados, psicólogos, psiquiatras entre otros. La ética profesional resulta trascendente porque “es el conjunto de reglas de naturaleza moral que tienden a la realización del bien, en el ejercicio de las actividades propias de la persona física que se dedica a una profesión determinada” (Olmeda García, 2007 p. 147), y es precisamente ese conjunto de actos que el profesional realiza el que puede marcar de forma positiva o negativa a las personas y a la sociedad en determinado momento.

Sobre este aspecto es importante mencionar que el profesional, cuando actúa dentro del procedimiento de maternidad subrogada, no reflexiona sobre las consecuencias que se producen a raíz de ella, por ejemplo: un notario que redacte un contrato de esta naturaleza, simplemente puede escribir que el niño que nazca deberá ser entregado a la pareja que así lo solicita, sin embargo, este profesional no piensa en las consecuencias que para el niño podrán sobrevenir derivado de la separación de la persona que lo gestó, en realidad, el profesional realiza su trabajo a cambio de la retribución económica a la cual tiene derecho, sin embargo, se considera que previo a realizar el contrato, la ética profesional debió imponerse.

En Guatemala, el Código de Ética Profesional establece con claridad que el abogado puede aceptar o rechazar determinado asunto que se le presente para su dirección, empero, antes de tomar la decisión debe dejar en un plano secundario los intereses estrictamente personales que

puedan presentarse y orientar su actuación al bien común y a los intereses de la propia justicia.



En conclusión, los principios morales y éticos de las personas debe prevalecer en todo acto que realicen y en el caso de quienes ostentan títulos profesionales, deben valorar la situación que se les presenta y actuar con base en la ética profesional que les es inherente. En el caso de la maternidad subrogada en Guatemala, las personas que sean requeridas para llevar a cabo alguna de las etapas que conlleva el procedimiento, debe abstenerse puesto que, como se ha dejado claro, en el país no existen ninguna norma que respalde este tipo de contrato y por lo tanto se considera que su causa, objeto y finalidad atenta contra la moral, las buenas costumbres y la convivencia pacífica de la sociedad, porque se deja al ser humano y a la propia vida como parte de la contratación y los intereses que se privilegian son los de personas adultas que deciden por alguien que ni siquiera existe.

4.3. Bioética

Otro tema esencial dentro del estudio que se realiza, se refiere a la bioética porque es a través de ella que se determina lo relacionado a la ética aplicada a la vida del hombre cuando se utilizan conocimientos científicos en diferentes áreas, por ejemplo la medicina y la biología. Hottois, (como se citó en Méndez Baiges & Silveira Gorski, 2007) brinda una definición muy completa sobre la bioética y afirma que es “un conjunto de investigaciones, discursos y prácticas, generalmente pluridisciplinarias, que tienen por objeto clarificar o resolver cuestiones con dimensión ética suscitadas por el avance y la aplicación de las tecnociencias biomédicas” (p. 18).

La conceptualización que el autor da a la bioética es sin duda trascendente porque establece que no se trata de un simple conjunto de normas o reglamentaciones, sino que es un universo de prácticas que definitivamente deben ser bien intencionadas, abre la puerta a pensar

cómo puede influir la bioética en las relaciones humanas, no solo en el ámbito médico sino en todas las áreas del conocimiento científico ya que, como bien afirma el autor, estas prácticas, discursos e investigaciones son de carácter pluridisciplinario, es decir, se aplican a todas las áreas del conocimiento y, por ende, el de las ciencias jurídicas y sociales.



En este contexto, se hace la reflexión en cuanto a la forma en la cual el contrato civil de maternidad subrogada, celebrado únicamente entre adultos para acordar la formación de un ser humano y su posterior entrega, afecta directamente el interés superior del niño porque es él quien al nacer y durante su vida tiene la carga de las consecuencias psicológicas y jurídicas que del contrato se desprenden.

Van Rensselaer Potter, quien se dedicó a la química y a la biología en la Universidad de Wisconsin al estudiar la bioética, (como se citó en Rotondo de Casinelli, 2017) manifestó “el objetivo de esta disciplina, como yo la veo, sería ayudar a la humanidad en dirección a una participación más racional, más cautelosa, en el proceso de la evolución biológica y cultural” (s. p.), esto quiere decir que la bioética no puede tener otro fin que ayudar al ser humano y en el caso de la maternidad subrogada, aun cuando a primera vista se aprecie que ayuda a la pareja que solicita el vientre de una mujer, lo que debe advertirse es el efecto que se produce en la persona que nacerá producto de este procedimiento. La bioética debe tomar en cuenta las consecuencias producidas por los actos que realizan los profesionales que intervienen en los diferentes procedimientos que es posible llevar a cabo a través de los avances tecnológicos aplicados a la medicina.

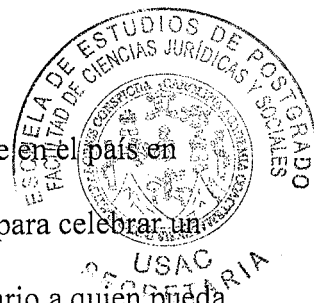
Dentro del campo de la bioética, pueden producirse diversas peticiones por parte de personas particulares a profesionales de distintas áreas, sin embargo, forzosamente habrá de

establecerse si esas peticiones son válidas o alteran la normativa jurídica vigente en el país en donde se encuentren, en el caso de Guatemala, la petición que pueda realizarse para celebrar un contrato de maternidad subrogada debe analizarse detenidamente porque el notario a quien pueda solicitarse la redacción del contrato se encuentra en la obligación legal de verificar la procedencia de este, asimismo, los profesionales de la medicina que son requeridos para los procedimientos respectivos deberán estar seguros de las consecuencias jurídicas de sus actos.

Lo anterior debe ser considerado porque la bioética debe prevenir conductas impropias o de consecuencias dañinas para cualquier persona que interviene en determinado procedimiento médico, W. Reich (como se cita en Rotondo de Casinelli, 2017), señala que la bioética es “el estudio sistematico de la conducta humana en el área de la ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de principios y valores humanos” (s. p.), en otras palabras, la bioética también se concibe como un cúmulo de conocimientos que están basados en la moral y el respeto al ser humano.

La bioética posee un campo bastante extenso de acción, es así que Mainetti (como se cita en Rotondo de Cassinelli, 2017) afirma:

Los tópicos de la bioética abarcan tres grandes capítulos: a) Ética Médica; b) Bioética general y c) Bioética especial. Respecto al primer capítulo sobre la ética médico o biomédica se puede comprender la ética profesional o médica en su sentido más restringido, tratándose entonces de la denominada ética deontológica. Esta incluirá el conjunto de normas que establecen los profesionales de la salud por las que rigen sus modelos de conducta profesional. En el segundo, la bioética general ocurre en un plano superior al de las relaciones médico-paciente, interesándose en las decisiones sobre la

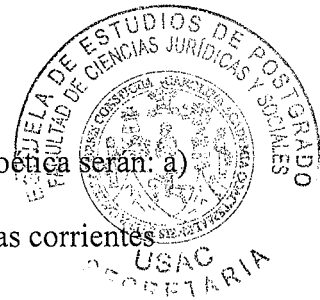


moral pública, la población medio ambiente e investigación científico-tecnológica (s. p.) y por último, la bioética especial tiene que ver con la intervención biotécnica en la vida humana desde el nacimiento hasta la muerte y comprende las siguientes áreas: 1. Genética, contracepción, esterilización, aborto y tecnologías reproductivas (inseminación artificial, fertilización in vitro, donación de gametos, bancos de espermatozoides, clonación). 2. Los temas de experimentación humana y animal, control de la conducta (psicofarmacología y psicocirugía). 3. Los temas de definición de la muerte, eutanasia, suicidio asistido y prolongación de la vida. (s. p.).

La bioética, según lo expuesto, no se limita a los procedimientos tecnológicos también considera los efectos que estos producen sobre las personas, de esa cuenta es que el tema que ocupa la investigación se encuentra inmerso en la bioética especial ya que la reproducción humana a través de la tecnología reproductiva es de vital importancia, empero, debe aclararse que esta es factible cuando se produce entre la pareja que enfrenta obstáculos para la procreación, sin embargo, es debatible cuando interviene una tercera persona para el alquiler del vientre, “la esencia de la bioética es la vida con todos los dilemas que se le presentan no solo a los individuos, sino a la familia y a la sociedad” (Molina Ramírez, 2013, s. p.).

4.4. Orientación filosófica de la bioética

La bioética también debe ser analizada desde el punto de vista de sus raíces, en este sentido ha sido Gilbert Hottois quien ha pronunciado un célebre estudio para conocer los pilares de esta área del conocimiento; autor que (como se cita en Molina Ramírez, 2013) establece que la “bioética se alimenta de la ética teórica y práctica de la historia de la filosofía sin olvidarse de construir el principialismo como su propia teoría y de nutrirse de otros recursos como la ética



kantiana y los derechos humanos” (s. p.), es decir que para Hottois la base de la bioética serán: a) los principios que la informan; b) los derechos inherentes a todo ser humano y c) las corrientes moralistas planteadas por Kant. El citado autor afirma sobre los principios lo siguiente:

La expresión principios éticos básicos se refiere a aquellos criterios generales que sirven como base para justificar muchos de los preceptos éticos y valoraciones particulares de las acciones humanas. Entre los principios que se aceptan de manera general en nuestra tradición cultural, tres de ellos son particularmente relevantes para la práctica de la experimentación con seres humanos: los principios de respeto a las personas, de beneficencia y de justicia. (s. p.)

Reviste gran importancia lo escrito porque puede observarse que la bioética efectivamente posee principios que deben ser observados irrestrictamente, asimismo, se logra advertir que el concepto de principios para este autor conlleva el respeto a lo que se conoce como dignidad humana, es decir, ninguna persona puede ser violentada en sus derechos, en sus libertades o en cualquier beneficio que le sea inherente, bajo la excusa de la realización de procedimientos médicos para conseguir determinado fin, en el caso de estudio, la gestación de un ser humano por este tipo de medios.

4.4.1. Principios específicos de la bioética

El autor antes citado expresa que los principios fundantes de la bioética se refieren a:

4.4.1.1. Respeto de la autonomía

Este principio persigue el respeto a las personas que, por una u otra razón, están involucradas en un procedimiento en el que tiene que ver forzosamente la bioética, se debe

respetar las decisiones que tomen dentro de cada una de las etapas de los procedimientos y ninguna autoridad puede coaccionar o dirigir acciones que no estén previamente aprobadas por la persona directamente interesada. Este principio asegura que por medio de la autonomía de la persona, se reconoce la dignidad humana y su base primordial es lo que se conoce como consentimiento informado, es decir, la persona que se ve sometida a un procedimiento médico debe estar bien informado de todo lo que puede suceder y si en caso existiesen efectos jurídicos, los debe conocer antes de prestar su consentimiento.

En relación con este principio, es criterio de la investigación que en el caso de la maternidad subrogada, el respeto a la autonomía es parcial porque únicamente se podría respetar a la pareja que solicita la iniciación del proceso de gestación, a la mujer que da su cuerpo para engendrar, pero en ningún momento podrá obtenerse el consentimiento del ser humano que se busca crear, lo cual genera problemas éticos porque no puede preguntársele si desea nacer en el cuerpo de otra mujer que no es su madre biológica, si desea ser separado de esta mujer al nacer o si desea compartir material genético de alguna de las dos mujeres según sea el caso; el panorama planteado denota que este principio no se da a cabalidad y afecta directamente el interés superior del niño.

4.4.1.2. Principio de no maleficencia

El principio hace referencia a que cualquier práctica realizada por los profesionales de las distintas áreas del conocimiento, deben forzosamente ser supervisadas para que no causen daño a las personas o a su patrimonio, se trata de reglas de abstención en el sentido que no deberá realizarse cualquier acción que tienda a causar daño, también se interpretará como el hecho de omitir acciones que resulten dañosas.



Esta norma es por demás importante porque su estricta observancia permitirá a los profesionales que intervengan en cualquier tipo de procedimiento no ser sujetos a consecuencias de carácter jurídico derivadas de malas prácticas, es decir, que al observar el cuidado necesario se evitarán futuros juicios que por supuesto acarrearán al profesional serias consecuencias en el ejercicio de su función.

Aunado a lo anterior, el principio de no maleficencia abarca también la prevención del daño, es decir, no solo se trata de no hacer lo que daña sino de emitir normas y procedimientos preventivos ante cualquier circunstancia que pueda presentarse, es decir, establecer protocolos de emergencia en caso que un paciente pueda entrar en crisis durante un procedimiento médico, recabar la información exacta, debida y suficiente relacionada a los ámbitos legales que rodean al procedimiento solicitado entre otros.

Este aspecto es sumamente importante porque por ejemplo, en Guatemala no es permitida la eutanasia, por ello, ningún equipo de médicos podrá realizar contratos sobre este aspecto ya que el profesional que por medios médicos finalice la vida de una persona, enfrentará graves cargos en el ámbito penal, de igual forma, la maternidad subrogada no es un contrato regulado en la legislación guatemalteca y se tiene el criterio que no puede existir porque la vida de la persona no es objeto de negociación jurídica.

4.4.1.3. Principio de beneficencia

La beneficencia en este contexto significa hacer el bien, promover el bien, hacer posible el bienestar de toda persona que se someta a determinados procedimientos o que sin someterse, los solicite, ello quiere decir que por ejemplo, en el contexto guatemalteco, el notario ante quien se solicite un contrato de maternidad subrogada, está en la obligación de hacer el bien a las

personas que manifiestan su interés, y por ello debe asesorarlos en cuanto a indicarles que el negocio no puede realizarse, esto causa un bien en el sentido que evita a los solicitantes incurrir en actos que en determinado momento pueden resultar ilícitos.



Se dice que el no causar un daño está bien pero no es suficiente, se debe procurar aparte de la prevención, hacer todo lo posible por mejorar las condiciones de la persona que está inmersa en determinado procedimiento o en la etapa de la solicitud del mismo, en el principio de beneficencia es en donde se exterioriza la calidad moral del profesional, ya que tiene la obligación de actuar en beneficio de otros dejando como se apuntó anteriormente, sus intereses personales en un plano secundario.

4.4.1.4. Justicia

La justicia debe actuar en todo ser humano y en el ámbito de la bioética es sumamente importante porque a través de ella es que se accede o no a los procedimientos que son solicitados por personas interesadas. Hottois (como se cita en Molina Ramírez, 2013) afirma que la justicia es el conjunto de “normas que garantizan la distribución justa de beneficios, riesgos y costes” (s. p.), dicho de otra forma, es la correcta apreciación de cargas y beneficios.

Se estima que los principios mencionados son las guías de conducta que todo profesional ha de tener en consideración en cada momento de su actividad ya que es a través de ellos que puede beneficiarse o causarse daño a las personas que probablemente no sepan las consecuencias jurídicas, médicas, psicológicas o psiquiátricas que acarrearán los procedimientos a los cuales se someten. Estos principios son de tal importancia que su aplicación eficaz contribuye a mantener una ética individual firme que redundará en la paz social.



4.4.2. Ética Kantiana

Las propuestas de Emanuel Kant sobre la ética han incursionado en el campo bioético de tal forma que se consideran fuentes del pensamiento para esta materia, Kant estableció que el hombre no puede ser tratado como un medio sino como un fin, es decir, no es dable que el hombre utilice en su propio provecho a otro hombre porque eso, independientemente de cuestiones religiosas es una falta de respeto, es una violación a la moral.

Para Kant, la autonomía es fundamental en cuanto a que consideraba al ser humano dueño de su voluntad, de sus actos y de sus decisiones, el hombre no es un objeto que puede estar sometido a la autoridad esclavizante de otro ser que resulta ser su igual, entonces, el problema que se observa en cuanto a la moralidad kantiana que es base de la bioética y la práctica de un sinnúmero de procedimientos que involucran a personas, es que si la persona debe ser autónoma y debe ser respetada por tener la calidad de ser humano, en qué momento esta moralidad protege al niño que por contrato será creado, en qué momento se puede tomar su opinión para respetarla; la ética y la moral kantiana no está equivocada en sus postulados, empero, en la bioética se inobservan los mismos cuando se producen vidas con base en intereses exclusivamente de personas adultas.

Aparte de la autonomía, Kant también realzaba otro elemento como es la dignidad y en ese sentido se concluye que, para este pensador, todo lo que resulta ser de carácter material tiene o puede tener precio, sin embargo, el ser humano nunca podrá ser objeto de ser justipreciado, aun cuando en la historia se observaron épocas de esclavitud, el ideal es que el hombre jamás debe ser considerado objeto de negocio o comercio; por ello, se afirma que la dignidad debe ser siempre inherente al ser humano y resulta afectada cuando se dan actos que en términos

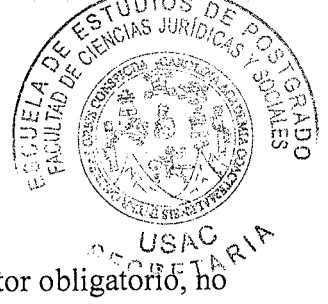
generales pueden ser denominados experimentos, tal es el caso de la clonación, la eutanasia, la eugenesia, la reproducción asistida medicamente y en este último aspecto, empeora la indignidad de la práctica cuando existe un negocio o un contrato en donde media retribución de la pareja comitente a la mujer gestante.

Con los dos elementos analizados, la autonomía y la dignidad, se persigue dejar claro que la moral y la ética son de vital importancia en la relación que existe entre profesionales con pacientes o clientes, ello porque se ha establecido que la bioética, aun cuando tiene una buena base en los procedimientos médicos, no se circunscribe solo a ellos, también se generan relaciones en otras áreas del conocimiento científico en donde es indispensable el respeto a la persona. Este respeto no se trata solamente de un niño que nacerá por contrato, sino que debe perfeccionarse a través de los principios anteriormente analizados ya que debe informarse a los solicitantes que pueden existir consecuencias jurídicas por lo actos que puedan realizar y no solo para ellos sino para los profesionales que autoricen contratos contra la ley, médicos que vulneren la dignidad humana mediante procedimientos propios de su área entre otros.

4.4.3. Relación con los derechos humanos

Aunado a lo escrito en el primer capítulo del presente trabajo, el tema de derechos humanos es fundamental establecer que el interés superior del niño pertenece exactamente a esa categoría y es, junto con el contrato civil de maternidad subrogada, la razón de ser de la investigación ya que este principio se encuentra contenido a nivel internacional en la Convención Sobre los Derechos del Niño y cabe recordar que el Artículo 3.1 de esa normativa establece claramente que en todos los actos de índole judicial, legislativo y administrativo realizado por personas o entidades, sean de carácter público o privado, se debe tomar en consideración el

interés superior del niño.



En la bioética, la importancia de los derechos humanos debe ser un factor obligatorio, no es libre albedrío de las personas que intervienen en los diferentes procedimientos que existen, por ejemplo: en la maternidad subrogada es interesante analizar qué derechos humanos son los que se están protegiendo o salvaguardando, se dice que existe el derecho a ser padres, empero, este derecho le asiste a las personas adultas y entonces cabe preguntarse qué derecho y qué intereses prevalecen. El interés superior del niño es un derecho específico que se aplica a ese niño que por mandato constitucional está protegido desde la concepción, sin embargo, también puede pensarse que por esa misma calidad de estar protegido, no puede iniciar su vida como producto de un contrato, de un negocio jurídico o de un convenio de índole comercial en donde ha existido precio por su vida.

Es necesario aclarar que el precio que se pacta entre las personas que intervienen en un negocio de maternidad subrogada va en dos sentidos, la remuneración que recibe la madre gestante por tener en su cuerpo a un ser humano que puede haber sido implantado en ella con material genético de los padres comitentes o bien con material genético de ella; por otra parte esa remuneración representa un valor que se dirige a la vida del ser humano que se ha creado por medio contractual, es decir, el niño ha tenido un precio por su vida, ha nacido producto de remuneración, esta situación vulnera totalmente el concepto más básico de derechos humanos y por supuesto su interés superior porque las condiciones de su vida están pactadas previamente sin que pueda defenderse o emitir opinión al respecto. Es por eso que la autonomía antes descrita y la dignidad no se configuran en este tipo de negocios jurídicos en donde la bioética tiene mucha relación.

El tomar en consideración los derechos humanos dentro de la bioética es fundamental porque no se trata solo de enunciar la moral o la ética, también es necesario incluir en la práctica científica que incide directamente en la vida, cierto marco legal que solo del derecho puede proporcionar, es decir, ante la actividad del ser humano, siempre habrá de existir una norma que indique los límites que forzosamente deben observarse dentro de lo que hace, de lo contrario, las consecuencias son variadas e innumerables.

El derecho es entonces el valladar que debe estar presente en todos los procedimientos relacionados a la bioética porque solamente con las normas jurídicas, puede tenerse una forma civilizada de resolver conflictos, los cuales pueden producirse porque evidentemente, en la sociedad no todos piensan ni conciben las ideas de la misma forma, se dice que el “pluralismo es un hecho en nuestra sociedad y, además, es una valor social y jurídicamente asumido como tal. No vivimos con códigos de conducta y valores homogéneos. No existe un único modo de hacer y de valorar las cosas”. (Casado, 2016, p. 174).

Los derechos humanos resultan ser vitales en el campo bioético porque es evidente que los avances de la tecnología han cambiado ciertos paradigmas, las personas ven que la ciencia avanza y que es el mismo hombre quien aprovecha o sufre las consecuencias de estos avances, por ello es que el derecho ha de estar presente para regular y contener las pasiones de los hombres cuando se dejan llevar por las motivaciones científicas y dejan por un lado la dignidad de los seres humanos. Esto es así porque en la actualidad para algunas personas puede ser correcta la eutanasia ya que la consideran como un acto de piedad sobre la persona que sufre en exceso a causa de una enfermedad, sin embargo, otros podrán pensar que el médico que desconecta un aparato que mantiene con vida a un ser humano violenta el derecho humano más sagrado que es la vida; el derecho con o sin haber positivizado los derechos humanos, regula

todas estas prácticas para salvaguardar los bienes jurídicos tutelados reconocidos a favor de todos los seres humanos.



Las complejas relaciones entre Ética y Derecho se evidencia especialmente en los problemas bioéticos, cuyos ejemplos más paradigmáticos son referentes de aquellos “casos difíciles” en los que no existe un claro acuerdo social a la hora de definir cuáles deben ser las conductas exigibles jurídicamente y también frecuentemente, son supuestos en los cuales los jueces deben decidir sin norma, bien porque no exista una norma específica que los contemple o bien porque concurren varias cuya aplicación sea contradictoria. La necesidad de completar el sistema jurídico integrando normas de otros sistemas, como el moral, es algo especialmente complejo en el marco de nuestra sociedad y suscita la cuestión del lugar y el carácter de los principios. (Casado, 2016, p. 176).

Lo anterior se refiere a la importante función de la opinión de la sociedad frente a los procedimientos propios de la bioética y su efecto en el ser humano, el derecho sirve para tratar de dar solución a los conflictos que se derivan de esa contradicción de pensamiento, sin embargo, es indispensable que los principios éticos y morales, estén presentes en el pensamiento de los profesionales que emplearan sus conocimientos científicos sobre los aspectos de la vida, en el caso de la maternidad subrogada es necesario que se valoren los derechos humanos de la persona que por contrato, se pretende crear y entregar a quienes lo están encargando.

La bioética es un tema trascendental actualmente, por ello, distintos órganos y autoridades han centrado sus esfuerzos en emitir normativa que aborde el tema desde el enfoque de los derechos humanos; es así que el Consejo de Europa en 1997 suscribe el Convenio de Oviedo, el cual es un instrumento de carácter internacional que procura la protección de los

derechos humanos y la dignidad del ser humano frente a cualquier tipo de procedimiento o aplicación que tenga relación a la bioética y la medicina.



El Convenio hace referencia a que es necesario el respeto al hombre y su dignidad frente a la bioética y toma por base los avances que en el campo de la biología y la medicina han existido; asimismo, considera que en ningún procedimiento de esta naturaleza debe existir peligro a la vida y que todo esfuerzo debe dar un resultado evidente en favor de las generaciones presentes y futuras. El objeto principal del Convenio de Oviedo se dirige a la protección del ser humano, a su dignidad e identidad y esto tiene mucha importancia dentro de la presente investigación porque a nivel internacional se está garantizando el irrestricto respeto a la identidad de la persona; este concepto según la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se refiere expresamente a que los niños tienen derecho a gozar de una identidad que incluya nacionalidad y nombre, empero, lo más importante es que la identidad como derecho humano, exige que todo niño pueda conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos, también a conocer su cultura y su idioma.

En Guatemala, es interesante observar que la ley mencionada tiene como norma imperativa que el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la identidad a los niños y la de sancionar a los responsables de la sustitución, alteración o privación de ella, esto quiere decir que en el país el contrato de maternidad subrogada no procede y que, efectivamente, su celebración atenta en contra del interés superior del niño porque va en contra de la identidad del niño pues aun cuando el material genético que se ha dado para la gestación sea de la pareja comitente o intencionada, es el parto el que al tenor del Artículo 210 del Código Civil, prueba la filiación, es decir, da la calidad de progenitora a la mujer que ha gestado al niño. Otro aspecto primordial de la ley especial en materia de protección es que el Estado debe implementar toda

medida que tienda a restablecer los elementos del derecho a la identidad que puedan haber sido vulnerados por cualquier proceso, práctica o procedimiento aplicado sobre un niño.



Otro de los tópicos que atiende el Convenio de Oviedo es que el interés y el bienestar del ser humano deben prevalecer sobre el interés de la ciencia, esto porque los derechos humanos están frente a cualquier otro interés que pueda atentar en contra de las personas, la ciencia puede valerse de muchos medios para llegar a un resultado, empero, los daños que pueden causarse al ser humano pueden resultar irreparables.

Cabe mencionar que dentro de la normativa contenida en el Convenio referido, el Artículo 4 es importante porque establece que en todos los procedimientos relacionados a la bioética deben respetarse las normas y obligaciones profesionales. Este aspecto es interesante porque se ha sostenido que dentro de las prácticas vinculadas a la maternidad subrogada tanto los médicos como los notarios al estar frente a este tipo de contratos deben hacer prevalecer sus postulados profesionales, sus normas y obligaciones e informar a quienes acuden a ellos para que se abstengan de realizar este tipo de actos pues producen violación a los derechos humanos de los niños.

En relación con el derecho de opinión que es inherente a todo niño según el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio de Oviedo hace referencia al consentimiento que toda persona, que será intervenida o sujeta a un procedimiento relacionado a la bioética debe prestar, en el caso de la maternidad subrogada únicamente lo prestará la pareja comitente y la mujer que dará su vientre para la gestación, pero no existe la remota posibilidad de que el niño que es objeto del contrato pueda expresar si está de acuerdo en nacer bajo esas circunstancias.

En cuanto al respeto a los derechos humanos se refiere, se encuentra la Declaración Universal sobre Bioética y derechos humanos, la cual fue adoptada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia, y la Cultura el 19 de octubre del 2005 y en vista de haber sido tomada por consenso, se entiende que aplica a todos los miembros de dicha organización, incluyendo en consecuencia a Guatemala ya que el país forma parte de la UNESCO, lo anterior, según la información proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

La Declaración se basa en los problemas que pueden darse por la aplicación de los adelantos tecnológicos en la vida del ser humano y reconoce que dentro de esos conflictos participa la ética y la dignidad humana, empero, resultan importantes los derechos y libertades del hombre como garantías fundamentales de su existencia. La Declaración manifiesta su interés por que existan forzosamente dentro de la comunidad internacional principios que sirvan como bases o pilares para poder resolver y analizar detenidamente todos los problemas y controversias que se susciten por los procedimientos que incluyan a la bioética.

El Artículo 2 de la Declaración plantea algunos objetivos, entre ellos: “proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética” (s. f.), así como “promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales” (s. f.). La Declaración sostiene que a todos los seres humanos se les debe respetar y brindar igualdad, justicia y equidad, sin embargo, se considera que a los niños que nacerán vía contrato de maternidad subrogada no se les podrá aplicar estos principios porque no se les toma en cuenta su opinión ni su consentimiento para ser sujetos de procedimientos médicos.

En conclusión, los derechos humanos se constituyen como el primer marco normativo que puede regular los procedimientos médicos, los actos jurídicos o de cualquier otra especie en donde la bioética tenga relación, por ello se afirma que el interés superior del niño como parte integrante de los derechos humanos reconocidos, debe tomarse en cuenta antes de celebrar negocios sobre la creación de la vida vía alquiler de vientre, ya que esto riñe con la propia idea de persona porque como se ha mencionado la propia ley suprema indica que el Estado debe proteger a toda persona desde su concepción, sin embargo, ello no quiere decir que no pueda limitarse algunos contratos que puedan atentar contra la ley, contra las buenas costumbres o la paz social entre otros aspectos, específicamente la maternidad por subrogación porque mediante ella se planifica la concepción de la vida.

4.5. Bioderecho

El estudio del bioderecho incluye prácticas como la maternidad subrogada y también incluye la relación que la bioética tiene con el marco jurídico que debe regir toda actividad humana, se ha dicho que todo procedimiento que utilice técnicas médicas sobre la vida del hombre y sobre el cuerpo humano debe respetar la dignidad, la integridad y los derechos de las personas, y para que esto suceda debe existir un marco legal que obligue a la observancia de reglas imperativas que tienen por objeto la prevención de daño y la imposición de sanciones al producirse este.

Resulta de gran importancia el bioderecho porque según los ejemplos dados, las prácticas médicas pueden generar consecuencias jurídicas, tal es el caso de la eutanasia, implante de órganos, eugenesia y la propia reproducción asistida, ya que estas prácticas se relacionan de una y otra forma aspectos económicos, patrimoniales, emocionales de las personas pero también

pueden producir cambios en el ámbito jurídico, por ejemplo, la filiación en el caso de la maternidad subrogada o la denuncia contra un médico que realice la muerte asistida.



Por lo anterior, es importante establecer si existe un elemento que permita la relación entre bioética y derecho, o bien lo correcto es no involucrar estas dos categorías del conocimiento y dejar que cada una se ocupe de lo que le corresponde, es decir, si la bioética se basta a sí misma para observar lo que debe y no debe hacerse o si necesita al derecho para regular e imponer regulaciones legales a observar antes, durante y después de los procedimientos médicos y para imponer sanciones a quienes no hayan observado esos procedimientos y produzcan consecuencias dañinas a las personas involucradas. Cabe recordar que el derecho es el medio idóneo para resolver conflictos de diversa índole y es el área del conocimiento científico que proporciona herramientas para alcanzar la justicia, de ahí que la ética debe estar acompañada del elemento jurídico ya que solamente así podrá proveerse de límites para contener la conducta de quienes practican la medicina observando la bioética.

En cuanto a que si debe existir relación directa entre bioética y derecho, se afirma que:

Las relaciones innegables entre la dimensión ética y la dimensión jurídica de los avances biomédicos pueden ser organizadas según esquemas diferentes, los cuales otorgan papeles distintos a la bioética y al derecho. Dos posiciones, las que sostienen la tesis de la separación tajante entre la bioética y el derecho y la que defiende la inclusión del discurso jurídico en el seno de la bioética (...) los que defienden la tesis de la separación tajante entre la bioética y el derecho suelen partir del postulado que afirma que la bioética tiene un carácter intrínsecamente ético y normativo (...) de acuerdo con la tesis de la inclusión del discurso jurídico en el seno de la bioética que es la que aquí se considera más

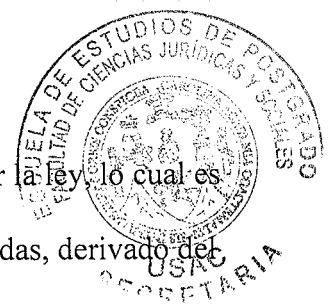


adecuada, cuando hablamos de bioética y derecho no estamos hablando de dos instancias separadas (...) de lo que se trata es de que en la reflexión sobre la regulación de las actividades biomédicas, una parte de la misma tenga por objeto las normas jurídicas.

(Méndez Baiges & Silveira Gorski, 2007, p. 52)

Derivado de lo mencionado, puede concluirse que el derecho es necesario dentro de la bioética y por ello surge lo que se denomina bioederecho, biojurídica, derecho biológico, biolegislación o derecho genético entre otros nombres, el cual se ocupa de observar las consecuencias jurídicas que se producen dentro de las actividades de la biomedicina, es decir, este conjunto de normas jurídicas, tienden a la emisión de reglas de conducta observables dentro de todo procedimiento médico, los cuales forzosamente habrán de tomar en cuenta a la bioética para el respeto al ser humano. Aunado a ello, el bioderecho es también un concepto relativamente nuevo dentro del campo jurídico que tiene por objeto analizar desde la óptica jurídica los “principios y reglas jurídicas que crean, modifican y extinguen relaciones entre los individuos y grupos y entre ellos con el Estado cuando esas relaciones se vinculan con el inicio de la vida, el transcurso de la misma y su fin” (Naranjo, s.f., p. 125).

El bioderecho surge como una necesidad de dar certeza jurídica a la sociedad frente a todos los actos que se relacionan con los aspectos legales que se originan a raíz de los procedimientos médicos que afectan la vida del hombre, por ejemplo, en la legislación nacional no existen muchas referencias sobre este derecho porque lo más probable es que el legislador no lo conoce y por ello es necesario establecerlo en Guatemala, probablemente la única área del derecho que hace referencia es el derecho penal cuando penaliza la disposición ilegal de órganos humanos o tejidos humanos, empero, son muchas las actividades en las cuales debe incluirse al bioderecho porque con los constantes avances de la medicina y su influencia en el cuerpo

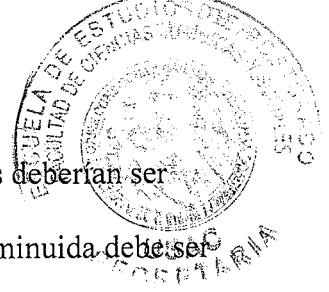


humano y la vida, es necesario traer nuevos conceptos para ser regulados por la ley, lo cual es indispensable porque sobre este tipo de temas las opiniones pueden ser variadas, derivado del pluralismo social y de la libertad de emisión del pensamiento del que gozan los ciudadanos en el país.

Como ejemplo de la pluralidad de opiniones puede mencionarse que no todas las personas aprobarán la maternidad subrogada, aun sin el concepto jurídico, otros podrán aceptarla con algunas condiciones y otros la aprobarán sin mayor objeción, por ello es que cuando se presentan conflictos jurídicos entre las personas y que son consecuencia de la diversidad de opiniones, el bioderecho debe actuar para brindar soluciones a estos problemas; en Guatemala no se cuenta con un conjunto de normas que actualmente diluyan estos conflictos bioéticos por lo que el juez deberá resolver en ausencia de normas o con base en la integración de la ley, cuando esta provea instituciones o figuras similares a las del conflicto y es que la solución jurídica ha de estar presente para los problemas bioéticos porque el bioderecho debe proteger los bienes jurídicos más básicos del hombre, es decir, aquellos que están relacionados con la persona humana solo por el hecho de tener la calidad de ser humano.

4.6. Principios del bioderecho

Anteriormente se mencionaron los principios de justicia, de autonomía, de beneficencia y de no maleficencia, los cuales son propios de la bioética y que el bioderecho también toma como propios pues son fundantes en el estudio del tema, no obstante, esta rama del derecho tiene otros pilares de suma importancia que dan razón de ser a su existencia, dentro de ellos pueden mencionarse los siguientes:



- a) Principio de respeto por los seres vivos: según el cual los individuos ~~deberían ser~~ tratados como entes autónomos y aquellos cuya autonomía está disminuida ~~debe ser~~ objeto de protección.
- b) Principio de defensa de la vida física: el cuerpo es el fundamento único en el cual, y por medio del cual la persona se realiza y entra en el tiempo y en el espacio, se expresa y manifiesta, construye y expresa los otros valores, incluida la libertad, la sociabilidad e incluso también su propio proyecto futuro.
- c) Principio de libertad de investigación: se garantiza a la ciencia y a la tecnología el cumplimiento de sus funciones. Esto no excluye la existencia de límites.
- d) Principio de Inviolabilidad humana: orienta y limita a la investigación. Es el derecho que todo hombre tiene a que se le reconozca como un ser que es un fin en sí mismo y no como un simple medio al servicio de los fines de otro.
- e) Principio de totalidad o principio terapéutico: se funda en el hecho que la corporeidad humana es un todo unitario resultante de partes distintas, unificadas entre sí, orgánica y jerárquicamente, por la existencia única y personal. (Naranjo, s. f., p. 134).

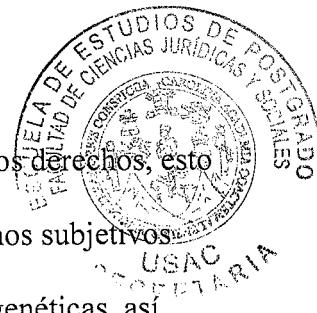
Los principios enunciados junto con otros bastos conceptos, constituyen las bases de actuación que el bioderecho impone a quienes actúan en procedimientos médicos que pueden tener consecuencias jurídicas y esta es la razón por la cual, se han creado incluso convenciones como las apuntadas con anterioridad.

El bioderecho es entonces ese límite para la actuación del hombre, es el recordatorio para la estricta observación de la bioética, empero, debe advertirse que frente a este cúmulo de

normativa, también está la propia persona, quien en todo caso es el titular de esos derechos, esto es entonces lo que se conoce como bioderechos y se conciben como “los derechos subjetivos individuales de autodeterminación y conservación de la identidad e integridad genéticas, así como a todas las categorías jurídicas que surgen de su consagración como derechos fundamentales” (Valdés, 2015, p. 1198).

En conclusión, el bioderecho es una categoría especial del derecho que en Guatemala es prácticamente inexistente, sin embargo, debe ser tomado en consideración para la resolución de temas como la maternidad subrogada ya que esta figura atenta directamente contra el interés superior del niño porque no se respeta al ser que está por nacer, y si se analizan los principios mencionados, se podrá establecer que no se aplican al niño porque en ningún momento puede tomarse su opinión ni garantizársele condiciones dignas de vida con los padres intencionados, por ello es importante el estudio de la biolegislación porque en casos prácticos el juez se verá en dificultades para la resolución de un caso en donde se actuó sin observar la bioética, y tiene a un niño sujeto a proceso de protección derivado de la actuación de personas adultas.

El bioderecho, aun cuando puede ser considerado autónomo, sin duda tiene relación con diferentes campos o áreas del derecho, por ejemplo, pueden existir normas dirigidas al ámbito penal, al ámbito civil, al campo administrativo o al tema registral. Un ejemplo puede ser aquel niño que ha sido gestado por una mujer que ha firmado un contrato de maternidad subrogada y que al momento de dar a luz se niega a entregarlo a los contratantes, en este momento se hará referencia al derecho civil en cuanto a la filiación o al incumplimiento de contrato, en caso que la madre lo inscriba en el Registro Nacional de las Personas como suyo, se tratará de derecho registral y si alguna de las conductas se tipificasen como delito, actuará el derecho penal para juzgar a quienes resulten involucrados.





4.7. El contrato civil y el bioderecho

El derecho civil es la rama del derecho que estudia de forma integral a la persona, a los elementos inherentes a ella, Claude Du Pasquier (como se cita en García Maynez, 1971) afirma que el derecho civil determina consecuencias a las que denomina “esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc.)” (p. 146). Del concepto, puede inferirse que aun cuando el derecho civil es puramente privado, la sola idea de persona orienta a tomar en consideración otros aspectos. “El derecho civil por una de sus principales instituciones, la persona, su valoración y la protección jurídica de sus derechos inherentes, se convierte en un punto de contacto central entre el Derecho y la Bioética” (Pérez Fuentes, 1995, s. p.).

La persona se configura como el fin supremo del derecho por lo que debe estar protegida en todos los ámbitos de la vida, sin embargo, en el caso de la maternidad subrogada, se pretende dejar claro que la persona debe ser protegida aun cuando no existe o no vive aun, pero se persigue su creación vía contrato, el cual en un concepto amplio se ha considerado como el medio idóneo para crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones, no obstante ello, el contrato aun cuando se dice que goza de libertad en su causa, objeto y fines, está sujeto a limitantes que taxativamente establece la ley, entre ellas las propias disposiciones legales que expresamente prohíben determinada conducta o prestación, las buenas costumbres o el orden público.

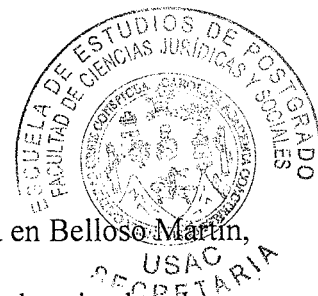
Lo anterior hace pensar que el derecho civil se sostiene sobre bases que indican que a través de él pueden resolverse conflictos o intereses personales y que dirimirlos o regularlos está

únicamente en la esfera de lo privado, también es cierto que para satisfacer efectivamente los fines del derecho en esta categoría, debe considerarse la participación del Estado en ciertos temas, situación que no es nueva porque por ejemplo, el matrimonio se encuentra en el Código Civil y el Estado ha impuesto normas que no son susceptibles de ser negociadas o modificadas por la sola voluntad de los contrayentes, *verbigracia*, la designación del matrimonio como institución social. De la misma forma, es necesario que en materia contractual y en temas exclusivos de la bioética y bioderecho, participe el poder estatal para resguardar los aspectos que no pueden ser invadidos por la voluntad privada manifestada en un contrato.

Es necesario recordar que la autonomía de la voluntad es el principio que impera en la libertad de contratación, sin embargo, a lo largo de la historia el poder conferido a este principio se ha matizado por el respeto a los derechos humanos que en determinado momento se ponen en juego y deben ser protegidos cuando se produce un claro desequilibrio entre las partes contratantes. Esta situación se aprecia en el contexto del contrato de maternidad subrogada y en los principios propios de la bioética y el bioderecho, los cuales se orientan al respeto íntegro de la persona; esa desigualdad puede producirse entre la pareja que contrata y que posee los medios económicos para solventar un procedimiento de esta magnitud frente a la mujer que brinda su cuerpo porque podría actuar por necesidad económica, pero principalmente frente al niño que se pretende gestar ya que él, en ningún momento podrá manifestar su opinión.

También es necesario establecer si la autonomía de la voluntad realmente debe prevalecer sobre cualquier otro aspecto o si bien, en los contratos que se relacionan a la vida y la salud de las personas puede intervenir el poder estatal para regular requisitos, procedimientos y consecuencias jurídicas de esos procedimientos médicos que en determinado momento pueden incidir directamente en la categoría de la dignidad humana y que forzosamente despiertan el

interés de la ética y de la moralidad.



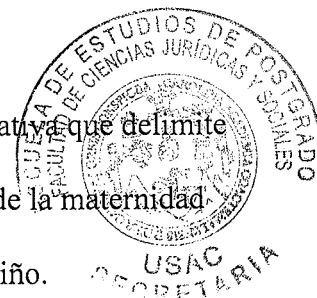
En el contexto de la bioética y el bioderecho, Macntyre (como se cita en Belloso Martín, 2015) afirma en relación a la normatividad que debe existir sobre los fines de lo privado y lo público y en relación con la contratación que “la regulación, en el mundo contemporáneo, resulta tan problemática porque faltan referentes éticos de lo que son responsables la sociedad liberal y el capitalismo, que solo buscan el propio interés y la satisfacción egoísta de las necesidades individuales” (s. p.).

En su opinión, el recurso masivo al derecho se produce cuando los sistemas morales han fracasado y es necesario dar una respuesta política al vacío moral. Es decir, en la esfera jurídica, la falta de homogeneidad ética obliga a la proliferación legislativa. Cuantas más diferencias hay en las concepciones éticas de las diferentes personas y grupos de personas, mayor debe ser la labor de creación jurídico-legislativa, regulando con mayor amplitud zonas que antes quedaban al amparo de la ética y de las convicciones comunes compartidas. (Belloso Martín, 2015, s. p.)

Resulta interesante, el hecho de afirmar que la legislación debe dirigirse a nuevas áreas, al estudio de los nuevos problemas que se producen por los avances tecnológicos relacionados a la medicina y a las personas que acuden a ella en busca de soluciones; el ejemplo claro se encuentra en los llamados contratos biojurídicos, es decir, aquellos que tratarán de normar procedimientos en los que se ve comprometida la vida, la salud, la integridad y dignidad de la persona que se somete a ellos.

Es impensable que el Estado no intervenga porque no es posible que aquellas personas a quienes no puede tomárseles su opinión o efectivizárseles sus derechos no sean protegidas por el

ente que puede hacerlo, el Estado, lo cual logra a través de la emisión de normativa que delimite la actuación de los profesionales que participan en estos contratos. En el caso de la maternidad subrogada esto se debe reflejar en el irrestricto respeto al interés superior del niño.

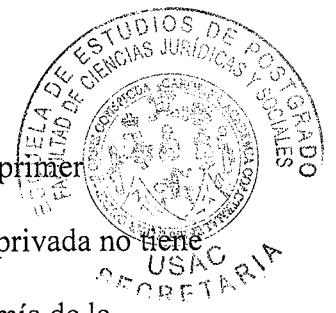


Si bien es cierto que en el derecho privado el Estado tradicionalmente se ha limitado a establecer ciertas bases legales de actuación, también lo es que con la evolución de los derechos humanos, otras ramas del conocimiento, como lo es el derecho civil, deben dejar atrás la dureza de sus principios y permitir, donde corresponde, que se expandan la ideas a sistemas formados no solo por la ley escrita sino también por valores y reglas de carácter ético, esto porque no debe olvidarse que el fin máximo del derecho es la realización de la justicia y la paz social.

La justicia al ser considerada como un principio máximo del derecho, no está apartada del ámbito contractual, Nuria Belloso Martín, (2015) afirma:

Para concretar la influencia que el principio de la justicia puede tener sobre los contratos biojurídicos, vamos a exponer cuatro paradigmas de la justicia como lo son el liberal, que reduce lo justo a la promoción de la autonomía; el paradigma procedimental, que lo reduce a la observancia de los protocolos; el paradigma garantista, que se dirige a la tutela de los sujetos más débiles; y por último, el paradigma social o promocional, que ve en la maximización de lo justo la maximización del bien humano en general. Recurriremos a los principios de la libre-iniciativa, de la autonomía privada, de la solidaridad, de la función social del contrato y el de la buena fe objetiva. (s. p.)

La concepción que realiza la autora sobre la influencia que tiene la justicia sobre los contratos biojurídicos es fundamental ya que proporciona diversos enfoques del contrato, tanto en el ámbito privado como en el ámbito público, es decir, hasta donde puede darse la



intervención estatal en un acuerdo de voluntades propias del negocio jurídico; el primer paradigma indica que el contrato al tener una naturaleza jurídica eminentemente privada no tiene ningún problema para nacer a la vida jurídica porque es el principio de la autonomía de la voluntad quien lo alimenta y le da vida, lo que las partes contractuales puedan acordar y no esté expresamente prohibido por la ley, puede generar derechos y obligaciones para aquellos que conscientes del negocio, otorgan su aprobación, además, establece que el Estado debe garantizar la libertad de las personas para formalizar sus intereses, tanto personales como económicos.

El segundo paradigma planteado se observa como un elemento técnico del contrato porque establece que toda vez, el acuerdo alcanzado cumpla con los procedimientos, requisitos, condiciones de validez, no se encuentre en causas de prohibición y observe todos los protocolos que se requieren, se deben producir los efectos deseados por los contratantes sin objeción alguna, restando importancia a la pluralidad de opiniones que puedan generarse en la sociedad ya que es imposible que todo el cuerpo social esté de acuerdo con determinados temas, por ello, a quienes interesa celebrar el negocio es a quienes se les debe dar la facultad de comprometerse en la forma en la que quieran hacerlo porque conocen las reglas que dan vida al contrato.

El tercer elemento señalado, es decir, el aspecto garantista, considera que la persona se encuentra por encima de factores de tipo formal o ideológico y que todos los contratos biojurídicos deben tutelar al sujeto más débil de la relación contractual; dentro de estos sujetos pueden considerarse a los enfermos, a los niños, a los pobres ya que al estar disminuida su capacidad de defensa, pueden aceptar o verse forzados a participar en procedimientos médicos que en cualquier momento pueden afectar su integridad física y su dignidad humana.

Este paradigma es el que abre puertas a la intervención estatal porque las relaciones que se dan dentro de los contratos que se relacionan con la vida, con la salud, con la intervención médica entre otros, debe estar regulado con la fuerza del Estado para equiparar las condiciones de las partes contratantes. Se garantiza que el derecho y las categorías que pertenecen al ámbito privado no pueden apartarse de la observación de los derechos humanos de quienes participan en los distintos actos jurídicos que en ellas se producen.

El último paradigma propone que se deben promocionar socialmente valores como la solidaridad entre los hombres y que los derechos humanos deben ser conocidos por todos, empero, deben incluirse los derechos bioéticos de las personas para no ser sometidas a tratos o procedimientos que atentan precisamente en contra de los principios de esa disciplina.

Los contratos en este contexto deben responder a los intereses no solo de los que lo suscriben sino también a las preocupaciones sociales, ya que en todo convenio debe observarse la dignidad del hombre como pilar fundamental porque no puede justificarse la actividad comercial en detrimento de la mercantilización del cuerpo humano o la vida. Los ejemplos son evidentes en cuanto a estas prácticas, pues se ha sabido de casos en los cuales se comercializan órganos humanos o se alquilan para la reproducción, casos de enjuiciamiento a médicos por práctica de eutanasia, venta de óvulos, venta de esperma, entre otros. “El mercado (...) se rige por reglas y principios que nada tienen que ver con la ética ni con la bioética y que ejercen una influencia muchas veces decisiva sobre los poderes del estado” (Bergel, 2007 p. 136), situación que provoca la efectiva actuación del Estado para garantizar ciertos aspectos de la vida que no pueden ser incluidos dentro del lícito comercio de los hombres.

4.8. Incidencia negativa del contrato de maternidad subrogada en el interés superior del niño



La gestación subrogada o maternidad subrogada, como ha quedado asentado, se encuentra entre los procedimientos médicos que se relacionan directamente con la ética y la bioética; prácticas que necesitan regulación a través del derecho y específicamente por medio de las normas y principios pertenecientes al bioderecho. También ha quedado claro que la maternidad por subrogación en la actualidad se celebra mediante un contrato por el cual una mujer, a cambio de remuneración, desarrolla el embarazo habiéndose incluido o no material genético de ella y al final del periodo respectivo está en la obligación de entregar al niño a una pareja de padres intencionados.

Estos dos aspectos fundamentales orientan a pensar que todo el procedimiento se desenvuelve con la participación de intereses y voluntades de personas adultas que en ningún momento toman en consideración los derechos de los niños que son concebidos en esta forma. Esto sin duda provoca una incidencia negativa del contrato civil de maternidad subrogada en relación con el interés superior del niño, porque existen muchos derechos que deberán determinarse posteriormente al parto, inclusive a través de procesos judiciales.

4.9. Problemas que pueden suscitarse como consecuencia del contrato de maternidad subrogada

Los problemas que se originan por la celebración de un contrato de esta naturaleza, conllevan serias implicaciones morales y éticas, serios cuestionamientos sobre el respeto al interés superior del niño, problemas de índole jurídica y legal y por supuesto conflictos de tipo

económico, a continuación se enumeran algunas situaciones que se producen como consecuencia de este contrato.



4.9.1. Cosificación y mercantilización de la vida y del ser humano

En muchas ocasiones, los avances tecnológicos en el área médica invaden el ámbito jurídico debido a las consecuencias que producen. Estas prácticas, cuando son desviadas del objetivo o finalidad para las cuales fueron creadas, pueden producir vastas ganancias, por ejemplo, el tráfico de órganos en donde se sabe que incluso se acude a otros delitos para lograr su extracción; en el caso de la maternidad subrogada, se privilegia el comercio, la autonomía de la voluntad y el derecho a tener hijos sobre los derechos que le corresponden a los niños que son concebidos mediante esta forma, situación que en el país violenta el espíritu de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la cual en el considerando cuarto claramente le otorga la calidad al niño de ser sujeto de derechos y de ser protagonista de su propio desarrollo.

En caso de irrespetarse esa calidad, se cosifica y mercantiliza a la persona porque desde la perspectiva del interés superior del niño, los hijos son sujetos de derechos, es decir, son el sujeto beneficiario de las obligaciones del Estado frente a él, sin embargo, el polo opuesto es el punto de vista meramente contractual, en el cual se ve a las futuras personas, o sea a los niños que nacerán por consecuencia del contrato, como objetos de transacción económica, como un producto que puede ser creado a través de los métodos de reproducción asistida.

El muro que habrá de derribarse para cosificar y comercializar con el cuerpo humano y con la propia vida es el de la dignidad humana, este concepto pareciera ser de suma importancia porque es un elemento que es parte inseparable en la concepción de los derechos humanos. López Contreras (2017) afirma que los derechos humanos son “un conjunto de garantías y

derechos inalienables que tiene el hombre, basados en la dignidad humana, que le son indispensables para su subsistencia como tal y para su desarrollo dentro de la sociedad” (p. 20). Como se aprecia, la dignidad no puede estar separada de los derechos humanos, y cabe recordar que en todo procedimiento relacionado con la bioética, estos derechos han de ser estrictamente observados. El Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece taxativamente que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.

El tema es álgido y se ha discutido en diversas instancias internacionales, por ejemplo: el Parlamento Europeo en resolución del 17 de diciembre de 2015 se refirió al problema de la forma siguiente:

Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductiva se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables de los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos. (Parlamento Europeo, 2015, s. p.).

Al respecto se ha argumentado en el sentido siguiente:

Apelar al principio de la dignidad humana nos sitúa, por otro lado ante una distinción básica para el derecho: la existente entre personas y cosas, sujetos y objetos. Las cosas tienen precio, valor de mercado y pueden ser objeto de comercio; las personas, los seres humanos merecen respeto (...) por ello, mientras que los objetos pueden emplearse como

medios al servicio de determinados fines, la persona, de acuerdo con su dignidad, debe ser considerada y tratada como un fin en sí misma. De ahí se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalizarla para alcanzar fines que les son ajenos (...) si aplicamos lo señalado a la maternidad por subrogación, podemos observar que, en relación a la mujer contratada, dicha práctica contradice directamente las referidas exigencias de la dignidad humana, ya que mercantiliza, cosifica e instrumentaliza el cuerpo de la mujer. (Aparisi Miralles, 2017, s. p.). .

Tanto la resolución del Parlamento Europeo como el enfoque de la autora referida, indican claramente que en procedimientos como la maternidad subrogada se atenta en contra de la dignidad de la persona, y esto es porque evidentemente la mujer que gesta pone a disposición de la pareja comitente su cuerpo, sus órganos, pero también su conducta y sus actos porque los contratantes buscan que el embarazo se desarrolle con el mayor número de garantías y no existan riesgos innecesarios en el mismo. Sin embargo, en la práctica los efectos van más allá de un simple contrato porque se violentan de forma flagrante aspectos que se relacionan no solo a la mujer sino también al niño que nacerá, Etienne Montero (2015) opina en cuanto al papel de la madre portadora:

(...) está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta en ella. Dicho de otra forma, la madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. (s. p.).

Resulta interesante analizar el párrafo anterior ya que el autor observa que la mujer es cosificada porque no puede tener sentimientos frente al embarazo que desarrolla y frente al niño que está con ella, sin embargo, también es importante observar otro aspecto como lo es la prohibición implícita al niño, él tampoco podrá desarrollar vínculos hacia la mujer que lo gestó, probablemente ni siquiera sabrá de ella, no se le dará la oportunidad de hacer efectivo su derecho a la identidad.

Estos, entre otros tantos problemas son los que resultan de este tipo de procedimientos que si bien es cierto pueden concebirse como médicos, también presentan serias consecuencias jurídicas. Al respecto, Casciano (como se cita en Aparisi Miralles, 2017) concluye que “la cosificación, la instrumentalización y la despersonalización de la madre gestante son efectos y caracteres propios, constitutivos e inherentes a la maternidad por subrogación” (p. 172).

Se ha mencionado que el principio de la autonomía de la voluntad establece que las personas con capacidad pueden convenir la mejor forma de realizar sus negocios jurídicos y que pueden contratar libremente los diversos objetos que están en el mercado. Precisamente este término tiene mucha relación con la maternidad subrogada porque en los países en donde este procedimiento está permitido predomina la concepción liberalista del mercado, es decir, aquella que considera que absolutamente todo puede ser objeto de compra y venta, cualquier bien o capacidad es parte del mercado, sin embargo, se considera que el derecho no puede tomar para sí esta concepción de mercado porque entonces estaría admitiendo que es posible la venta de personas, de órganos, de niños y de la vida misma a través de la reproducción asistida en modalidad de maternidad subrogada.

Quienes apoyan la liberalidad en el mercado apoyan sus ideas en que la mujer es dueña de su cuerpo y si ella lo desea puede darlo en alquiler para concebir, esto quiere decir que la mujer podría considerar el embarazo como un trabajo, como la prestación de un servicio. Sin embargo, al analizar el trabajo como actividad humana, resultan evidentes las diferencias entre este y la gestación, al respecto Satz (2015) afirma que:

El trabajo reproductivo de la mujer tiene un componente genético y gestacional. Las demás formas de trabajo no suponen una relación genética entre el trabajador y el producto de su esfuerzo. Mientras el trabajo humano suele ser voluntario en casi todos sus pasos, muchas de las etapas del proceso reproductivo son involuntarias. La ovulación, la concepción, la gestación y el nacimiento ocurren sin dirección consciente por parte de la madre. El trabajo reproductivo abarca un periodo de aproximadamente nueve meses; las demás formas de trabajo no demandan un compromiso de tan largo plazo. El trabajo reproductivo involucra importantes restricciones al comportamiento de una mujer durante el embarazo; las demás formas de trabajo son menos invasivas respecto del cuerpo del trabajador. (p. 161)

Resulta evidente que la maternidad desde ningún punto de vista puede ser considerada una actividad laboral, la misma autora opina que “el error de convertir en mercancía el trabajo reproductivo es que corrompe la maternidad, las relaciones entre las madres y su cría. Más aun, conduce a una visión de los niños como objetos de intercambio” (Satz, 2015, p. 165). Esta idea resulta fundamental al tema porque de forma breve explica y describe que no solo la madre sustituta tiene la calidad de herramienta para la formación de la nueva vida sino que también se cosifica y mercantiliza al niño que está por nacer porque se le da la calidad de objeto, de mercancía, de cosa que se intercambia por dinero, la mujer pues, es una máquina de hacer niños.

La persona humana, es decir, su calidad de ser humano no está dentro del comercio, no es una cosa o mercancía, no puede ser objeto de un negocio jurídico(...) por persona humana es preciso entender no solo el cuerpo humano, y con él la vida y la integridad física, sino también la libertad, el honor, los sentimientos del corazón y todos los derechos de la personalidad(...)todo ello no se compra ni se vende; no se regala, no se alquila ni se presta. (Mazeaud, 1953, s. p.)



4.9.2. Aborto

El aborto es otro gran problema que puede surgir dentro del contrato de maternidad subrogada, puede darse porque tanto la madre gestante como los padres intencionados ya no deseen seguir con el negocio, situación que es compleja no solo desde el punto de vista jurídico sino también desde la ética y la moral. Es en estos casos en donde cabe preguntarse si la vida puede generarse y acabarse en el momento en el que personas adultas así lo deseen, en este último caso, la decisión es terrible por cuanto se acude a la destrucción de la vida.

El aborto tiene una connotación médica y otra jurídica, al respecto, Lencioni (2005) afirma:

(...) para los obstetras, el aborto es la interrupción del embarazo, con la muerte del producto de la concepción, antes de los 180 días de gestación. Con posterioridad a esta fecha, como existe la posibilidad que el feto sea viable, se trata de un parto prematuro. La viabilidad es la capacidad de vida autónoma. (p. 215)

Bonnet, citado en el mismo trabajo (Lencioni, 2005), sostiene que desde el punto de vista jurídico el aborto es:



(...) la muerte dolosa del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo
(...) la víctima de este delito, es el producto de la concepción, en cualquiera de sus etapas de desarrollo. Es un delito contra la vida de las personas, se refiere a la vida del producto de la concepción y no a la madre. (p. 215)

Como puede observarse, el enfoque médico únicamente hace referencia al tiempo en el cual se considera que se produce un aborto y cuando es un parto prematuro, sin embargo, no hace alusión a las consecuencias que esta práctica puede tener, sin embargo, jurídicamente se analiza el problema junto con las consecuencias. Lo indicado por el Bonnet es interesante ya que, sin dudar, da la calidad de delito a la práctica médica o clandestina del aborto, además afirma claramente que existe una muerte y por ende un delito y que definitivamente hay dolo. Más adelante se analizarán las consecuencias penales que esta práctica tiene en el país.

Indiscutiblemente, el aborto que se produce dentro de la maternidad subrogada debe tener consecuencias legales porque la vida no es un objeto que se descarta libremente. Achával, (como se cita en Lencioni, 2005) afirma que existen diversos tipos de aborto siendo los siguientes:

- a) Aborto espontaneo o patológico: se produce por causas relacionadas al huevo, al embrión, feto o a los anexo ovulares (amnios, corion o placenta) o a la madre (causas clínicas o tocoginecológicas); no está penado por la ley.
- b) Accidental: de origen traumático, tóxico, medicamentoso (...)
- c) Legal: (...) cuando el embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la madre y siempre que no se disponga otro medio para evitarlo: es el denominado aborto terapéutico (...)

d) Criminal: presenta diversas características: a) aborto doloso: está penado por el Código Penal, la interrupción del embarazo con intención (...) b) aborto preterintencional: resulta de la violencia ejercida sobre la madre por cualquier persona, sin intención de provocar el aborto, cuando el embarazo fuere notorio o al autor le constare. c) Aborto culposo: resulta de la imprudencia, impericia, negligencia, incumplimiento de los deberes del cargo o función. (s. p.)

La clasificación aportada abarca los diferentes tipos de aborto que pueden existir, desde aquellos que se realizan con dolo hasta las circunstancias que lo provocan por descuidos o bien por aspectos corporales o físicos de la mujer. Cualquiera de ellos puede darse en la maternidad subrogada y desde el punto de vista estrictamente contractual, la solución que se aporta es que dentro del mismo contrato, las partes sean claras y concretas sobre el tema del aborto, situación que es delicada y contraria en todos los casos al interés superior del niño porque se pacta sobre la vida de la persona y su interrupción. Esto es similar a dejar que el niño nazca y asesinarlo inmediatamente porque de todas formas el niño no vivirá ni con la gestante ni con los padres contratantes.

El aborto es uno de los problemas más delicados de la maternidad subrogada ya que conlleva demasiadas consecuencias y no solo las jurídico penales sino también debe resolverse asuntos entre los contratantes, por ejemplo si el aborto ha sido por voluntad de la madre gestante y ella ha recibido dinero, regalos o cualquier otro beneficio estará obligada a devolverlo y pagar a la pareja contratante alguna suma de dinero por daños y perjuicios, ¿se puede resolver esta situación por vía de las cláusulas del contrato? En todo caso así debería ser ya que las personas involucradas, aparte de inobservar los derechos del niño que estaría por nacer, deben hacerse responsables entre ellas por los problemas que puedan suscitarse.

Sin embargo, ¿qué sucede si son los padres comitentes los que no quieren ya al niño y presionan a la madre gestante para que aborte? ¿Deberán pagar algo extra por el procedimiento invasivo que se realizará al cuerpo de la mujer? ¿Acaso un contrato civil puede eximir de responsabilidades penales a los involucrados? Parece que en el primer supuesto esto podría ser dable, en el segundo parece que no es posible practicar un aborto con la intención de hacerlo, es decir con dolo, y no enfrentar proceso penal por ello.

4.9.3. Arrepentimiento de la madre gestante

El contrato de maternidad subrogada tiene por objeto la creación de la vida, el nacimiento de un niño que se provocará a través de procedimientos médicos para provocar el embarazo, inseminación artificial o fecundación *in vitro*. El contrato también estipula lo que pasará con la persona que nace, es decir, el objetivo es que luego del alumbramiento la madre que ha gestado por sustitución entregue libremente al niño a la pareja que le ha contratado. Sin embargo, es válido preguntarse qué sucederá si la mujer que ha dado su cuerpo para la gestación se arrepiente y no entrega al niño.

El problema es grave porque aun cuando en el contrato se haya aceptado por parte de la madre gestante que esa es la prestación que le es inherente, puede negarse aduciendo que el niño nacido es producto de su cuerpo, de su sangre y de sus órganos y que sobre el derecho a la maternidad no puede privar un contrato y más grave aún, si ella aportó material genético para el embarazo porque en este caso definitivamente ella será la madre biológica del niño y prácticamente se le está obligando a renunciar a la filiación.

Sobre este problema, de extrema gravedad Bellver Capella (2017) explica lo siguiente:

Solo apunto dos argumentos, uno jurídico y otro más filosófico, que hablan de dificultad para encontrar una solución satisfactoria. Primero, tanto en el campo de la asistencia sanitaria como en el de la investigación biomédica con personas se consagra el derecho a renunciar al tratamiento o a continuar en la investigación. Si se reconoce, con carácter general, que el individuo tiene la soberanía sobre su cuerpo no parece evidente que en un ámbito que le afecta tan directamente como el de gestar para otro, no pueda rehusar a los consentido y asumir la maternidad del bebé que ha gestado. Por lo demás, resulta contradictorio que su voluntad esté por encima de los comitentes a la hora de decidir sobre el aborto, y no lo esté para decidir si renuncia al bebé o no. Segundo, en la gestación por sustitución se plantea un conflicto entre criterios de atribución de la maternidad. Unos entienden que la gestación es el criterio determinante del vínculo (“matersemprecertaest”) y que solo la voluntad de la madre lo puede modificar, si renuncia a la filiación. En consecuencia una mujer pudiera gestar para otro, ese proceso solo se culminaría cuando, después del parto, renunciara a la filiación. Otros, por el contrario, sostienen que la voluntad de los padres de deseo puede prevalecer sobre el de la gestante, si así lo acuerdan. A favor de la primera posición pesan la preeminencia de la voluntad de la gestante, su contribución decisiva en la formación de la nueva vida (desde la fase de embrión unicelular a la de bebé a término), y el vínculo único que dura para siempre entre ella y el bebé. A favor de la segunda está la voluntad de los comitentes de ser padres, y el eventual vínculo genético que pudiera existir entre el bebé y alguno de ellos. A la vista de esa confrontación de argumentos, no se puede dar por supuesta la superioridad del segundo criterio de atribución de la maternidad sobre el primero sin más.

(pp. 237-238) (sic)



Los argumentos vertidos sobre el problema son contundentes. Parece que la madre ejerce dos potestades, la primera la de arrepentirse de entregar al niño que ha gestado por nueve meses teniendo en consideración el amor, el apego y los esfuerzos físicos que ha tenido para su formación, y la segunda el interés superior del niño en cuanto a que ella al oponerse a la entrega también hace ver a los padres comitentes que se encargará de darle al bebé todo lo necesario para tener una buena vida. Aquí lo interesante es que se refleja el bienestar del niño porque con la no entrega a la pareja contratante, se rompe el modelo del contrato de maternidad subrogada y aparece la calidad de madre natural del niño, es decir, es una madre como cualquier otra, aun cuando haya firmado el contrato.

En conclusión, puede decirse que en la celebración de un contrato las partes contractuales deben tener claras las prestaciones que corresponden a cada una, sin embargo, al tratar temas como la maternidad subrogada es distinto, porque aun cuando en el documento legal los padres comitentes establecen su deseo de tener un hijo a través de la gestación que se produce en el cuerpo de otra mujer y esta accede a desarrollar el embarazo y a entregar el niño a la pareja, puede ser que esta última voluntad se doblegue ante los lazos que pueda crear con el bebé que está gestando. En este caso evidentemente se quebranta el convenio, sin embargo, las consecuencias deben afrontarlas los adultos y no el niño.

Un ejemplo de arrepentimiento es el denominado caso *Baby M*, el cual se refiere a lo siguiente:

El caso Baby M es uno de los más polémicos en la historia de la gestación subrogada en New Jersey, Estados Unidos. La señora Whitehead firmó un contrato en 1985 donde



renunciaba a sus derechos como madre del bebé y cedería la custodia a la familia Stern. Pero al nacer la niña, la madre gestante quiso quedarse con ella, renunciando a los 10,000 dólares que la familia Stern le había entregado e incumpliendo el contrato que había firmado. La señora Whitehead reclamaba la custodia de la niña afirmando que ella era la madre biológica, ya que fue inseminada con el esperma de William Stern. En 1987, el juez falló a favor de los padres legales, los Stern, destacando los siguientes argumentos: El contrato que se había firmado era legítimo. Los 10.000 dólares recibidos por la gestante no constituían el precio del bebé, sino de los servicios de la madre gestante. La señora Whitehead tenía patología psiquiátrica por lo que no era apta para el cuidado de la niña. El juez consintió a la madre gestante visitas a la pequeña Baby M. (Lopez Aranda, 2016, s. p.)

En el caso señalado las consecuencias fueron directamente para la madre gestante, aunque el propio contrato ya toma al bebé como mercancía.

4.9.4. Nacimiento de gemelos

Se plantea la posibilidad que, como resultado de los procedimientos médicos para lograr la gestación en la mujer que brinda su vientre en alquiler, pueda producirse el embarazo gemelar. Esta situación es delicada porque si el contrato fue redactado para que a los padres intencionados les fuera entregado únicamente un bebé, ¿qué pasa con el otro niño que nace?

Las opciones pueden ser que los padres contratantes acepten a los dos niños, que acepten y seleccionen uno de ellos dejando al bebé restante para que la mujer que ha dado a luz decida si lo conserva o lo da en adopción. Estas situaciones reflejan claramente que el niño o niños pueden ser tratados como objetos de acuerdo con la conveniencia y voluntad de las personas adultas.



4.9.5. Síndrome de Down

El problema aumenta en el caso que el bebé presente problemas como síndrome de Down o enfermedades críticas, ya que los padres comitentes pueden negarse a recibirlo. Existen casos emblemáticos como el del bebé *Gammy* el cual se resume de la forma siguiente:

La historia de Gammy dio la vuelta al mundo generando todo tipo de reacciones. El bebé tiene síndrome de Down y nació en Tailandia gracias a una madre de alquiler. Pero la mujer denunció el domingo que tuvo gemelos, y que la pareja australiana que alquiló su útero sólo se quiso llevar al bebé que no tenía ningún problema.

Pattaramon Chanbua, de 21 años, había sido contactada por una pareja australiana a través de una agencia en su país que se dedica a la subrogación de vientres. Según denunció Pattaramon, la agencia se enteró a los cinco meses de embarazo de que uno de los bebés tenía síndrome de Down, pero recién al séptimo mes le propusieron que lo abortara y siguiera adelante con el embarazo de su hermana, una niña que no tenía esa discapacidad. Pero la mujer se negó porque considera que el aborto es un “pecado” y decidió llevar adelante el embarazo.

Cuando nacieron los bebés, en diciembre, la pareja australiana sólo se llevó a la niña. Pattaramon renunció a su empleo para hacerse cargo de Gammy, que además tiene un problema cardíaco congénito y también complicaciones respiratorias.

La mujer sólo conoció a la pareja en el momento del nacimiento, y dijo que lo único que sabe de ellos es que viven en Australia Occidental. “Nunca sentí odio contra ellos. Estoy siempre dispuesta a perdonarlos. Quiero saber que aman a la niña tanto como mi familia

ama a Gammy. Quiero que la cuiden bien”, dijo este fin de semana en declaraciones a los medios.



Desatado el escándalo, la pareja que alquiló el vientre --que pidió no revelar su identidad-- dio su versión y aseguró que nunca rechazó a Gammy. El padre del bebé aseguró que los doctores sólo le hablaron de una criatura, en lugar de dos nacidos, y que tuvieron problemas con la agencia que le ayudó a buscar un vientre de alquiler en Tailandia, que actualmente ya no existe.

Pero según la madre biológica de los gemelos, es mentira. Y contó que el padre nunca “miró a la cara” al bebé abandonado, a pesar de encontrarse junto a su hermana, quien nació en buen estado de salud. Según la versión de la tailandesa, los padres adoptivos, que tiene más de 50 años, se excusaron al indicar que eran “muy mayores” para cuidar de gemelos.

El caso generó una fuerte reacción en las redes sociales --donde se lanzó una campaña para ayudar económicamente a Gammy-- y una gran polémica en la sociedad australiana. Las autoridades de este país intensificaron el cierre de agencias que se dedican a encontrar vientres de alquiler en Tailandia, El primer ministro de Australia, Tony Abbott, dijo que “es una historia muy triste” y lamentó que alguien pueda abandonar a un bebé de esa forma. (Agencias, 2016, s. p.)

4.9.6. Divorcio de los padres comitentes

Puede darse el caso que los padres comitentes se separen durante el lapso en el cual se está desarrollando el embarazo, esto supone un problema porque al producirse el nacimiento del



niño, cabe preguntarse quién se hará cargo de él. Se supone que el contrato de maternidad subrogada debe resolver una serie de problemas o incidentes que puedan producirse, sin embargo, cuando determinada situación no está prevista, pueden darse situaciones difíciles para la madre gestante quien, al haber firmado un contrato de esta naturaleza, se supone no quiere quedarse con el bebé. Esta circunstancia puede llegar inclusive a que se produzcan abortos o si se llega hasta el parto, el niño termine albergado en instituciones de protección y siendo sujeto a procesos judiciales en vista que sus derechos han sido claramente golpeados por personas adultas.

4.10. Consecuencias jurídicas emanadas de la celebración del contrato civil de maternidad subrogada

Las consecuencias que derivan de la celebración del contrato de maternidad subrogada pueden ser variadas, ya que la legislación no lo permite, estas, se reflejarán en diversos campos del derecho, pueden ser de orden penal, civil, administrativo, registral y especialmente en el campo del derecho de niñez y adolescencia, por ello, la investigación abarcará sucintamente lo relacionado a cada una de ellas.

4.10.1. Consecuencias en el derecho de niñez y adolescencia

En el país han existido algunos casos en los cuales se han violentado derechos de los niños como resultado de convenios celebrados entre adultos. Estos probablemente no se han conocido públicamente porque dentro de las garantías procesales propias del proceso de protección se encuentra la confidencialidad, la cual tiene por objeto que ninguna persona se entere de lo sucedido dentro de un proceso de esta naturaleza, sin embargo, esto no quiere decir

que estos problemas no existan y que sea necesario que, mediante un acto de autoridad, se resuelva la situación jurídica del niño que ha nacido por el contrato de maternidad subrogada.

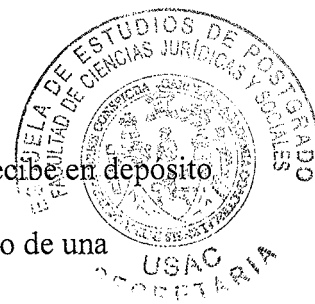


Actualmente, en Guatemala se encuentra vigente la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la cual surgió a la vida jurídica en el año 2003 y es el producto de los esfuerzos que se realizaron por modernizar el derecho que debe aplicarse a niños, niñas y adolescentes que necesitan ser protegidos de cualquier acción que encuadre como maltrato, asimismo, la ley se encarga de regular lo relativo al proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal.

Anteriormente, los jueces guatemaltecos intentaban resolver los problemas que se presentaban en materia de protección a la niñez a través del Código de Menores, el cual era un cuerpo legal que no contenía ningún tipo de normativa especializada sino únicamente algunas guías o parámetros para que se resolviera el proceso. Este Código se fundamentaba en la doctrina de la situación irregular, la cual concebía a las personas menores de dieciocho años como objetos y candidatos dignos de la protección estatal, no porque era necesaria, sino por prevención, ya que se les consideraba sujetos peligrosos; el Artículo 5 de dicho cuerpo normativo regulaba que se consideran menores en situación irregular a aquellos que sufran o estén expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro.

Las personas menores de edad no tenían bajo la normativa anterior los derechos y garantías que aseguraran una efectiva protección, y era tal el texto de la ley que inclusive, cuando el juez debía colocarlos en abrigo con otras personas, en la resolución podía leerse que la figura a aplicar era el depósito. Esta palabra, claramente hace alusión a cosas o a objetos, el depósito

jurídicamente se refiere a un contrato civil o mercantil por el cual una persona recibe en depósito una serie de bienes, cosas u objetos para cuidarlas en determinado lugar a cambio de una prestación económica.



Otro aspecto relevante de la doctrina de la situación irregular es que el juez, más que tener una visión jurídica frente al problema, actuaba como el juez “buen padre de familia”, el encargado de proteger a ese niño o adolescente desamparado a quien en caso de no resguardarlo, existía la posibilidad que se convirtiera en un delincuente o una persona peligrosa para la sociedad. Por esta idea es que en el país, proliferaron varios hogares de protección, los cuales se enfocaron en diversos tipos de perfiles para atender a todos los menores de edad que ingresaban a ellos, es decir, existían hogares exclusivamente para niñas, para niños o mixtos, también se perfilaban por edades e incluso algunos hogares atendían a niños con serios problemas de salud.

Históricamente, los niños han sido protegidos de muchas formas, y dentro de los primeros esfuerzos por hacerlo se encuentran los de la iglesia, sin embargo, la tarea fue difícil porque a sus diferentes conventos e instalaciones llegaban niños no solo abandonados por los padres, también huérfanos, o niños cuyos padres suplicaban los recibieran debido a las condiciones de pobreza extrema en la que vivían. Esta situación hizo que las entidades religiosas sucumbieran ante la cantidad de niños que necesitaban protección y que el Estado no atendía. Posteriormente, las autoridades toman algunas medidas para enfrentar el problema, sin embargo, fue complicado porque aun cuando crearon leyes no las respaldaron con la infraestructura necesaria.

Junto al esfuerzo estatal surgen alternativas distintas a él, es decir, inicia la participación de diversas asociaciones o de organizaciones no gubernamentales para la protección de la niñez,

las cuales eran asistidas desde el extranjero o por personas altruistas en el país. Sin embargo, todos los esfuerzos resultaban limitados porque en Guatemala no existía un proceso judicial que respetara y reconociera los derechos especiales de la niñez y adolescencia del país.

Guatemala, por medio del Decreto 27-90, aprobó el convenio que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por Guatemala el 26 de enero de 1990. Esto significó un avance significativo para el país, empero, desde el año 1979 se encontraba vigente el Decreto 78-79 del Congreso de la República que contenía el Código de Menores al que anteriormente se hizo referencia y que no proporcionaba un enfoque real y necesario a las necesidades de la niñez y adolescencia del país.

En el año 2003, el Congreso de la República aprobó el Decreto 27-2003 que contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la cual está fundamentada en la doctrina de la protección integral. Esta ley plantea un enfoque distinto del modelo proteccionista de la situación irregular y dentro de los paradigmas que se eliminan se encuentra el hecho que los niños y adolescentes ya no son vistos como objetos a quienes puede depositarse con otras personas o instituciones, sino que son sujetos de derechos a quienes debe darse participación efectiva dentro del proceso de protección que la misma ley regula.

La ley que actualmente se encuentra vigente responde y se acopla al contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y al Artículo 51 de la Constitución Política de la República porque él establece que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social. Es decir, la norma constitucional hace referencia a que el niño debe

ser protegido de forma integral.

En conclusión, la consecuencia principal dentro del derecho de niñez y adolescencia es el inicio del proceso de protección, porque es la forma legal para restituir los derechos violentados a los niños que han sido objetos del contrato de maternidad subrogada.

4.10.2. Órganos jurisdiccionales competentes

Los juzgados competentes para intervenir en el proceso de protección de niñez y adolescencia están constituidos por jueces de paz, quienes tienen atribuciones limitadas porque pueden recibir la denuncia, celebrar una audiencia, dictar medidas cautelares de protección, remitir oficios y comunicaciones a donde corresponda, empero, es obligatoria la remisión del expediente al juez de grado superior que según las reglas de competencia corresponda continúe conociendo el expediente y lo resuelva. En ese sentido, interviene también el Juez de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia, el cual es el encargado, como órgano especializado de conocer, tramitar y resolver el expediente. Por último, interviene la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia a la que le compete el conocimiento y resolución de los recursos de apelación y ocurso de hecho que se plantean como consecuencia de la actividad del juzgado de primer grado, asimismo, resolver conflictos de competencia, excusas, recursos de apelación por incidentes de recusación, acciones de amparo y demás atribuciones establecidas en la ley especial de la materia.

Un aspecto sumamente importante es que esta Sala fue creada originalmente por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y en un primer momento tenía a su cargo todos los juzgados de niñez y adolescencia que existían en el país, posteriormente la Corte Suprema de Justicia emitió diversos acuerdos en los que amplió competencia por territorio y por



materia a las Salas de la Corte de Apelaciones Mixtas del interior del país y actualmente son ellas las que según territorio del juez de primer grado conocen la segunda instancia en materia de protección.



4.10.3. Reglas de competencia

En cuanto a la competencia para establecer qué juez debe conocer los procesos de protección, el Decreto 27-2003 del Congreso de la República que contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, regula que la competencia se determina de la forma siguiente:

- a) Por el domicilio de los padres o responsables.
- b) Por el lugar en donde se encuentra el niño cuando faltan los padres o responsables.
- c) Por el lugar donde ocurren los hechos que producen la interposición de la denuncia.

En caso de existir duda en cuanto a qué juez debe conocer el expediente, cualquiera de ellos puede plantear el conflicto de competencia ante la Sala de la Corte de Apelaciones que corresponda según la competencia territorial.

4.10.4. Principios que fundamentan el proceso de protección

Todo proceso lleva consigo una serie de principios que lo fundamentan, que lo informan. El proceso de protección no es la excepción, y aun cuando en la propia ley de la materia no se establecen taxativamente los pilares sobre los cuales se realiza el proceso, sí los contiene el Acuerdo 74-2017 de la Corte Suprema de Justicia. Estos principios son los siguientes:



- a) Inmediación: la normativa establece que el juez ha de estar presente siempre en todos los actos del proceso. Al respecto se considera que en el proceso de protección es indispensable la presencia del juzgador porque le corresponde atender personalmente al niño para poder establecer su situación y elegir las medidas de protección pertinentes.
- b) Oralidad: se persigue que el proceso de niñez y adolescencia se desarrolle rápidamente y sin exceso de formalidades escritas, el Acuerdo referido establece que todas las solicitudes serán planteadas, resueltas y notificadas en audiencia, salvo cuando la ley lo prohíba o sea materialmente imposible.
- c) Celeridad: los plazos señalados en la ley deben ser respetados para que el proceso se desarrolle con rapidez ya que los retardos son eminentemente violatorios de los derechos de los niños que se encuentran sujetos al proceso.
- d) Concentración: persigue que el proceso se desarrolle con el mayor número de actuaciones en el menor número de audiencias.
- e) Continuidad: se persigue que las audiencias no se interrumpan y se realicen una en pos de otra si es posible, ello para solucionar prontamente la situación del niño.
- f) Oficiosidad: el juez no debe ser rogado en esta clase de procesos porque se privilegia el interés superior del niño, por ello el juzgador debe impulsar de oficio todas aquellas actuaciones que la ley le permite sin necesidad de requerimiento o solicitud de parte.
- g) Interés superior del niño: es común que en los procesos de niñez y adolescencia violentada en sus derechos, concurren intereses de personas adultas, por ejemplo, los progenitores. En el caso de estudio un niño que ha nacido por vía de maternidad subrogada no puede ser

mercancía que se entregará a quien ha pagado por él o a la mujer que ha dado su vientre para gestarlo, por ello, el juzgador al enfrentarse a un caso de esta naturaleza debe privilegiar lo que le conviene al niño y no los intereses o derechos de los adultos. Establece la ley que en cualquier conflicto de intereses que se produzca en un proceso de protección, el juez siempre hará prevalecer lo que le es beneficioso al niño y así lo hará constar en la resolución que dicte.

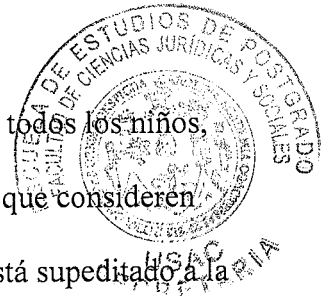
- h) No discriminación: el proceso de protección es especialmente para salvaguardar los derechos de la niñez y adolescencia, por ello no tendría razón de ser que dentro del mismo exista discriminación, sin embargo, la normativa emitida por la Corte Suprema de Justicia establece que debe ser respetado y protegido de forma igual sin importar aspectos como el sexo, el idioma, el origen étnico, la religión o cualquier otro elemento inherente a él.
 - i) Buena fe y colaboración con la justicia: este principio es sumamente importante y ordena a las partes del proceso a que eviten entorpecer el correcto desenvolvimiento del mismo. Esto se debe a que en muchas ocasiones las partes del proceso retardan maliciosamente el devenir procesal ya que por diferentes razones les interesa que las condiciones en las cuales se encuentran los niños duren prolongadamente, sin embargo, esto refleja que no se está protegiendo el interés de los niños sino las aspiraciones de los adultos.
 - j) No institucionalización: los niños no deben ser separados de sus padres ni de sus familiares sin justa y suficiente causa, es decir, no deben ser institucionalizados de forma imprudente ya que la colocación en entidades de servicio a la niñez sean privadas o estatales siempre producen efectos negativos en los niños y por eso debe ser la última medida a tomar.
- Asimismo, cuando la medida ha sido ordenada, la Procuraduría General de la Nación tiene la



obligación de buscar con celeridad recurso familiar idóneo para que el niño pueda salir de la institución en la que se encuentra

- k) No victimización secundaria: cualquier diligencia o procedimiento que deba llevarse a cabo en el proceso de protección, debe evitar ser revictimizante, por tal razón, el Artículo 4 del Acuerdo 16-2013 de la Corte Suprema de Justicia establece que la recepción de la declaración de los niños y adolescentes que comparezcan al juzgado en calidad de víctimas o testigos deben ser efectuadas una sola vez, y para ello lo dicho por el niño o adolescente puede ser grabado en audio y video y en caso de duda consultar este material, evitando así la comparecencia nuevamente al juzgado. Otro aspecto importante es que la declaración debe realizarse bajo estrictas medidas de seguridad para el niño y nunca deberá estar en presencia del agresor e incluso de personas ajenas al proceso.
- l) Intimidad e identidad: no se permite la publicación de información de ningún expediente de protección a personas ajenas al proceso, incluso la información se ha de negar a familiares que no tienen relación con el caso, ya que si estas personas necesitan saber lo sucedido podrán abocarse con la Procuraduría General de la Nación para que esta los involucre en el proceso de protección si así lo considera pertinente.
- m) Derecho a participar y opinar: este principio tiene su origen en el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual establece que todos los niños tienen el derecho de expresar su opinión en los asuntos que les afectan, esto por supuesto dependiendo si el niño ya tiene capacidad de formarse un juicio o idea debido a su edad y madurez. En el mismo sentido, el Artículo 13 del Reglamento de Gestión de Juzgados y Salas con competencia en materia de niñez y adolescencia y adolescentes en conflicto con la

ley penal, Acuerdo 74-2017 de la Corte Suprema de Justicia establece que todos los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a manifestarse ante el juez sobre lo que consideren que les afecta, desean o no aceptan, empero, la decisión es del juez y no está supeditada a la opinión ya que esta es un derecho y no una regla de conducta para quien juzga.



4.10.5. Garantías procesales

La ley especial de la materia establece en el Artículo 116 un listado de garantías específicas para el proceso de niñez y adolescencia amenazada o violada en sus derechos, siendo ellas:

- a) Ser escuchado en su idioma en todas las etapas del proceso y que su opinión y versiones sean tomadas en cuenta y consideradas en la resolución que dicte el juzgado, debiendo en su caso, estar presente un intérprete.

En esta garantía cabe resaltar que el niño o adolescente sujeto al proceso de protección tiene el derecho de emitir su opinión ante el juez, impera la inmediación porque el juzgador debe estar presente cuando el niño quiera emitir su parecer, por supuesto que existen en determinados casos, circunstancias que aconsejan que en muchas ocasiones sean tomadas las opiniones en presencia de un profesional de la psicología y a través de la cámara Gesell ya que pueden tratarse temas delicados, dolorosos o íntimos de los niños y adolescentes. Otro aspecto importante es que la opinión del niño no es vinculante para el juez, es decir, la opinión es tomada y considerada, empero, no es un elemento que obligue a resolver en determinado sentido.

- b) No ser abrigado en institución pública o privada, sino mediante declaración de autoridad competente, previa a agotar las demás opciones de colocación. Asimismo, no

podrán, bajo ninguna circunstancia, ser internados en instituciones destinadas a adolescentes en conflicto con la ley penal, incurriendo en responsabilidad los funcionarios que no cumplieren esta disposición.



En el proceso de protección impera el principio que la privación de la libertad, entiéndase la colocación en un centro en donde de una u otra forma se limita la locomoción del niño, es la última opción, deben privilegiarse todas las posibilidades en las que el niño sea colocado con familia biológica, en caso de no ser posible con familia ampliada y por último en alguna institución.

- c) Asistir a las audiencias judiciales programadas, acompañado por un trabajador social, psicólogo o cualquier otro profesional similar.

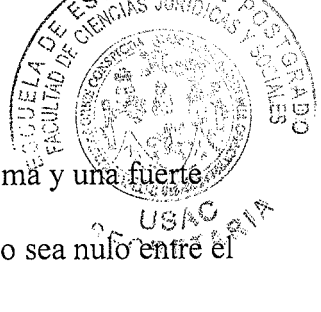
En la práctica, se ha observado que los niños y adolescentes que asisten constantemente a los juzgados crean apatía y rechazo a las diligencias judiciales, es por ello que se realizan esfuerzos para que la estancia en los juzgados no sea un momento de tortura y revictimización.

- d) Recibir información clara y precisa en su idioma materno sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y las razones de cada una de las decisiones.
- e) Que todo procedimiento sea desarrollado sin demora. Esta garantía atiende a la no revictimización y a que la celeridad sea parte importante en el procedimiento.
- f) La justificación y determinación de la medida de protección ordenada. En la resolución en la que se le determine la medida de protección, el juez le deberá explicar, de acuerdo con su edad y madurez, el motivo por el cual fue seleccionada esta medida.



Toda resolución que se dicte en el proceso de protección debe estar debidamente fundamentada y motivada ya que el juez resuelve aspectos importantes de la vida de un niño y lo que decida debe estar plenamente justificado.

- g) Una jurisdicción especializada. En este sentido, los jueces, personal auxiliar y equipo multidisciplinario, deben estar capacitados y especializados en la atención a niños y adolescentes. Esto es necesario para la correcta interpretación de la ley y la adopción de medidas correctas en cada caso concreto.
- h) La discreción y reserva de las actuaciones. En los procesos de protección ninguna persona ajena al problema puede tener conocimiento de lo que está sucediendo, la propia ley establece la confidencialidad de las actuaciones.
- i) Tener y seleccionar un intérprete cuando fuere el caso.
- j) A no ser separado de sus padres o responsables contra la voluntad de estos, excepto cuando el juez determine, previa investigación de los antecedentes, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, en caso en que este sea objeto de maltrato o descuido. Es una de las medidas que el juez debe aplicar también por excepción ya que la separación del niño con sus progenitores es sumamente difícil, porque en muchos casos aun cuando existen malos tratos, los niños experimentan momentos de sufrimiento al ser alejados de los padres. Esta medida habrá de estar bien justificada para no alterar la integridad del niño de forma tal que le cause daños permanentes.
- k) A evitar que sea revictimizado al confrontarse con su agresor en cualquier etapa del proceso. Esto es de suma importancia y necesidad porque se han observado casos en los cuales los



niños ven en la sede del juzgado a los agresores, lo que les causa un problema y una fuerte indisposición a emitir su opinión. Los jueces deben velar porque el contacto sea nulo entre el agresor y el niño agredido.

Estas garantías deben ser observadas en cualquier etapa del proceso y en caso que cualquiera de las partes procesales advierta su inobservancia, está legitimado para solicitar y exigir al juez que las efectivice dictando la resolución que corresponda y dictando las medidas eficaces que las garanticen.

4.10.6. Medidas aplicables dentro del proceso de protección

Dentro del proceso de protección pueden adoptarse cuantas medidas el juez considere oportunas y las mismas pueden darse conjunta o separadamente, y siempre habrá de considerarse el interés superior del niño en consonancia con sus necesidades propias, es decir, las medidas de protección deben ser pensadas en forma individual y no como reglas generales de aplicación a todos los casos que están bajo conocimiento judicial. El Artículo 112 del Decreto 27-2003 del Congreso de la República establece que las medidas susceptibles de ser aplicadas, entre otras, son las siguientes:

- a) Amonestación verbal o escrita al responsable de la violación o amenaza del derecho humano del niño, niña o adolescente.
- b) Declaración de responsabilidad a los padres, tutores o responsables.
- c) Remisión de la familia a programas oficiales o comunitarios de auxilio, orientación apoyo y seguimiento temporal.

- d) Ordenar la matrícula de niños, niñas y adolescentes, en establecimientos oficiales de enseñanza y observar su asistencia y aprovechamiento escolar.
- e) Ordenar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internamiento en hospital o tratamiento ambulatorio.
- f) Ordenar a los padres, tutores o responsables, su inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio, que impliquen orientación, tratamiento y rehabilitación a cualquier desviación de conducta, problemas de alcoholismo o drogadicción.
- g) Colocación provisional del niño, niña o adolescente en familia sustituta.
- h) Abrigo temporal del niño, niña o adolescente en entidad pública o privada, con forme las circunstancias particulares del caso.
- i) En caso de delito o falta cometido por adulto o adolescente, certificar lo conducente a un juzgado correspondiente.

Estas medidas pueden ordenarse en cualquier momento y de la misma forma pueden ser revocadas o sustituidas por otras que convengan al niño sujeto a proceso de protección. Aun cuando la ley otorga este catálogo de medidas, el juez puede imponer cualquier otra que surja de las necesidades del niño en protección.

4.10.7. Inicio del proceso

El proceso de protección inicia con la denuncia como acto introductorio, esta puede ser presentada por cualquier persona o por remisión de la misma por parte de un juez de paz o de la Junta Municipal de la Niñez, en los lugares en donde existen. La denuncia no requiere de

formalismos, sin embargo, es aconsejable que por tratarse de casos de niños a quienes posiblemente se les han violentado sus derechos humanos, se proporcione la mayor cantidad de información para que el juez que atiende el caso logre dictar la medida más adecuada al problema planteado.



4.10.8. Audiencia cautelar

El primer procedimiento que se realiza cuando se presenta la denuncia dependerá si está presente el niño o no. En el primer caso, el juez podrá celebrar audiencia de forma inmediata escuchando al niño a través de una entrevista, la cual le permitirá ordenar las medidas de protección que sean pertinentes y que garanticen su integridad, además en la resolución comunicará a la Procuraduría General de la Nación para que a través de la Procuraduría de la Niñez y Adolescencia inicie la investigación que corresponde y señalará día y hora para la celebración de la audiencia de conocimiento de los hechos. En caso de no estar presente el niño, el juez en su resolución señalará audiencia de conocimiento de los hechos e indicará a la Procuraduría General de la Nación que debe iniciar la investigación.

4.10.9. Audiencia de conocimiento de los hechos

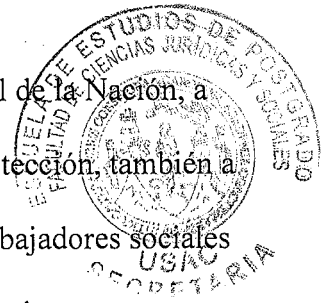
La ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece que una vez dictadas las medidas cautelares correspondientes, deberá celebrarse audiencia de conocimiento de los hechos dentro de los diez días siguientes, la cual debe ser notificada a las partes del proceso por lo menos con tres días de anticipación a su celebración. Esta audiencia es muy importante porque en ella el juez escucha a todas las personas involucradas en el proceso, empero, la ley establece un orden específico, en primer lugar debe el juez verificar que las partes estén presentes,

posteriormente escuchará al niño, niña o adolescente, a la Procuraduría General de la Nación, a los representantes de otras instituciones como por ejemplo a los hogares de protección, también a personas que comparezcan como terceros interesados, médicos, psicólogos, trabajadores sociales entre otros. Es importante advertir que la audiencia no puede ser suspendida por la incomparecencia de las personas que sean parte del proceso, únicamente puede suspenderse por la no asistencia del representante de la Procuraduría General de la Nación o porque no está presente el niño sujeto de protección.

En la audiencia de conocimiento de los hechos, la Procuraduría General de la Nación debe presentar al juez los medios de comprobación de los hechos que haya logrado investigar y recabar, estos medios pueden ser documentos, peritos o testigos, sin embargo, establece el Artículo 23 del Acuerdo 74-2017 de la Corte Suprema de Justicia que la no presentación de estas diligencias de comprobación o avances de la investigación, no son causa para la suspensión de la audiencia, esto se debe a que el proceso continuará y la entidad encargada de la investigación contará con más tiempo para realizarla.

Un aspecto fundamental de la audiencia de conocimiento de los hechos es que la ley faculta al juez a que en esta etapa procesal y derivado de haber escuchado al niño y demás partes procesales, el juez puede proponer fórmulas de solución definitivas al problema planteado, si las partes aceptan el proceso podrá concluir, en caso contrario el proceso seguirá y el juez señalará audiencia definitiva dentro de un plazo no mayor a treinta días.

En el proceso de protección, la Procuraduría General de la Nación está legitimada para representar legalmente a los niños, niñas y adolescentes que carecen de ella, dirigir la investigación, presentar denuncias ante el Ministerio Público en caso de tener conocimiento de



delito cometido contra personas menores de edad. En cuanto a la investigación, la Procuraduría debe realizar sea de oficio o por orden judicial, la recopilación de cualquier medio de prueba útil para resolver el caso, entre estos medios están los estudio sobre la situación socioeconómica y familiar del niño, recabar informes médicos o psicológicos de los padres o responsables y requerir a cualquier institución o persona información útil al proceso. Lo anterior es de suma importancia porque implica que las personas o instituciones deben colaborar con la Procuraduría proporcionando la información que les requiera.

El momento procesal para presentar ante el juez el informe de pruebas que se diligenciarán en la audiencia definitiva está señalado en el Artículo 122 de la ley especial de la materia, el cual regula que cinco días antes de la continuación de la audiencia, se refiere a la celebración de la audiencia definitiva, las partes del proceso y el representante de la Procuraduría General de la Nación deben presentar al juez un informe de estos medios de prueba, los cuales pueden ser declaración de las partes, declaración de testigos, dictamen de expertos, reconocimiento judicial, documentos y medios científicos de prueba.

4.10.10. Audiencia definitiva

El objeto de la audiencia de la audiencia definitiva es resolver mediante el dictado de la sentencia el proceso de protección, para el efecto, el juez deberá verificar la presencia de las partes procesales y los escuchará en el orden indicado anteriormente, posteriormente recibirá la prueba que le fue propuesta y en caso de surgir nuevo medios probatorios, se diligenciarán solamente si a criterio del juez, estos se deriven de hechos manifestados en la propia audiencia.

La prueba aportada será valorada con base en la sana crítica y el juez deberá declarar si los derechos del niño han sido o no violentados, en caso positivo, deberá confirmar, revocar o



modificar la medida cautelar dictada oportunamente y fijar plazo para que se restituyan los derechos violentados. Es importante aclarar que dentro del proceso debe existir una sentencia escrita y que cumpla con los requisitos de la Ley del Organismo Judicial. Otro aspecto es que el juez tiene obligación de tomar en consideración todos los estudios, dictámenes y opiniones de los médicos, psicólogos, trabajadores sociales, pedagogos y cualquier otro profesional que haya intervenido en el proceso, ya que esto permite que dicte la medida de protección correcta.

La ejecución de las medidas dictadas en sentencia le corresponden al mismo juez de la niñez y adolescencia, sin embargo, puede delegar la recopilación de informes a juzgados de paz en caso que la medida esté produciendo efectos en lugar distinto a la sede del juzgado, además en la sentencia deberá precisarse con exactitud quienes son los encargados de cumplirlas, sean personas físicas o jurídicas, asimismo, quienes son los miembros del equipo multidisciplinario encargado de supervisarlas.

4.10.11. Audiencia de verificación de la medida

En la sentencia, el juez deberá fijar día y hora para la celebración de la audiencia de verificación de la medida, la cual tiene por objeto que el juez constate la efectiva restitución de los derechos violentados al niño sujeto a protección. La forma en la cual podrá realizarse esta verificación es a través de la recepción de informes, evaluaciones u opiniones de quienes están obligados a cumplirla y a supervisarla, además el juez escuchará al niño para percibir de forma directa la situación en la que se encuentra.

En esta audiencia el juez puede confirmar, revocar o modificar la medida que anteriormente ordenó, esta facultad está otorgada por la ley en vista del interés superior del niño porque en caso que las circunstancias hubiesen variado no sería beneficioso iniciar un nuevo



proceso para dilatar la resolución del problema. Una vez que el juez constate que los derechos han sido restituidos, que no existe variación de las condiciones en las cuales se encuentra el niño y que su entorno es seguro, dictará la resolución que cierra el proceso de protección.

4.10.12. Cosa juzgada en el proceso de protección

La cosa juzgada es una institución del derecho que no existe plenamente en el proceso de protección, esto sucede porque aun cuando se hayan otorgado medidas cautelares y el proceso se encuentre en desarrollo, o bien medidas definitivas y la sentencia se encuentre en fase de ejecución, el juez, al advertir que el niño es víctima de violación a sus derechos humanos y la misma se derive de la misma relación de hechos denunciados y existe identidad en los sujetos que intervienen, podrá dictar nuevas medidas de protección sin necesidad de iniciar otro proceso distinto de protección.

Sin embargo, es procedente el inicio de otro expediente cuando las causas de la violación de derechos humanos provengan de circunstancias, hechos y personas totalmente distintas a la del primer proceso, en este caso no es procedente reabrir procesos que se han relacionado al mismo niño.

4.10.13. Audiencia de modificación de la medida

Esta audiencia no está forzosamente incluida dentro del proceso de protección sino que se produce cuando las partes solicitan al juez que la señale en virtud que las medidas otorgadas probablemente no estén surtiendo los efectos precisos, es decir que la condición para que la medida pueda ser modificada o revocada en esta audiencia es que las condiciones primarias y originales de la situación del niño hayan cambiado notoriamente, lo cual deberá ser confirmado y

respaldado con informes o estudios emitidos por los profesionales del equipo técnico



4.10.14. Recursos

En el proceso de protección de niñez y adolescencia únicamente pueden interponerse los recursos que contempla la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, así lo dispone el Artículo 49 del Reglamento de gestión de juzgados y salas con competencia en materia de la niñez y adolescencia y adolescentes en conflicto con la ley penal. Esta limitación está dirigida a no retardar los procedimientos en vista del interés superior del niño, sin embargo, el efecto más importante es que en materia de protección no existe la posibilidad de interponer el recurso de Casación ya que el mismo únicamente se encuentra regulado en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal.

4.10.14.1. Revisión

El Artículo 83 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece que es atribución de la Comisión Municipal de la Niñez y Adolescencia contribuir a la formulación de políticas públicas que tiendan a la protección de los niños y adolescentes del país. La revisión es un recurso que persigue el estudio de las disposiciones que la Comisión, en los lugares en los que existe, dictamine, ello porque el juez de la niñez al ser un funcionario especializado en la materia podrá solucionar cualquier duda que las partes interesadas tengan en esta materia. La interposición del recurso es dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución o acto que contenga la disposición de la Comisión y su resolución será dentro de cinco días.

4.10.14.2. Revocatoria

Todas las resoluciones son revocables de oficio por el juez que las dictó o a instancia de parte, salvo las que pongan fin al procedimiento. La interposición del recurso puede hacerse en forma verbal o por escrito, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación.

Este recurso es muy importante porque dentro del proceso de niñez y adolescencia no existe el recurso de reposición, por lo cual las partes procesales deben hacer uso de esta impugnación cuando consideren que el juzgador ha emitido resoluciones que impulsan el proceso. No son objeto de revocatoria las resoluciones que finalizan el proceso porque según la propia ley, estas tendrán el carácter de apelable.

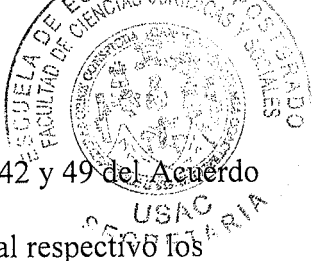
El juez o tribunal ante quien se interponga el recurso de revocatoria deberá resolverlo, sin más trámite, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

4.10.14.3. Apelación

El recurso de apelación está diseñado dentro del proceso de protección para atacar dos casos específicos. El primero de ellos se refiere a los autos que resuelven en forma definitiva el expediente, aquí puede apelarse por ejemplo el auto en el cual el juez ordene el archivo del proceso por considerar que no existen indicios de violación a derechos de la niñez, esto sucede a menudo y el tribunal de segunda instancia en muchos casos ordena al juzgador que continúe con el trámite del proceso para que una vez agotadas las etapas procesales dictamine si existe o no causas para declarar improcedente la denuncia.

Aun cuando la ley especial no utiliza la palabra sentencia, también es procedente plantear la apelación en contra de esta y es sumamente importante establecer que al tenor del Artículo el





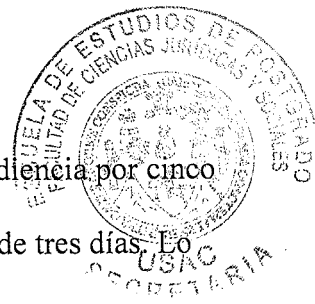
Artículo 141 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, 42 y 49 del Acuerdo 74-2017 de la Corte Suprema de Justicia, deben establecerse en el memorial respectivo los motivos por los cuales se apela, sean de forma o de fondo, ya que dicha norma establece que de no ser así el tribunal deberá de alzada otorgar el plazo de tres días para que los apelantes puedan corregir o ampliar su impugnación, es decir, informe coherentemente al tribunal sobre qué motivos se fundamenta el recurso.

El otro motivo se refiere a las resoluciones que ordenan como medida cautelar la separación del niño, niña y adolescente de sus padres, tutores o encargados. En este caso es sumamente importante advertir el plazo en el que debe plantearse el recurso de apelación porque la separación del niño de sus padres es probablemente la última medida que debe tomarse y es viable solo si las circunstancias realmente lo ameritan. Han existido casos en los cuales los padres no apelan en tiempo porque desconocen la ley o porque no cuentan con abogado que les oriente profesionalmente.

El plazo para interponer la apelación es de tres días contados desde el día de la notificación y podrá hacerse en forma verbal o por escrito ante el juzgado que conoce el expediente, el cual con hoja de remisión lo remitirá junto con el expediente a la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, la cual tiene por objeto examinar el planteamiento del recurso, el acto impugnado y confirmar, modificar o revocar los puntos que han sido recurridos. Además, la ley faculta al tribunal de segunda instancia para que modifique otros puntos siempre que sea procedente y congruente con lo resuelto.

En la práctica existen dos procedimientos distintos y varían según el caso de procedencia y la resolución que se apela. El primero, en el caso que la apelación se presente en contra de un

auto, la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia otorgará audiencia por cinco días para que las partes hagan uso del recurso y resolverá el mismo en un plazo de tres días. Lo resuelto deberá remitirse con certificación al juzgado de origen.



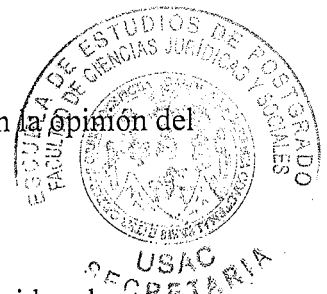
El segundo caso indica que si la impugnación se trata de una sentencia, la Sala de apelaciones estudiará el memorial de interposición del recurso, si lo encuentra ajustado a derecho señalará día y hora para la celebración de una audiencia oral y privada en la cual las partes procesales de viva voz expondrán al tribunal sus argumentos. La sentencia se emitirá dentro del plazo de tres días y con certificación de lo resuelto, se enviará lo actuado al juzgado de primer grado.

4.10.14.4. Ocurso de hecho

Cuando el juez de Primera Instancia haya negado el recurso de apelación, la parte interesada puede ocurrir de hecho dentro de tres días de notificada la denegatoria ante la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Recibido el ocurso, se requerirá al juez respectivo la remisión de las actuaciones, las que serán expedidas dentro de veinticuatro horas. El ocurso será resuelto dentro de veinticuatro horas de recibidas las actuaciones. Si el ocurso fuere desestimado, las actuaciones serán devueltas al juzgado remitente sin más trámite. Si se declara con lugar, se procederá conforme a lo prescrito para el recurso de apelación, según sea el caso, es decir, auto o sentencia.

Lo escrito anteriormente analiza el proceso de protección que debe implementarse en el caso de los nacimientos que pueden ocurrir como consecuencia del contrato de maternidad subrogada, en vista que esta figura contractual violenta derechos del niño porque su vida, persona y existencia ha sido pactado mediante declaraciones de voluntad de personas adultas,

mediando prestaciones económicas y siendo imposible tomar en consideración la opinión del niño.



De lo anterior, puede considerarse que la maternidad subrogada es considerada una práctica correcta en muy pocos lugares, en la mayoría de legislaciones no se contempla la figura y en otras se prohíbe taxativamente, Guatemala se encuentra en el segundo supuesto, es decir, no existe norma que haga referencia a este tipo de convenio o contrato, sin embargo, esa situación legislativa no quiere decir que en el país no se produzcan casos de maternidad subrogada, los cuales por supuesto permanecen siempre en la clandestinidad.

No obstante lo anterior, se sabe que existen clínicas cuyo objetivo principal es asistir a personas que tienen problemas de infertilidad y es en algunas de ellas en donde, si el procedimiento de fertilidad no funciona, se ofrecen los servicios de mujeres que pueden brindar su vientre para lograr el nacimiento de una persona, sea con material genético de la pareja que acude a esa clínica o bien si eso fuere imposible, con material genético de por lo menos de uno de ellos.

En el presente trabajo se afirma que el contrato civil de maternidad subrogada incide negativamente en el interés superior del niño. Un ejemplo concreto sobre cómo se produce la violación a derechos humanos de los niños que nacen bajo estas circunstancias y que producen el proceso de protección ante juez, puede darse como se mencionó anteriormente, por divorcio de los padres comitentes y esto puede desencadenar un proceso judicial en el cual intervengan los padres comitentes pero por separado, es decir, cada uno defendiendo un derecho individual y no de pareja, la madre que subrogó el vientre, la entidad estatal encargada de la protección del niño, en Guatemala está conformado por la Procuraduría General de la Nación, otras personas que por

alguna u otra razón desean participar, médicos, abogados y por supuesto el órgano jurisdiccional.



Debe notarse que el expediente judicial se trata de proteger al niño y no de establecer la forma contractual de la maternidad subrogada, es decir, debe privar el interés superior del niño sobre las conveniencias o intereses de los adultos. En este tipo de convenios es claro que la legalidad no existe porque, como se ha mencionado, en Guatemala no hay normativa al respecto, sin embargo, al darse problemas entre los adultos la situación saldrá al conocimiento de los órganos jurisdiccionales especializados en el proceso de protección. En este juicio pueden acontecer diversos hechos, es decir, que el exesposo denuncie a su exesposa por no permitirle ver al niño que ya le fue entregado, que la madre comitente haya inscrito en el registro civil al niño como hijo suyo cuando esto no es cierto y que para el efecto se haya valido de documentación falsa.

Otra situación que puede darse es que la madre subrogante solicite a quien juzga que le entregue al niño, argumentando que es su hijo biológico y además que también lo ha inscrito en otra sede del registro civil como hijo propio. Todo ello demuestra que los adultos siempre argumentarán en favor de sus intereses porque el niño ha sido un simple objeto de batalla y es más, se han violentado sus derechos humanos a la familia o a la identidad ya que se ha inscrito como hijo de distintas personas. El problema primordial es establecer con quién puede permanecer el niño si todas las personas no son consideradas recursos idóneos para su cuidado. Es aquí en donde puede darse la institucionalización, lo cual genera graves daños a los niños que han estado acostumbrados a la vida en familia.

Es interesante establecer que en Guatemala al no darse la posibilidad jurídica de la celebración del contrato civil de maternidad subrogada, las personas acuden a cualquier otra vía

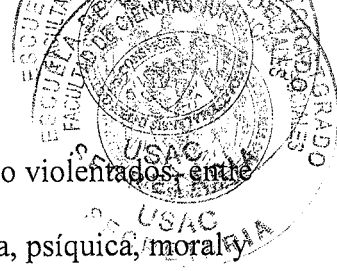
para lograr su cometido, pueden realizar por ejemplo declaraciones juradas ante notarios, exponiendo que al nacer el niño lo entregarán a determinadas personas, esto conlleva un serio problema de ética porque el notario debería abstenerse de redactar esta declaración jurada e informar a quien la solícita los problemas legales que puede tener por dicho acto.



También puede suceder que algunas clínicas que se dedican a la atención de problemas de infertilidad sugieran y faciliten la práctica del alquiler de vientre, por supuesto sin la celebración de contratos, sino que todo el procedimiento se hace en la “confianza” y la “buena fe” entre las personas que intervienen, aspectos que fácilmente pueden romperse al momento de acudir ante un juez a reclamar cada persona, los derechos que creen le corresponde en relación con el niño.

El contrato de maternidad subrogada puede intentar disfrazarse a través de prácticas que en apariencia resultan inofensivas o de piedad, por ejemplo, que una mujer afirme que lo hizo por sentimientos de afecto hacia la pareja que no podía concebir o bien que aceptó el embarazo producto de la necesidad económica que posee para alimentarse a ella y a otros hijos que pueda tener, los motivos pueden ser variados pero el resultado siempre será la violación a los derechos del niño que nace producto del contrato de maternidad subrogada. Es entonces cuando el juez debe resolver decretando las medidas pertinentes y buscando formas alternas a la institucionalización, las cuales pueden consistir en la colocación del niño con familia ampliada, por ejemplo, abuelos o tíos, siempre que la Procuraduría General de la Nación haya determinado son idóneos.

Las medidas de protección deberán continuar vigentes hasta el dictado de la sentencia y en ella incluir cuantas medidas sean necesarias para la restauración de los derechos del niño; toda



sentencia deberá declarar y especificar cuáles son los derechos que han sido violentados, entre ellos pueden figurar el derecho a la familia, al respeto, a la integridad física, psíquica, moral y espiritual, el derecho a la dignidad, a un nivel de vida adecuado, a la identidad, a ser protegido contra todo tipo de maltrato. Aunado a lo anterior, el juez podrá decretar la colocación definitiva del niño en la familia ampliada que lo cuidaba, ordenar terapias psicológicas para quienes esto sea necesario, en conclusión, cualquier medida que coadyuve a la restitución de derechos.

4.11. Consecuencias de orden penal

Como consecuencia del proceso de protección pueden derivarse también consecuencias de tipo penal, esto es así porque cuando se da un contrato de maternidad subrogada o cualquier acto en donde se emitan declaraciones de voluntad al respecto, se darán acciones que pueden ser tipificadas como delitos, dentro de ellas puede mencionarse falsedad material, falsedad ideológica, perjurio, uso de documentos falsificados, trata de personas, chantaje, aborto, amenazas entre otros.

Lo anterior constituirá por supuesto el inicio de la investigación por parte del Ministerio Público y el subsiguiente proceso penal en contra de quienes resulten denunciados.

4.12. Consecuencias de orden civil

En este sentido, se refiere al estado civil del niño que ha nacido producto del contrato de maternidad subrogada y el problema existe ya que en muchas ocasiones la entrega del niño es de forma clandestina y la madre que ha gestado el embarazo puede inscribir al niño como su hijo, pero también puede hacerlo la mujer que ha contratado el vientre, esto supone la existencia de dos inscripciones y el estado civil de hijo se duplica en una misma persona, de igual forma el

estado civil de madre, lo ostentan dos mujeres en relación con el mismo niño.

Además, cabe mencionar lo relacionado con la filiación por cuanto se debe establecer quién realmente la tiene y quién no. Por una parte está la madre biológica y por otra la madre legal, esta en todo caso se determinará por las circunstancias del caso concreto porque puede ser que el juez considere las intenciones de los adultos, por ejemplo, el varón podrá ser siempre declarado padre del niño cuando él aportó el material genético ya que en este caso la contienda será entre las dos mujeres, una variante puede ser que el niño sea declarado hijo del varón y la madre biológica constituida por la madre que desarrolló todo el embarazo si ella proporcionó el material genético; otra variante es que el niño sea declarado hijo del varón que dio material genético y la mujer que dio sus óvulos para el desarrollo del embarazo, en este caso es la madre comitente y no la gestante. En última instancia, podría decretarse la filiación solamente en la madre biológica no importando quien sea cuando el material genético masculino sea obtenido por donación de esperma.

4.13. Consecuencias de orden registral

En este caso, el juez debe analizar el expediente y establecer si hubo duplicidad en la inscripción del niño en el Registro Civil, la consecuencia será que en la sentencia el juzgador deberá ordenar la cancelación de las inscripciones que se realizaron de forma fraudulenta y ordenará que el niño se inscriba como hijo de las personas que a su criterio sean las idóneas, esto de acuerdo con lo escrito en el párrafo anterior.

4.14. Adopción

En el contexto guatemalteco, el procedimiento legal para poder integrar a la familia a una

persona que no comparte vínculos genéticos con la pareja es la adopción. Esta institución del derecho civil se define según el Artículo 2, literal a), de la Ley de Adopciones como la “Institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona” (s. p.). Es así, que la legislación nacional contempla la posibilidad de integrar un niño a una pareja de esposos que por diferentes motivos no han podido procrear o bien que habiendo procreado desean adoptar.

La adopción, como institución social de orden público, está enmarcada en procedimientos y principios que responden al interés superior del niño y no al interés de adultos por adoptar específicamente a determinado niño como sucedía hace algunos años.

Este procedimiento cuenta con tres grandes etapas, la primera se refiere al proceso de protección al que es sujeto un niño que por distintas razones se encuentra en riesgo y no tiene familiares que pueden cuidarlo, este procedimiento ha sido descrito anteriormente y tiene por objeto que a través del dictado de una sentencia, el juez de la niñez y adolescencia emita la declaratoria de adoptabilidad. Una vez emitido el fallo, se certifica al Consejo Nacional de Adopciones para que inicie con la segunda fase, es decir, la etapa administrativa a cargo del Consejo. En este procedimiento, el Consejo evaluará la situación del niño y procurará seleccionar a los futuros padres adoptantes que se acoplen a las circunstancias, es decir, el Consejo selecciona a los padres con base en el interés superior del niño, no son los padres solicitantes quienes pueden seleccionar niños según “catálogo”.

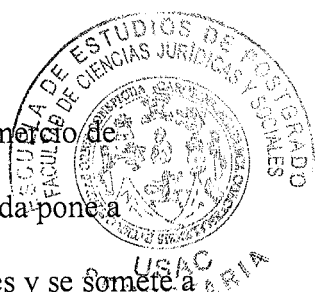
Para la colocación del niño con los posibles adoptantes y que se inicie el periodo de socialización, pueden emitirse informes socioeconómicos, psicológicos y cualquier estudio que sea conveniente realizar, al concluir este lapso de tiempo, el equipo multidisciplinario del

Consejo Nacional de Adopciones emitirá el dictamen de empatía, en el cual establecen la calidad de relación que logró entablarse entre el niño y los solicitantes. Posteriormente y si los resultados son favorables el Consejo dictaminará favorablemente para la Adopción y remitirá lo actuado al Juez de Primera Instancia del Ramo de Familia para que homologue la resolución administrativa y ordene la inscripción del niño como hijo de los solicitantes. Esto último constituye la tercera etapa.

4.15. Diferencia entre adopción y maternidad subrogada

No obstante ambas prácticas pueden ser aceptadas en algunos países y sus resultados pueden coincidir en la incorporación a la familia de otra persona, existen claras diferencias entre ambas figuras, siendo algunas de ellas las siguientes:

- a) La maternidad subrogada es una práctica permitida en muy pocos países, en tanto que la adopción se considera un verdadero gesto de nobleza y está regulada mundialmente.
- b) La maternidad subrogada no necesita procedimientos judiciales para su iniciación, basta con el consentimiento de los padres intencionados y de la mujer que prestará su vientre para el desarrollo del embarazo, por su parte, la adopción está regulada en la ley y posee procedimientos taxativamente establecidos los cuales, como en el caso de Guatemala, son de índole judicial y administrativo.
- c) La maternidad subrogada supone contratos de tipo civil, los cuales pertenecen al derecho privado y prevalece la autonomía de la voluntad de los contratantes, la Adopción es un proceso perteneciente al derecho público porque el Estado interviene de forma soberana para regular las formas, los procedimientos, los efectos y las autoridades que intervienen.

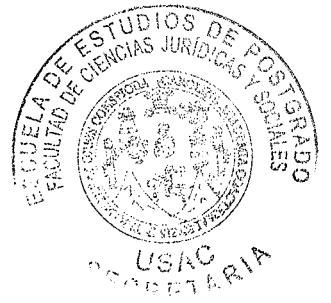
- 
- d) A la maternidad subrogada se le atribuyen elementos negativos como el comercio de personas, porque a través del contrato civil que se celebra la madre subrogada pone a disposición de los padres intencionados su cuerpo, sus órganos, sus actitudes y se somete a las normas de conducta que ellos le imponen, la adopción, por su parte, no tiene necesidad de relacionar a los padres biológicos del niño que será entregado en adopción con las personas que albergarán y protegerán al niño.
- e) Otro aspecto negativo es el hecho que a la maternidad subrogada se le critica porque puede convertirse en un proceso para la fabricación y venta de niños a través del alquiler de vientres, además se le ataca porque evidentemente violenta los derechos del niño que nace por contrato pues se le crea, concibe, desarrolla y entrega como producto final del procedimiento. En la adopción el niño está evidentemente protegido porque la ley establece principios a observar, entre ellos el interés superior del niño y en ningún momento se le considera objeto de contrato, siempre es sujeto de derechos que deben ser respetados a través de las etapas judiciales y administrativas de las que se compone la Adopción.

Lo anterior refleja las diferencias mínimas entre la adopción y la maternidad subrogada, y lo escrito refuerza la idea fundamental de la investigación en cuanto a que esta última figura no es idónea para el respeto del interés superior del niño.

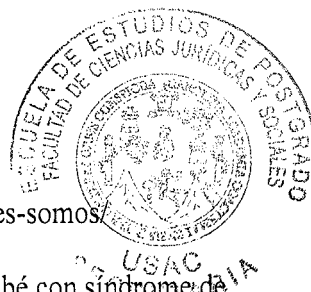
CONCLUSIONES



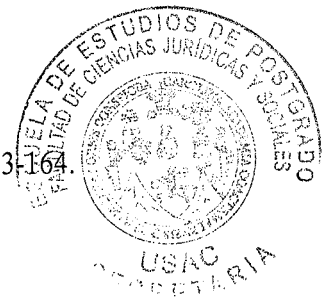
1. La presente investigación se propuso plantear la incidencia negativa del contrato civil de maternidad subrogada en el interés superior del niño, lo cual se hizo a través del estudio del contrato, sus elementos, sus requisitos y la descripción de la inviabilidad jurídica del mismo, en vista que el objeto siempre será ilícito por tratarse de la vida humana, la cual no es objeto de lícito comercio.
2. Se estableció que el interés superior del niño debe prevalecer sobre el principio de la autonomía de la voluntad, la cual protege intereses de adultos quienes, a través de sus propias consideraciones, regulan sus relaciones jurídicas.
3. La maternidad subrogada en Guatemala no está regulada, tampoco está taxativamente prohibida; empero, por la importancia de los bienes jurídicos tutelados, el contrato civil de alquiler de vientre, maternidad subrogada o gestación subrogada siempre afecta el interés y los derechos de los niños que nacen producto de él. la investigación procuró aclarar el tema de la incidencia que este contrato tiene en la vida de las personas ya que para los adultos existen consecuencias incluso de tipo penal, sin embargo, los niños son los que en primer lugar sufren las consecuencias de aquel convenio porque son separados de las personas que debían ser la familia que los debe proteger y cuidar.



BIBLIOGRAFÍA



- AEGES (s.f.). *Quiénes somos*. <http://aeges.es/quienes-somos/>: <http://aeges.es/quienes-somos/>
- Agencias (2016). La historia de Gammy. Alquilaron un vientre y rechazaron a un bebé con síndrome de Down. *Clarín*. https://www.clarin.com/sociedad/alquilaron-vientre-rechazaron-sindrome-down_0_Bktf1T95wmx.html
- Aguilar Guerra, O. V. (2007). *Derecho Civil. Parte General*. S. E.
- Aguilar Guerra, O. V. (2006). *El negocio jurídico*. S. E.
- Antinori, E. (2006). *Conceptos básicos del derecho*. Universidad del Aconcagua.
- Aparisi Miralles, A. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de bioética*, (93) 13-25 https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/maternidad+subrogada/p2/WW/vid/747565733/graphical_version
- Arellano García, C. (s.f). Las grandes divisiones del derecho. *Biblioteca de investigaciones jurídicas de la UNAM*. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art1.pdf>
- Arnau Moya, F. (2009). *Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos*. <https://ebookcentral.proquest.com>.
- Belloso Martín, N. (2015). Presupuestos teórico jurídicos de los contratos biojurídicos. *Persona y derecho*. (72). <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/viewFile/3676/7051>
- Bellver Capella, V. (2015). *La gestación por sustitución: aspectos éticos y jurídicos*. <https://proyectosocio.ucv.es/articulos-filosoficos/la-gestacion-por-sustitucion-aspectos-eticos-y-juridicos/>
- Bellver Capella, V. (2017). Tomarse en serio la maternidad altruista. *Cuadernos de Bioética*. 229-244.



Bergel, S. D. (2007). Bioética, cuerpo y mercado. *Revista Colombiana de Bioética*, 133-164.

Bialostosky, S. (2011). *Panorama del Derecho Romano*. Porrúa.

Bodenheimer, E. (2007). *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica .

Brañas, A. (2014). *Manual de Derecho Civil* . Editorial Estudiantil Fénix.

Brena, I. (s.f.). La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla? *Biblioteca de investigaciones jurídicas de la UNAM*. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/viewFile/8967/11017>

Casado, M. (2016). Bioética y Derechos Humanos: sobre la bioética como herramienta para la democracia. *Ius Et Veritas*, 172-180.

Cifuentes V. P. & Guerra, P. (2019). Gestación por sustitución o maternidad subrogada Chile y la legislación comparada. *Asesoría Técnica Parlamentaria*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27928/1/BCN_gestacion_por_sustitucion_o_maternidad_subrogada_DEFINIT.pdf

Cillero Bruñol, M. (1999). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 53.

Contreras López, R. (s.f.). Estructura del acto jurídico. *Biblioteca de investigaciones jurídicas de la UNAM*.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/7.pdf>

Contreras Ortiz, R. A. (2004). *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas URL.



Córdoba, J. E., & Sánchez Torres, J. C. (2000). *Fecundación humana asistida: aspectos jurídicos emergentes*. Alveroni Ediciones.

<https://ebookcentral.proquest.com/lib/umgsp/reader.action?docID=3219051&query=fecundaci%C3%B3n+humana+asistida>

De Azcárate, P. (1873). *Obras de Aristóteles I*. <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01.htm>

Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Civitas.

Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1989). *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos S.A.

García Maynez, E. (1971). *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa S.A.

García Maynez, E. (2011). *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Fontamara S.A.

Parlamento Europeo. (2015). *Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto*. http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.html?redirect

Labadie-Jackson, G. (2008). *The Reproductive Rights of Latinas and Commercial Subrogacy Contracts*. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph=&AN=35777978&lang=es&site=ehost-live>

Lacruz Berdejo, J. L., Luna Serrano, A., & Rivero Hernández, F. (1990). *Elementos del Derecho Civil I*. Editorial JMB S.A.

Lamm, E. (s.f.). *Gestación por Sustitución*. Universidad de Barcelona. http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

Lencioni, L. J. (2005). *Sexología y Tocoginecología Médico Legal*. Corpus.

León Hurtado, A. (1991). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Jurídica de Chile.

Lopez Aranda, I. (2016). *Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable?* Universidad de

Cantabria.

<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8933/Lopez%20Aranda%20I..pdf?sequence=4>

nce=4

López Contreras, R. E. (2017). *Curso derechos humanos*. Editorial MR.

López Contreras, R. E. (2012). Interés Superior del Niño: Definición y Contenido. *Sapere Aude*, 166.

Martínez Martínez, V. L. (2015). Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México. *Dikaion*.

24(2) 353-382 <http://www.redalyc.org/html/720/72045844007/>

Martínez S., H. (2018). Maternidad Subrogada. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 269-

284.

MATERGEST (s.f.). <https://matergest.com/>.

Mazeaud, L. (1953). *Los contratos sobre el cuerpo humano*.

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1953-10008100093

Méndez Baiges, V., & Silveira Gorski, H. C. (2007). *Bioética y Derecho*. Editorial UOC.

Molina Ramírez, N. (2013). La Bioética: sus principios y propósitos, para un mundo tecnocientífico,

multicultural y diverso. *Revista Colombiana de Bioética*, 18-37.

Montero, E. (2015). La maternidad de alquiler frente a la “summa divisio iuris” entre las personas y las

cosas. *Persona y derecho* (72) 223-236

<https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/3636/7052>

Morales, C. (2004). Personalidad, identidad y legitimación en el Derecho Notarial. *Biblioteca de*

investigaciones jurídicas de la UNAM. [https://revistas-](https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-mexicana-derecho/article/viewFile/14024/12513)

[colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-mexicana-derecho/article/viewFile/14024/12513](https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-mexicana-derecho/article/viewFile/14024/12513)



Naranjo, G. P. (s.f). Principios Generales del Bioderecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 125-151.

O'callaghan, X. (1997). *Compendio de Derecho Civil*. Editoriales de Derecho Reunidas.

Olano García, H. A. (2006). *Interpretación y Neoconstitucionalismo*. Porrúa S.A. de C.V.

Olmeda García, M. D. (2007). *Ética profesional en el ejercicio del derecho*. Miguel Ángel Porrúa.

Ortega Soriano, R. (2015). *Los Derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos*. (s.e.)

Pacheco G., M. (1990). *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile.

Padilla Lara, O. R. (2004). *El Negocio Jurídico*. (s.e.)

Pereira-Orozco, A., & Richter, M. E. (2007). *Derecho Constitucional*. De Pereira.

Pérez Fuentes, G. M. (1995). Bioética y derecho civil. *Cuadernos de Bioética*. (1)

<http://aebioética.org/revistas/1995/1/21/92.pdf>

Prado, G. (2007). *Derecho Constitucional*. Vázquez, Industria Litrográfica.

Recinos, J. D. (2015). *Los Derechos Sexuales y Reproductivos: Estandares del Sistema Interamericano de derechos humanos*. (s.e.)

Rogel Vide, C. (2016). *La violencia como vicio del consentimiento contractual*. Reus S.A.

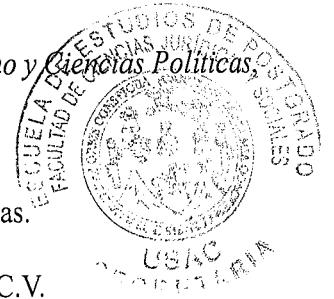
Rojina Villegas, R. (1979). *Compendio de Derecho Civil*. Porrúa S.A.

Rotondo de Cassinelli, M. T. (2017). Introducción a la Bioética. *Revista Uruguaya de Cardiología*, 240-247.

www.suc.org.uy/revista/V32N3/pdf/rcv32n3_rotondo-bioética.pdf

Russo, E. A. (2001). *derechos humanos y Garantías*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Satz, D. (2015). *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado*. Siglo veintiuno.



Solórzano, J. (2004). *La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Una aproximación a sus principios, derechos y garantías*. Ediciones Superiores S.A.

Soro Russell, O. (2016). *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. [Http://ebookcentral.proquest.com](http://ebookcentral.proquest.com).

Turcott Cardenas, A. (s.f.). *La Causa Interpretacion comparativa del derecho francés y español con el derecho mexicano en su origen*. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28636/25891>.

Valdés, E. (2015). Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación. *Boletín mexicano de derecho comparado* (144), 1197-1228.

Varela Fregoso, G. (1995). *Etica*. Publicaciones Tresguerras.

Vargas, M. L. (2003). *Derechos humanos: derechos sexuales y reproductivos*
http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/Milu_Vargas.pdf

Legislación:

Asamblea Nacional Constituyente. (1986). *Constitución Política de la República de Guatemala*.

Presidencia de la República de Guatemala. (1963). *Código Civil. Decreto Ley 106*.

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

Congreso de la República de Guatemala. (1973). *Código Penal. Decreto 17-73*.

Congreso de la República de Guatemala. (2007). *Ley de Adopciones. Decreto 77-2007*.

Consejo de Europa. (1997). *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. (Convenio de Oviedo)*



Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño.*

UNESCO. (1997). *Declaración Universal sobre Bioética y derechos humanos*

