

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



**EFFECTOS JURÍDICO LEGALES DERIVADOS DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN GUATEMALA**

DIANA IRIS MÉRIDA AGUILAR

GUATEMALA, Mayo 2021

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

**EFFECTOS JURÍDICO LEGALES DERIVADOS DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN GUATEMALA**



y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Mayo de 2021

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

DECANO:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez VOCAL I, 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:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Jaime Ernesto Hernández Zamora
Vocal:	Lic. Eddy Amed Azurdia Acuña
Secretario:	Lic. Danny Fernando Zelada Bran

Segunda Fase

Presidente:	Licda. Silvia Esperanza Fuentes López
Vocal:	Lic. Carlos Augusto Hernández López
Secretario:	Lic. Rubén Alfonso Trejo Martínez

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



USAC

TRICENTENARIA

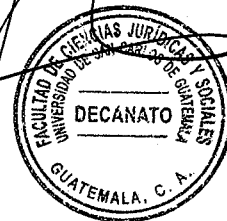
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, doce de abril de dos mil veintiuno.

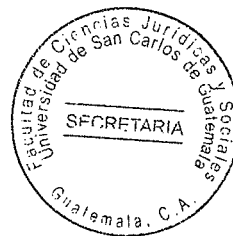
Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante DIANA IRIS MÉRIDA AGUILAR, titulado EFECTOS JURÍDICO LEGALES DERIVADOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

AJLR/JP.





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanato de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, seis de abril de dos mil veintiuno.

Se tiene a la vista la resolución de fecha veinticuatro de septiembre de dos mil veinte, emitida dentro del trabajo de tesis "EFECTOS JURÍDICOS LEGALES DERIVADOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN GUATEMALA.", de la estudiante **Diana Iris Mérida Aguilar**, carné número 201014780.

En virtud que el nombre correcto del trabajo de tesis es "EFECTOS JURÍDICO LEGALES DERIVADOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN GUATEMALA.", vuelva el trabajo de investigación a la Unidad de Asesoría de Tesis a fin de que se realice la corrección correspondiente, y dado que la resolución relacionada carece de la totalidad de las firmas correspondientes y por lo tanto no puede surtir efectos, emítase nueva resolución.

Artículos 82 y 83 de la Constitución Política de la República, artículos 22 y 24 literales a), d), g) y j) del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala (nacional y autónoma), artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

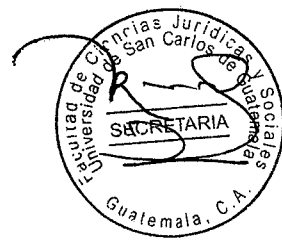
"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
Vocal I en sustitución del Decano

cc. Archivo





Guatemala 28 de enero del 2020.

Director
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



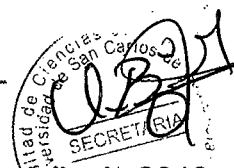
Estimado Director:

Respetuosamente a usted informo que procedí a revisar la tesis del bachiller **DIANA IRIS MÈRIDA AGUILAR**, la cual se titula **“EFECTOS JURÌDICO LEGALES DERIVADOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN GUATEMALA”**.

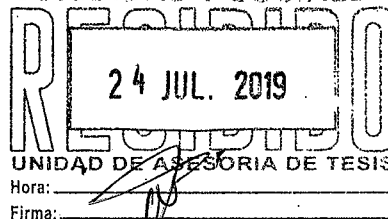
Le recomendé al bachiller algunos cambios en la forma, estilo, gramática y redacción de la tesis, por lo que habiendo cumplido con los mismos emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se le otorgue la correspondiente orden de impresión.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Lic. Ingrid Beatriz Vides Guzmán
Consejero Docente de Redacción y Estilo



Guatemala, 08 de julio de 2019.
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

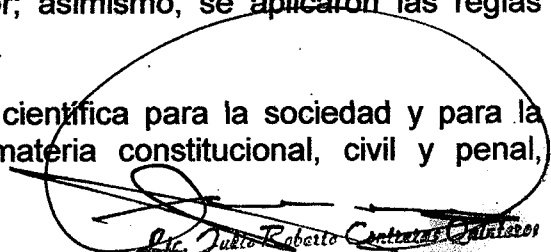


Licenciado Roberto Fredy Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Apreciable Licenciado:

Respetuosamente a usted informo sobre mi nombramiento como asesor de tesis de la estudiante: **DIANA IRIS MÉRIDA AGUILAR**, el cual se intitula: **"REGULACIÓN Y NORMATIVA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, CON EL OBJETO DE GESTAR Y DAR A LUZ UN NIÑO QUE VA A SER CRIADO POR OTROS COMO SI FUERAN SUS PADRES Y SUS CONSECUENCIAS LEGALES"** Declarando expresamente que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley; por lo que me complace manifestarle lo siguiente:

- I. Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales, culturales y sociales importantes y de actualidad; ya que trata sobre el campo del derecho civil, con injerencias en el derecho constitucional propiamente, tomando como base los derechos propios de cada sujeto dentro de la sociedad, dentro del proceso de inclusión de las normas y las repercusiones legales cuando se violan estos derechos; para el aspecto doctrinario en lo que respecta a la sociedad, así como el ámbito legal cuando se hace referencia a los principios rectores de la protección del Estado hacia la familia y su inclusión en la protección de los derechos resguardados por la Constitución Política de la República de Guatemala y de los derechos que tienen las mujeres, logrados a través de años de lucha.
- II. Los métodos utilizados en la investigación, fueron el analítico, inductivo, deductivo y sintético; mediante los cuales la estudiante no sólo logro comprobar la hipótesis, sino que también analizó y expuso detalladamente lo relativo a la los efectos jurídicos derivados de la práctica de la maternidad subrogada en Guatemala y su falta de regulación. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia relacionado al tema de investigación jurídica.
- III. La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, ya que la estudiante utilizó un lenguaje técnico y comprensible para el lector; asimismo, se aplicaron las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- IV. El informe final de tesis, es una contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca principalmente en materia constitucional, civil y penal,


Lic. Roberto Contreras Quinteros
ABOGADO Y NOTARIO



puesto que es un tema muy importante que no ha sido investigado a fondo y aun no se le ha integrado en nuestro ordenamiento legal, lo que permitiría resolver muchos problemas de esta índole, brindándole eficacia, certeza y seguridad jurídica a los actores que se manifiestan dentro de la maternidad subrogada. En todo caso puede servir como material de consulta para futuras investigaciones.

- V. En la conclusión discursiva, la estudiante expone sus puntos de vista sobre la problemática y a la vez manifiesta que es importante determinar las repercusiones legales y sociales de regular este tipo de prácticas, inclusive detalla de forma clara su prohibición debido a la normativa legal vigente en nuestro país.
- VI. La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como extranjeros.
- VII. La bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice, realizando las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema; así mismo, a mi parecer fue necesario hacer cambios en el tema, quedando de la siguiente manera: **"EFECTOS JURÍDICO LEGALES DERIVADOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN GUATEMALA"**, realizando con ello, cambios en el bosquejo preliminar de temas para un mejor análisis de las instituciones jurídicas que se abordaron, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

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

Atentamente,

Lic. Julio Roberto Contreras Quinteros
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Julio Roberto Contreras Quinteros
Asesor de Tesis
Colegiado 2493



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 20 de mayo de 2019.

Atentamente pase al (a) Profesional, JULIO ROBERTO CONTRERAS QUINTEROS
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
DIANA IRIS MÉRIDA AGUILAR, con carné 201014780,
 titulado REGULARIZACIÓN Y NORMATIVA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, CON EL OBJETO DE GESTAR
 Y DAR A LUZ UN NIÑO QUE VA A SER CRIADO POR OTROS COMO SI FUERAN SUS PADRES Y SUS
 CONSECUENCIAS LEGALES.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

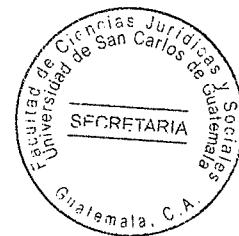
LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTINEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 16 / Vll / 2019.- f)

Lic. Julio Roberto Contreras Quinteros
ABOGADO Y NOTARIO
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)





DEDICATORIA

A DIOS:

Mi ayuda y fiel amigo, que con sus bendiciones me ha permitido culminar otra etapa de mi vida.

A MIS PADRES Y ABUELOS:

Nelson Antonio Mérida Hernández que con su paciencia, dedicación y esfuerzo me enseñó el camino hacia el éxito, a quien agradezco por estar todo el tiempo a mi lado.

Iris Amadilla Aguilar Maldonado que está en el cielo y que me enseñó a ser una mujer fuerte desde pequeña y a quién también le dedico este logro.

A MIS HERMANOS:

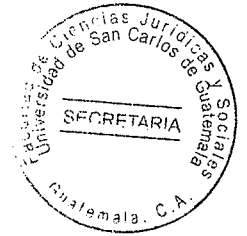
Darwin Antonio, José Daniel, Diego Eduardo y Danilo Javier, por el apoyo incondicional que me han brindado en todas las etapas de mi vida, siendo parte importante para lograr lo hoy alcanzado.

A MIS SOBRINOS:

Emilio José, Fátima Daniela, Camila Fernanda, Ian Javier, Natalia de los Ángeles, Samuel Alejandro y José Rafael, a quienes se los dedico con todo el amor del mundo y que esto sea de ejemplo para su vida profesional.

A MI FAMILIA

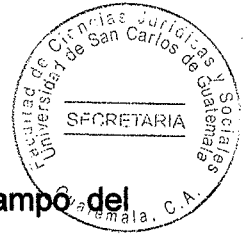
Por su apoyo incondicional en todo momento, pero muy especial a mis primas que siempre han apoyado.



A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, por los años que me permitió estudiar en tan honrosa casa de estudios y alcanzar mis metas.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por darme la oportunidad de adquirir los conocimientos necesarios para mi formación profesional.

PRESENTACIÓN

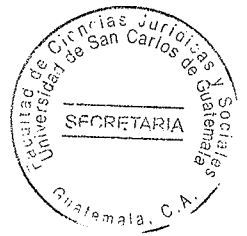


El desarrollo de esta investigación es de carácter cualitativo, dentro del campo del derecho constitucional y por supuesto con diferentes repercusiones en el derecho civil y mercantil, ya que pretende establecer los efectos jurídicos legales derivados de la subrogación maternal en Guatemala, lo que actualmente se ha dado en nuestra sociedad de manera contractual atípica, no solo por la falta de regulación sobre el mismo, sino debido a la sociedad conservadora y a las leyes que protegen al individuo.

El objeto de estudio es la inclusión de este tipo de contratos en nuestra sociedad como bajo una forma atípica que violenta la legislación vigente, siendo el sujeto de estudio las causas que le dan origen a este tipo de contratación, así como el nuevo ser objeto de la relación contractual, ya que se pretende fundar la petición de su regulación sobre la creencia que servirá para evitar la separación de los matrimonios sin hijos. Pese a que la Constitución Política de la República de Guatemala regula en su Artículo 54 la adopción, siendo una medida oportuna para las parejas infértiles, para optar a tener hijos, no resta importancia la inclinación a parejas comitentes, por vínculos de sangre.

El período en el cual se realizó esta investigación es del 20 de enero de 2018, al 20 de junio de 2019, tiempo en el que se verificaron regulaciones de otros países en cuanto al tema y causas que motivan este tipo de prácticas en la sociedad, siendo la misma un aporte significativo para poder regular dicha contratación o bien, prohibirla en nuestra legislación.

HIPÓTESIS



La hipótesis planteada en la realización de esta investigación jurídica fue la siguiente: el Estado de Guatemala se encuentra limitado en cuanto al desconocimiento del contrato de subrogación maternal, lo que le impide crear herramientas o mecanismos para su regulación debido a la poca discusión que ello ha conllevado en el Congreso de la República de Guatemala, inclusive se ha llegado al punto de evitar tocar el tema, para no entrar en discusión con determinado grupo de la población y como tal, no solo se ha evitado su regulación, sino que también, no se ha prohibido, lo que genera falta de seguridad y certeza jurídica en este tipo de práctica para las mujeres que ven en ello, una oportunidad de agenciarse de ganancias para su subsistencia.

En cuanto a la hipótesis, para la realización del presente estudio jurídico, propiamente radicó en conocer cuáles son los efectos y las causas que ocasionan que se de este tipo de contratos en nuestro país, llegando al punto de vulnerar los derechos del propio ser humano en nuestra sociedad, causando daños, no solo a la sociedad sino a la misma mujer que se ve utilizada y obligada a apartarse de su hijo al momento de nacer.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Al concluir el presente estudio, se logró comprobar la hipótesis planteada, utilizando el método deductivo, que se aplicó posterior al análisis e interpretación de la información, exponiendo las causas y efectos que generan este tipo de contratos, que no están regulados y que al mantener una condición atípica generan falta de seguridad jurídica y certeza jurídica para los contratantes.

Como resultado, el Estado de Guatemala no ha discutido la problemática a profundidad, llegando al extremo de evitar tocar el tema, viéndose necesaria estudio y el análisis de la problemática que esto genera, debido a la vulneración a la normativa legal vigente, que esto representa, ya que se al no regularse o prohibirse aumenta o permite se violenten derechos fundamentales del ser humano.

ÍNDICE



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

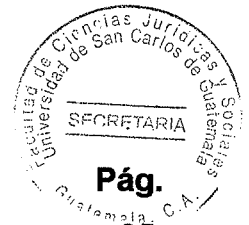
CAPÍTULO I

1. La familia	1
1.1. Antecedentes de la familia	2
1.2. Definición de familia	7
1.3. Derecho de familia.....	8
1.4. Procesos en materia de familia	9
1.4.1. Clasificación de los procesos que conoce familia	9
1.5. Parentesco	11
1.5.1. Parentesco por consanguinidad.....	12
1.5.2. Parentesco por afinidad	12
1.5.3. Parentesco civil	13
1.6. Matrimonio.....	13
1.7. Unión de hecho	14

CAPÍTULO II

2. Métodos de planificación, paternidad y maternidad responsable	17
2.1. Métodos de planificación	20
2.1.1. Tipos de métodos.....	20
2.2. Paternidad y maternidad responsable.....	24
2.2.1. Influencia de las industrias farmacéuticas	28
2.3. La adopción como alternativa ante el aborto.....	29
2.4. Niñez víctima o abandonada como consecuencia de un hogar desintegrado.....	29
2.5. Maternidad subrogada frente a la posición religiosa guatemalteca.....	30

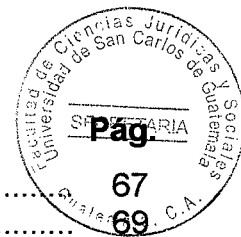
CAPÍTULO III



3. Contratos civiles y maternidad subrogada.....	35
3.1. Tipos de contratos	37
3.1.1. Consensuales	37
3.1.2. Reales.....	38
3.1.3. Formales.....	39
3.2. Maternidad subrogada.....	41
3.3. Motivos de la subrogación.....	42
3.3.1. Lucrativa.....	42
3.3.2. Altruista.....	43
3.4. Sujetos intervinientes	44
3.4.1. Comitentes.....	44
3.4.2. Gestante subrogada.....	45
3.4.3. El profesional	45
3.4.4. El nuevo ser	46

CAPÍTULO IV

4. Efectos jurídicos legales derivados de la maternidad subrogada en Guatemala...	49
4.1. Derecho objetivo y subjetivo.....	50
4.2. Derecho público o derecho privado.....	51
4.3. Ámbito de aplicación en el derecho civil guatemalteco	51
4.4. Derecho de familia.....	52
4.5. Maternidad subrogada como alternativa para evitar la disolución matrimonial.....	54
4.6. Posición legal del Estado de Guatemala frente a la comunidad internacional	56
4.7. Repercusiones legales en la aceptación de este tipo de relación contractual	59



CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....

BIBLIOGRAFÍA.....

INTRODUCCIÓN



Para el Estado de Guatemala, el no contar con las herramientas o los recursos adecuados para contrarrestar aquellos problemas derivados de la evolución de las mismas sociedades, como en el caso de la subrogación maternal, que implica no solo el desconocimiento de la misma y los efectos legales que implica en una sociedad como la nuestra, encontrándose los legisladores en una encrucijada al no saber si legislar a favor o en contra de este tipo de prácticas contractuales, lo cual hace ver la legalidad como un reto inalcanzable para la misma sociedad.

En ese sentido, el Estado ha contado con normativa que puede adecuarse a este tipo de contratación y que puede llegar a analizar, para poder tener una idea más clara de lo que se pretende y sus alcances, la base la constituyen los Artículos 1, 2, 44, 47 y 49 de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptos que han sido recogidos por el Decreto Ley 106 al reconocer los derechos del nuevo ser desde su nacimiento, acciones que no solo han sido aceptadas por nuestra legislación, sino que al tenor de los convenios aceptados y ratificados por Guatemala prohíben toda forma de esclavitud.

El objetivo general de esta investigación fue determinar los efectos jurídicos legales derivados de la maternidad subrogada en Guatemala, haciendo uso de este tipo de contratación, que al no estar regulado representa un contrato atípico, que vulnera diversos derechos tanto para la madre como para el nuevo ser, precisando sobre la actual situación jurídica de los sujetos involucrados, ante la problemática existente, lo cual se alcanzó por medio de la metodología empleada.

En la presente investigación se logró comprobar la hipótesis planteada, utilizando el método de comprobación deductivo, que se aplicó posterior al análisis e interpretación de la información, exponiendo las causas y efectos que generan los efectos jurídico legales nacidos en este tipo de contratación y su incursión en el campo social actual, donde su uso no solo responde a intereses comerciales sino a empresas que se



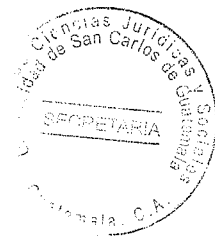
dedican al negocio de la salud, como el caso de las farmacéuticas, ya que el Estado de Guatemala, no cuenta aún con mecanismo de control adecuados para este tipo de problemas.

Esta investigación jurídica, se divide en cuatro capítulos los que a continuación se describen brevemente: el capítulo uno que abarca desde la familia, su definición, derechos, procesos en materia de familia, clasificación, parentesco, matrimonio y la unión de hecho; el capítulo dos, referido a los métodos de planificación, paternidad y maternidad responsable, la adopción como alternativa ante el aborto, la niñez víctima o abandonada como consecuencia de un hogar desintegrado y la maternidad subrogada frente a la posición religiosa guatemalteca; en el capítulo tres, tratando el tema en particular de los contratos civiles y la maternidad subrogada, tipos, contratos consensuales, reales y formales, motivos de la subrogación, lucrativa y altruista y los sujetos intervinientes en dicha relación contractual; y en el capítulo cuatro, se analizan los efectos jurídicos legales derivados de la maternidad subrogada en Guatemala, el derecho objetivo y subjetivo, el campo del derecho público y el derecho privado, el ámbito de aplicación en el derecho civil guatemalteco, derecho de familia, la maternidad subrogada y la posición legal del Estado de Guatemala frente a la comunidad internacional.

Los métodos utilizados fueron: el analítico que permitió tomar el problema planteado con la finalidad de estudiar cada una de las partes por separado hasta llegar a la esencia que lo provoca; el deductivo, partiendo de lo general hacia lo particular con la dinámica que permitirá focalizar las causas del problema. En ese sentido, se hará uso de las herramientas metodológicas enunciadas que proveerán el carácter científico de la investigación a fin de lograr la concreción de los objetivos planteados, así como el aporte académico.

En conclusión, esta investigación es una herramienta de estudio que proveerá los conocimientos necesarios para entender este tipo de contratación, a fin de poder determinar las causas y sus efectos legales en nuestra sociedad.

CAPÍTULO I



1. La familia

Tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 47: "el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas de decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos."; obligatoriedad del Estado cimentada sobre la base de la familia, como génesis primaria y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad tal como se consagra en la propia carta magna.

Sin embargo, pese a dicha conceptualización garantista en pro de la familia, los problemas sociales, tales como falta de salud, educación, alimentación, seguridad, conllevan a la falta de protección del Estado y que tal situación esté plasmada únicamente en ley. Frente a ello, se prevé que con el matrimonio ha de surgir una familia como producto de la relación de hombre y mujer, presupuesto que ha de cumplirse de manera natural, pero si tal acontecimiento no se da, la legislación permite la adopción de la niñez abandonada o víctima, a efecto de darle abrigo y protección por parte de padres que no han podido tener hijos, pero que pueden darle lo necesario para su desarrollo. Con lo anterior, se estaría cumpliendo la protección a la familia por parte del Estado, ya que no se le impide a los cónyuges puedan formar una familia a través de esta forma.



Lo anterior, presupone que de llevarse a cabo la adopción por padres imposibilitados naturalmente para tener hijos, estos puedan formar una familia, sin embargo, se olvida el hecho de madres que resultan embarazadas ya sea producto de una violación o de un embarazo irresponsable, que conlleva a la madre a no desear tener a los hijos y que puede tener la posibilidad de darlos en adopción.

Por otro lado, surge en nuestra sociedad, madres que son muy fértiles, frente a familias numerosas y que pueden correr el riesgo de no tener como darles lo indispensable a sus hijos, frente a matrimonios donde la madre no puede tener hijos y que desean formar una familia, lo cual origina el deseo del matrimonio a través de la fecundación in vitro, a través de la utilización del vientre de una madre fértil o que pueda gestar al nuevo ser, para luego ser reconocido no por la madre que lo parió sino por el matrimonio donde la madre no podría concebir.

Tal situación, puede darse por parte de madres que deseen alquilar o rentar su vientre ya sea por intención de lucro o bien por situación altruista para ayudar al matrimonio a formar una familia.

1.1. Antecedentes históricos

La historia de las madres sustitutas según refieren algunas fuentes data del año 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de localidad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, a cambio de una remuneración por este servicio que según consideraba se le



iba a prestar. Con posterioridad surgen diferentes grupos dedicados a contactar a madres que deseen prestar o alquilar su vientre frente a parejas interesadas, lo cual ocasionó conflictos y un continuo debate social.

“Uno de los casos más resonantes fue el denominado Baby M ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whitehead la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebé, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de US\$10.000. El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora además, dueña del ovulo se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que derivarían. Así mismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé.”¹

Como puede evidenciarse, desde antes, ya se ocasionaba cierta conflictividad en este tipo de contratación, de ello deviene la crítica de organizaciones religiosas que refieren que aunque se utilice el vientre una madre para gestar un nuevo ser, aunque se dé al nacer a la pareja que pague por ello y que se intente privar al niño del cariño de la

¹ Guitron Fuentesvilla, Julián. **Derecho familiar**. Pág. 73

madre que lo concibe, la pareja no podrá dar por sentado que el niño es hijo de ellos, pese a ser reconocido legalmente, puesto que tal fecundación requirió del espermatozoides del varón y del ovulo de la madre gestante, mas no de la mujer de la pareja, por tal motivo, nunca será totalmente hijo de la pareja infértil.



En otro sentido, el nuevo ser entraña cariño por parte de la madre y si se le niega ese derecho, desde ya se estaría violentando su propia personalidad. Manifiestan dichas organizaciones religiosas que tales muestras sentimentales, solo pueden ser otorgadas por la propia madre y no por madre sustituta, ya que ello deviene implícito en la misma naturaleza de la mujer al ser madre, por lo que, al contratar o pactar una situación como éstas, la madre nunca estará enterada de lo que conlleva desprenderse del hijo concebido pese a ser por medio de fecundación in vitro y lo que podría resultar fácil, resulta siendo complicado.

Cabe mencionar, que el presupuesto anterior, entraña que si se permitiere en nuestro país, tal como lo marca la historia, podría concebirse al ser humano como una mercancía, puesto que tal contrato no podría tener las características atípicas civiles ni mercantiles, ya que se trata del propio ser humano y forzaría necesariamente a crear una regulación legal, lo que conllevaría a una discusión de la necesidad de la pareja infértil frente a los postulados de la propia Constitución Política de la República de Guatemala, inclusive si se analizan los convenios aceptados y ratificados por el propio Estado, situación que traería aparejada la concepción del valor mismo de la persona.



Regresando al caso anterior, “El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podrían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.”²

Tal situación conlleva analizar el hecho de la naturaleza de la madre, puesto que si el concepto es generado por la concepción de un nuevo ser, o bien por el cuidado del mismo; en consecuencia, si el hecho fuere generado de la primera situación, entonces no se podría separar al producto de la concepción de la madre natural, porque deben imperar más los principios naturales de la madre frente a la situación económica que posea, ahora bien, si la condición de madre fuese generada por lo segundo, entonces, no tendría caso hablar de madre si se entiende que solo se hará uso del vientre mas no del amor de ella, dado que tales sentimientos serán proporcionados por la pareja que pague por ese servicio.

“En 1982, en Francia el doctor Sacha fundo el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer

² *Ibíd.* Pág. 74



gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad.”³ Lo cual podría ser un aporte muy importante en Guatemala, si llegara a darse la normativa legal para ello, porque podría fundarse un centro de investigación para muchas parejas que tengan este tipo de inquietud para tener hijos.

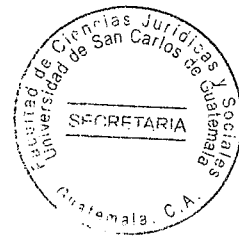
La historia también refiere que “En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.0000 libras.”⁴ Un funcionario del servicio social gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permanecería bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de menores se expidiera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

“En Australia acaeció un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar el niño a la pareja solicitante. A raíz de este caso en el Estado de Victoria se aprobó una ley que prohíbe a los donantes de espermatozoides u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad.”⁵ Ante tal situación, la ley se ve impelida a otorgar de forma definitiva la custodia del nuevo ser a la pareja contratante, subrogando de esta forma la voluntad contractual frente al mismo hecho de ser madre, lo que de acuerdo a la discusión anterior, requiere de varias premisas y ante ello, debe sujetarse la sociedad.

³ **Ibíd.** Pág. 73

⁴ Blázquez Fernández O. P., Niceto. **La bioética y los hijos del futuro.** Pág. 83

⁵ **Ibíd.** Pág. 83



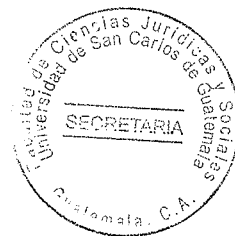
1.2. Definición de familia

“Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados. Con predominio de lo afectivo o de lo hogareño, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica, por familia se entiende, como dice la Academia, la “gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella”. Los hijos o la prole. Grupo o conjunto de individuos con alguna circunstancia importante común, profesional, ideológica o de otra índole.”⁶

Nuestra legislación no nos brinda una definición específica de familia, sin embargo puede decirse que es la Institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. Es decir, una familia nace como producto de la unión de un hombre y una mujer por medio del matrimonio y de la unión de hecho con el fin de procrear, cuidar, alimentar y darles los cuidados necesarios a los hijos.

En tal sentido, el termino, para el caso de nuestra legislación y lo que nos atañe como producto de esta investigación, debe contemplarse como la relación existente entre padre, madre e hijos, ya sea producto de un evento natural de concepción por parte de los cónyuges o bien a través de la adopción cuando la pareja fuere infértil o bien teniendo hijos, deseen adoptar.

⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Pág. 135.



1.3. Derecho de familia

Según el Centro de Información, Desarrollo y Estadística Judicial, “El derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que constituyen la familia entre sí y respecto de terceros.”

La legislación guatemalteca no contempla un código de familia como tal, en ese sentido, el Decreto Ley 106, Código Civil contempla las relaciones entre cónyuges y entre padres e hijos. Dentro de este cuerpo legal se encuentra el derecho de familia en el libro I de las personas y de la familia, título I de las personas y título II de la familia.

En cuanto al respaldo legal en el derecho de familia, existen varias herramientas legales como es la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley número 206, emitido por el jefe de gobierno de la república, Enríque Peralta Azurdia. De igual manera le son aplicables supletoriamente a la organización, funcionamiento y procedimiento de los Tribunales de Familia, siempre y cuando no contraríen lo dispuesto en el Decreto Ley número 206, las normas jurídicas reguladas en la Ley del Organismo Judicial Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala y del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley número 107.

Tal como se señaló con anterioridad, las dos instituciones fundamentales del derecho de familia son el matrimonio y la filiación. Además, los cuerpos normativos dedicados al



derecho de familia se preocupan de la situación de las personas sujetas a la autoridad de otro. Cabe mencionar, respecto a la institución denominada matrimonio la definición legal contenida en el Artículo 78 del Código Civil: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

De igual forma, siguiendo una definición doctrinaria el matrimonio es “Aquel contrato solemne celebrado ante las autoridades del Estado, por virtud del cual el hombre y la mujer se unen para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos. Se funda en la igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges.”⁷

1.4. Procesos en materia de familia

Según Eduardo Couture proceso es “la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión.”

1.4.1. Clasificación de los procesos que conoce familia

A) Por su función

Estos pueden ser, cautelares, de conocimiento y de ejecución.

⁷ www.oj.gob.gt/estadisticafamilia/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=1 (consultado: 10/06/2019)



Cautelares: Cuando su finalidad es garantizar los resultados de un proceso futuro, aunque la ley no les reconoce la calidad de proceso, más bien, se habla de providencias o medidas cautelares.

De conocimiento: También llamados de cognición, regulados en el libro segundo del Código Procesal Civil y Mercantil, estos pretenden la declaración de un hecho controvertido, pudiendo ser, constitutivo, declarativo, de condena. Los procesos de conocimiento en materia de familia, como por ejemplo la filiación, el divorcio cuando se solicita por causal determinada mediante el juicio ordinario, mientras que en el juicio oral se resuelven aquellas controversias relativas a alimentos, etc.

De ejecución: El fin de esta clase de proceso es, que mediante el requerimiento judicial, el cumplimiento de un derecho previamente establecido, la satisfacción de una pretensión incumplida y para cumplimiento forzado de pretensiones preestablecidas. Este tipo de procesos están regulados en el libro tercero del Código Procesal Civil y Mercantil.

B) Por su estructura

Encontramos procesos contenciosos y procesos voluntarios, según exista o no litigio. Medidas de seguridad. Los anteriores son atendidos por los órganos de justicia en nuestro país, los segundos por su parte, como el caso de los asuntos en jurisdicción voluntaria, de acuerdo al principio de ámbito de aplicación de la ley y



opción al trámite, queda a facultad del requirente, quien decide si llevarlos ante juez o bien ante notario.

1.5. Parentesco

El Código Civil en el Artículo 190 establece que: “La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nade de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado. Los cónyuges son parientes, pero no forman grado.” Sin embargo, no proporciona una definición clara sobre el concepto.

“PARENTESCO. Relación recíproca entre las personas, proveniente de la consanguinidad, afinidad, adopción o la administración de algunos sacramentos.”⁸

Pese a no contar con una definición precisa sobre parentesco, al unir las características legales y la doctrina, se puede entrever que es el vínculo que une a los parientes entre sí y los cuales son reconocidos legalmente.

Antes de definir los tipos de parentesco, la ley preceptúa dos situaciones sobre todo en el caso de la sucesión, para poder responder a la problemática que se suscite en cuanto al tipo de derechos que de ello puedan emanar, por lo que es necesario saber que ese vínculo que une a las personas entre sí, denominándolas parientes, ya sea entre padres e hijos, hermanos, primos, tíos, abuelos, debe definirse a través de grados

⁸ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 232.



y líneas; entendiéndose que cada generación en una familia constituye grado y la serie de estos procedentes de un ascendiente común forman la línea, tal como lo establecen los Artículos 193 y 194 del Código Civil.

1.5.1. Parentesco por consanguinidad

Este existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, es decir, de una misma fuente en común. No puede subsistir este parentesco, si los padres fueren distintos de aquellos que alegan tal vínculo, debido a que este puede alegarse o refutarse por el derecho de sangre, es decir, los concebidos por los mismos padres de forma natural, reconocido este dentro del cuarto grado, según lo establece el Decreto Ley 106, en el Artículo 190.

1.5.2. Parentesco por afinidad

Este es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos. Cabe recordar, que la ley designa como parientes a cada uno de ellos, sin embargo, no reconoce grado entre ellos aunque exista un lazo familiar por medio del matrimonio, reconocido éste dentro del segundo grado, de conformidad con la ley.

Tanto el parentesco por consanguinidad como el de afinidad, se computan del mismo modo, sin embargo, el de consanguinidad no termina por la disolución del matrimonio, mientras que el de afinidad sí, creando una diferencia marcada en cuanto a derechos



puedan relacionarse, sobre todo si se atiende al caso de derechos hereditarios, como suele suceder en la legislación guatemalteca, lo que ha implicado que estén reguladas diferentes situaciones dentro del Decreto Ley 106, y que sugieren resoluciones dentro de los conflictos ocasionados.

1.5.3. Parentesco civil

Pese a que el Decreto Ley 106, no le concede un Artículo específico, si señala que es el vínculo que nace entre el adoptante y el adoptado, producto de la figura de la adopción. Para tal evento, la legislación guatemalteca a través del Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Adopciones, regula lo relativo a este tipo de situaciones, impregnando de certeza jurídica tal evento y funcionando como una herramienta para evitar las adopciones ilegales.

1.6. Matrimonio

La Constitución Política de la República de Guatemala, no proporciona una definición de matrimonio, indicándonos únicamente quienes podrán autorizarlo, siendo el caso de los alcaldes, concejales, notarios en el ejercicio y ministros de cultos facultados por ley; es entonces, el Código Civil quien otorga tal situación y complementa tal definición, según queda establecido en el Artículo 78 de dicho cuerpo legal "El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de



permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

Lo anterior y en base a la misma normativa en el Artículo 79, dicha institución se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, esto atendiendo al cuidado de los hijos en cuanto a salud, educación, vestido, alimentación, etc. Inclusive si se tuviera que atender al cuidado de un cónyuge por el otro si este estuviere imposibilitado, esto atendiendo a que derivan situaciones en que uno de los dos pueda enfermarse o sufrir una eventualidad que lo limite físicamente y por ende, no pueda valerse por sí mismo, o se vea imposibilitado para trabajar; en tal sentido, corresponde al otro cónyuge la asistencia o tal como lo establece la ley, el auxilio correspondiente.

La misma suerte, corre la obligación de prestar alimentos, puesto que la carga la tienen ambos cónyuges y si uno estuviere imposibilitado debe responder el otro; esto es reconocido de igual forma por los jueces de familia, al reconocer el derecho de alimentos en la representación que tenga uno de los cónyuges en caso de separación, puesto que el otro debe de proporcionarle lo indispensable para el cuidado de los hijos, no importando si es el hombre o la mujer, ello atendiendo a que la obligación nace para los dos padres.

1.7. Unión de hecho

De igual forma la carta magna no establece una definición concreta de lo que es la unión de hecho, pero si la reconoce en el Artículo 48. Lo mismo sucede en el caso del

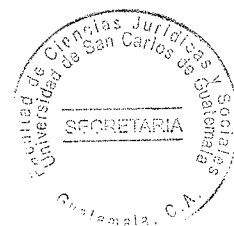


Código Civil, que establece: “La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco.”

La conceptualización anterior, permite definir a ésta como, la unión entre un hombre y una mujer con el ánimo de formar un hogar y hacer vida en común, procreando a sus hijos, alimentándolos, educándolos y con el deber de prestarse auxilio entre sí. Lo anterior, presupone las mismas cargas que el matrimonio, derechos y obligaciones.



CAPÍTULO II



2. Métodos de planificación, paternidad y maternidad responsable

Previo a ahondar sobre este tema, es preciso hacer mención sobre lo siguiente: “El matrimonio es considerado en la legislación guatemalteca como una institución social, protegido especialmente porque a partir de él se establece la familia y de ésta, el Estado. Cuando la persona se integra a la institución del matrimonio, la autonomía de la voluntad opera como elemento esencial en su máxima expresión de libertad y siendo el legislador quien crea las normas, lo hace en protección de valores superiores en favor de la familia, los menores, la paternidad y la maternidad responsable. En el matrimonio hay un papel para cada uno de los cónyuges, el que determina el Estado dentro de los valores tradicionales guatemaltecos y la diversidad de excepciones, costumbres y creencias nacionales en relación con el matrimonio. El Estado no ha regulado la institución con normas precisas para que den certeza y seguridad jurídica a cada uno de los cónyuges. La Constitución, al proteger social, económica y jurídicamente a la familia mediante la organización legal del matrimonio, remite a la legislación el establecimiento de las normas que lo regulan...”⁹

Si bien es cierto, la ley no regula que métodos de planificación familiar pueden ser utilizados, sin embargo, el actual Código de Salud, Decreto número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 9 establece que: “El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social debe formular, organizar y dirigir la ejecución de las

⁹ Castillo Gonzalez, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Pág. 165



políticas, planes, programas y proyectos para la entrega de servicios de salud a la población.”

Atendiendo a lo ya expresado, el Artículo 47 constitucional al establecer el derecho de las personas de decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos, desde ya permite la utilización de métodos de planificación familiar, circunstancias que fueron tomadas en cuenta en la Ley de Desarrollo Social, Decreto número 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala, en los Artículos 25 y 26, al contemplar la implementación de un programa para que las personas puedan disfrutar de una vida sexual plena, responsable y con libertad para elegir el número de hijos y decidir el momento y frecuencia de los embarazos.

Tal situación antes analizada, debe garantizar el abastecimiento de métodos de alta calidad para el espaciamiento de embarazos en todos los servicios públicos de salud, incluyendo al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y organizaciones privadas que trabajen con servicios básicos de salud para la población.

Lo anterior, derivó en consideraciones tomadas en cuenta por la legislación guatemalteca y recogidas en la creación de la Ley de Acceso Universal y Equitativo de Servicios de Planificación Familiar y su Integración en el Programa Nacional de Salud Reproductiva, Decreto número 87-2005 del Congreso de la República de Guatemala, el cual contempla como objeto el “asegurar el acceso de la población a los servicios de planificación familiar, que conlleve la información, consejería, educación sobre salud



sexual y reproductiva a las personas y provisión de métodos de planificación familiar. Además de establecer mecanismos dirigidos a la consecución de nuevas fuentes de financiamiento local, reduciendo la dependencia histórica de los servicios de planificación familiar de donantes internacionales.”

La anterior ley, conlleva también la atención integral en otros componentes del Programa de Salud Reproductiva, como por ejemplo el servicio en el área prenatal, post parto y puerperio, detección de cáncer cérvico uterino y de mama, así como pruebas para enfermedades de transmisión sexual y prevención de la osteoporosis.

Como puede evidenciarse, en Guatemala, el marco legal para garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas es amplio, puesto que se han suscrito numerosos acuerdos, tratados y convenios internacionales, sin embargo, prevalece aún en algunos sectores, la duda sobre los alcances de la legislación adoptada, sobre todo en cuanto a su viabilidad institucional, financiera y política.

En la actualidad, resulta siendo un discurso que no se lleva a la práctica, puesto que el planificar en pareja el número de hijos a tener, así como la lucha gubernamental en prevenir los embarazos no deseados en niñas y adolescentes, resulta ser una labor titánica ya que no se está facilitando el acceso a los métodos anticonceptivos o programas de orientación y planificación familiar, a ello se suma, la falta de educación que viven muchas familias guatemaltecas de escasos recursos que viven en zonas rurales y que el acceso a la educación resulta difícil.

“Actualmente los métodos de planificación familiar están solo al alcance de las personas con mayores recursos económicos. En cambio, cuando se habla del área rural, estos servicios no existen porque no llega la información a toda la población, en particular a los niños y jóvenes en edad escolar.”¹⁰

Aunado a lo anterior, la prevalencia aún de la cultura machista arraigada en nuestra sociedad, principalmente en las áreas rurales, crea una barrera que impide a las mujeres utilizar o decidirse por un método anticonceptivo, considerándose estos como una herramienta de infidelidad en sus parejas, faltas a la moral o inclusive al matrimonio, dejando de lado los beneficios para la salud de la mujer y la vida de ellas.

2.1. Métodos de planificación

En Guatemala, la cultura machista en las áreas rurales, ha permitido que los hombres decidan que es bueno y malo para su pareja, no permitiendo la utilización de métodos anticonceptivos, no dejando de lado algunos grupos religiosos que los desapruaban y por el contrario le apuestan únicamente a los métodos naturales de planificación.

2.1.1. Tipos de métodos

“Cuando se habla de anticoncepción o contracepción nos referimos al conjunto de medios, ya sean actitudes o métodos, que permiten evitar, un embarazo no deseado.

¹⁰ <https://lahora.gt/hemeroteca-lh/planificacion-familiar-y-salud-sexual-tabu-en-la-sociedad-guatemalteca/> (consultado el 02/06/2019)



La llamada anticoncepción planificada consiste en el uso regular de alguno de los métodos anticonceptivos disponibles y el que mejor se adapte a las circunstancias personales: edad, tipo de relación, frecuencia, etc.”¹¹

La definición anterior, hace relación entre métodos de planificación familiar con los métodos anticonceptivos y ello se debe a que unos necesariamente necesitan de los otros, es decir, si la pareja desea decidir sobre los hijos que ha de tener, debe obligatoriamente adoptar un método anticonceptivo ya sea natural o no, para poder evitar los embarazos no deseados, ello hace referencia indudablemente a la relación entre un término u otro.

“Un método anticonceptivo debe cumplir con tres exigencias fundamentales: ser científicamente capaz de impedir el embarazo, no dañar la salud de quien lo utiliza, ser bien tolerado por quien lo usa y su pareja...”¹²

En cuanto a lo anterior, se contrapone a la concepción religiosa adoptada en la propia Constitución Política de la República de Guatemala y ello deviene, en virtud de que no se ha podido establecer el momento exacto en que ha sido concebido el nuevo ser en el vientre de la madre, por ello, algunas religiones le apuestan al método natural y no a los otros, ya que la utilización de uno de ellos puede significar la interrupción del embarazo y no el impedirlo; mientras que la interrupción del embarazo conlleva a la existencia de la concepción en el vientre de la madre, tomado legalmente como el

¹¹ Ballús, Puri. **Enciclopedia temática time life**. Pág. 153

¹² **Ibíd.** Pág. 153



primer conocimiento de la existencia de vida e interrumpirlo significa un aborto, lo cual está prohibido legalmente en nuestra legislación por la teoría de la concepción que adopta nuestra propia carta magna.

Ahora bien, al hablar de impedir un embarazo, se reconoce la inexistencia del mismo y por ende, no se puede entrar en materia de aborto, porque aún no se tiene el conocimiento de vida dentro del vientre de la madre, por lo mismo ambos términos difieren en su relación, situaciones que han sido consideradas por diversos grupos religiosos que están en contra de otros métodos anticonceptivos distintos al natural.

La legislación guatemalteca no prohíbe los métodos anticonceptivos, siempre y cuando estos no signifiquen la interrupción del embarazo, ya que ello, significaría la contraposición a su propio termino, puesto que dejarían de ser métodos para evitar la concepción y pasarían a ser métodos para abortar, lo cual significaría el encuadramiento de una conducta prohibida en el Código Penal en los Artículos del 133 al 136 y del 138 al 140.

Lo anterior, expresa la prohibición para abortar en diferentes formas, sin embargo, no está penado por la ley, el aborto terapéutico, es decir, de acuerdo al Artículo 137 del mismo cuerpo legal, "el... practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, previo diagnostico favorable de por lo menos otro médico, si se realizó sin la intención de procurar directamente la muerte del producto de la concepción y con el solo fin de evitar un peligro, debidamente establecido, para la vida de la madre, después de



agotados todos los medios científicos y técnicos.” Apartado que toma relevancia si se considera la vida de la madre, siempre y cuando no existan otras formas para salvar la vida del nuevo ser.

Por otro lado, también la misma normativa prevé el caso de terceras personas que provoquen el aborto y encuadra la conducta en tipos penales, haciendo hincapié en la protección de la vida desde su concepción, tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

En la actualidad se pueden dividir los métodos anticonceptivos en cuatro categorías:

- A) Métodos hormonales: Se basan en la ingestión de sustancias parecidas a las hormonas que producen los ovarios y los testículos, como por ejemplo la píldora.
- B) Métodos mecánicos o de barrera: Estos son medios artificiales que impiden la fecundación, como por ejemplo el preservativo o condón y el diafragma, o bien impiden la implantación del óvulo fecundado en el útero, como los dispositivos intrauterinos, circunstancia atacada por diversas religiones, puesto que el óvulo y el espermatozoides se han unificado y con ello, prevalece desde ya la existencia de la concepción.
- C) Métodos naturales: Estos significan el conocimiento de los períodos de fecundidad de la mujer, es decir, el término de duración de fertilidad en la fémina y el plazo en que ésta no puede quedar embarazada.



El cálculo para poder hacer uso de los mismos, depende del ciclo menstrual de la mujer, tiempo durante el cual evitará tener relaciones sexuales que impliquen penetración vaginal.

D) Métodos químicos: Estos se refieren al “uso de sustancias químicas que se aplican en la vagina antes de la relación sexual, cuya función es neutralizar los espermatozoides que entren en contacto con dichas sustancias. Generalmente reciben el nombre de espermicidas.”¹³, lo cual refiere la muerte del espermatozoide mucho antes de entrar en contacto con el óvulo de la mujer.

2.2. Paternidad y maternidad responsable

Cuando se habla de estos términos debe tomarse en cuenta que al tener los hijos deseados, algunas parejas deciden optar por la esterilización y recurren a varios métodos para evitar de forma permanente otros embarazos; con ello, buscan darle una mejor calidad de vida a los hijos que ya tienen o bien cuidarlos de mejor forma, siendo esta una herramienta considerada de forma responsable por los padres para no tener hijos no deseados.

La situación anterior, no puede ser abordada por aquellas parejas infértiles, que no pueden tener hijos y deben recurrir a otros métodos para tenerlos, siendo el caso de la fecundación in vitro, en la madre cuando el padre no es fértil o bien en una tercera mujer haciendo uso de la maternidad subrogada cuando la pareja por parte de la

¹³ **Ibíd.** Pág. 153

fémína no pueda tener hijos; situación que se ha permitido en Guatemala solo en el primer caso, mas no se ha regulado la maternidad sustitutiva, dándole prioridad siempre a la adopción.



Cuando se refiere a paternidad y maternidad responsable se sugiere la obligación de ambos padres en el cuidado de los hijos, situación que ha quedado establecida en el Decreto 106, Artículo 167 al indicar que: "... el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación.", circunstancias que han sido tomadas en cuenta para los padres, no importando si están juntos o se separan legalmente, pese a que uno de ellos no tenga la custodia de los mismos, la obligación de prestar alimentos permanece, tanto para uno como para el otro.

Lo anterior, también aplica para los hijos adoptados, ya que estos adquieren la calidad de hijos del adoptante, y por lo mismo, ellos también tienen derecho a ser alimentados, no importando si los padres se separan.

El Artículo 54 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: "El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados." Lo enmarca un círculo de prioridad para la adopción y que puede ser bien aceptado por las parejas infértiles, encontrando una alternativa para formar una familia y con ello, evitar la disolución del vínculo matrimonial.



Tal situación, en relación a la investigación realizada, lleva a analizar el enfoque adoptado por nuestra propia legislación desde el punto de vista de darle prioridad a la adopción, por lo que, si se aceptara la maternidad subrogada en Guatemala, ello podría significar que una buena parte de la población podría tener más interés en buscar este tipo de acogimiento de un hijo y subiría la tasa de niños con necesidad de abrigo por parte de una familia.

Por lo mismo, al hablar de paternidad y maternidad responsable no solo debe de tomarse en cuenta la atención que deben de prestarle los padres a los hijos en su desarrollo, sino también en la selección o forma en que éstos deseen tenerlos, por cuanto una circunstancia podría conllevar no solo a la formación de una familia, sino también a la desintegración de ella, o a darle prioridad a unos niños que a otros, atentando contra la protección familiar por parte del mismo Estado.

En otro sentido, las formas en que podría tomarse en cuenta la maternidad subrogada y los métodos para que ésta pueda darse deben de analizarse muy bien, ya que su desconocimiento en nuestra legislación podría conllevar a mayores problemas sociales, ya que entonces, la mujer podría pasar de verse como la base de la vida dentro de la familia y pasaría a ser un objeto mercantil, que ha de disponer su cuerpo, en ese sentido el útero, para comercializar con la venta de hijos, dejando de lado el vínculo maternal que debe unir a la madre con el nuevo ser, tal como ha sucedido cuando se ha regulado en otros países tal situación, conllevando a la misma presunción de cosificación de la propia mujer.



En base a lo anterior “muchos pretenden que la maternidad sustitutiva sea una forma más de remediar el problema de la esterilidad de ciertas parejas. Pero esta solución es objetivamente falsa. Por otra parte, la capacidad genética de las personas no puede ser objeto de transacciones.”¹⁴, ya que pone en riesgo la propia integridad de la madre como fuente de vida, no importando que se cuide de su salud, ya que el solo hecho de hablar de prestación de este tipo de servicios por parte de ellas, ya se les está viendo como un objeto y no como personas, situación que ha sido ya de desgaste para las féminas en el plano sexual.

Lo anterior presupone también, que la madre de alquiler se convierte en una especie de incubadora humana, limitándole únicamente a producir niños para otros por dinero, como si alquilara un apartamento.

En otro sentido, la incursión de la maternidad subrogada debe ser tratada dentro del campo de la bioética, ya que en la actualidad si se habla de salud, necesariamente se tiene que hablar de medicina y si se trata este tema, no puede separarse de la ciencia antes mencionada, “en el sentido de un análisis formal y sistemático... La disciplina de la bioética nos define porque la medicina y la salud son hoy para nosotros lo que fueron la religión y la salvación para la gente de la Edad Media. Enfermedades, cirugías, experimentos, envejecimiento, mejorías, genética, entre otros problemas, nos preocupan y nos identifican. Las preguntas éticas se ligan con cada aspecto de la medicina...”¹⁵

¹⁴ Blázquez, Niceto. **Ob. Cit.** Pág. 86

¹⁵ Drane, James. **Una historia personal de la bioética en América Latina.** Pág. 60



Tanto las asociaciones profesionales como la Organización Mundial de la Salud, conocida por las siglas OMS y también la Organización Panamericana de la Salud y asociaciones médicas similares de cada uno de los países tienen que preocuparse por los estándares éticos para la investigación y la práctica médicas.

2.2.1. Influencia de las industrias farmacéuticas

Por si fuera poco la influencia de este tipo de negocios en todos los países, no escapándose Guatemala a ello, es “enorme para determinar que drogas son aprobadas. Cuando una droga está en el mercado, la industria se moviliza para instruir a los médicos... Ellas publicitan, pagan los conferencistas y eligen los asuntos que se tratarán. Muchos de los conferencistas son empleados de las compañías... A los encargados de ventas se les enseña cómo manipular a los médicos más que a proporcionar informaciones científicas.”¹⁶

La información anterior, ha de suponer que la utilización de los métodos anticonceptivos también puede ser una manipulación de las industrias farmacéuticas, con el objeto de incentivar el consumo de sus productos, bajo el lema de la paternidad o maternidad responsable, inclusive en el caso de la maternidad subrogada, objeto de esta investigación, donde la madre debe de tener todos los cuidados en su salud y la del nuevo ser, pero que le limita a quedarse con él al momento de nacer, presuponiendo inclusive el uso de métodos para resguardar la vida del feto, mas no de la madre, siendo la prioridad el producto objeto del contrato.

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 66



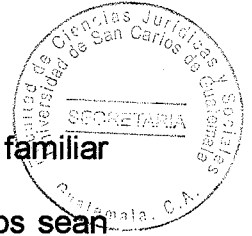
En otro enfoque, la cuestión de la equidad y la justicia en el acceso a los cuidados médicos no escapan a la situación económica de las familias guatemaltecas, puesto que el precio de las medicinas suele ser elevado para la mayoría de guatemaltecos que no tienen ni el salario mínimo y mucho menos pueden optar a la canasta básica. Situación que podría conllevar a que la maternidad subrogada sea una realidad no por disposición total de la madre, sino por necesidad económica para satisfacer los requerimientos de su familia o de sus hijos.

2.3. La adopción como alternativa ante el aborto

En esta investigación pudo determinarse que la solución más viable, para que las familias infértiles puedan formar una familia, es la adopción, puesto que la misma no atenta contra los principios de la bioética y ayudaría a contrarrestar el número de niños huérfanos o abandonados, dado que si lo que se pretende es evitar la desintegración familiar, esta podría ser una muy buena alternativa, ya que con ello, la pareja podría brindarle amor al niño desprotegido y para ello, el Estado, debe de buscar soluciones al carácter engorroso de la ley de adopciones, no dejando de lado, el bien superior del menor.

2.4. Niñez víctima o abandonada como consecuencia de un hogar desintegrado

El caso de los niños abandonados en Guatemala, se debe a dos tipos de situaciones, a embarazos no deseados, como también a hogares desintegrados, donde el padre no



cumple con la obligación de prestar alimentos, o bien, la violencia en el círculo familiar es imperante; motivos que causan el abandono de niños o bien que los mismos sean arrebatados de la familia en aras de la defensa de sus derechos; sin embargo, en ese sentido, el Estado ha sido incapaz de resguardar los mismos, ya que al no tener lugares adecuados para su atención y cuidado, ha sido uno de los principales agresores de la niñez víctima o abandonada, ya que al dejarlos indefensos en casas hogares, han sido víctimas de las peores vulneraciones a sus derechos.

Por tal motivo, darle la oportunidad a una pareja infértil que adopte a este tipo de niños ayudaría a una protección más efectiva de personas que puedan brindarle lo necesario para su desarrollo, no olvidando que por ser niñez víctima, el Estado debe de respaldar a los adoptantes con programas, tratamientos psicológicos para que el menor acepte el cambio y una supervisión que vele por la aceptación y encaje del menor dentro del nuevo seno familiar.

2.5. Maternidad subrogada frente a la posición religiosa guatemalteca

De acuerdo a la posición religiosa adoptada por la mayoría de familias en Guatemala, considera que “el abandono y/o sustitución del mundo natural provocan que la naturaleza y el hombre vayan perdiendo riqueza y variedad, porque muchas culturas de la tierra (etnoculturas) están desapareciendo, a la par de muchas especies vivas, por esa suerte de “revolución tecnológica” que nos lleva a reemplazar lo natural por lo



natural modificado o lo artificial, poniendo en duda el estatus esencial, biológico, psicomental, social e histórico del hombre.”¹⁷

En otras palabras, al hablar de métodos anticonceptivos que no sean los naturales, se está permitiendo la infidelidad en las parejas y ello, conlleva a muchos males para el hombre, situación que ha sido aprovechada por las farmacéuticas que ofrecen aparentes soluciones ante tales problemas de salud, dicho sea de paso, no serían necesarios si la pareja motivara la fidelidad.

En ese mismo sentido, la posición de las iglesias y sobre todo la católica ha sido manifestar su desacuerdo con la maternidad subrogada o sustituta puesto que se pretende comercializar con la vida, misma que solo puede ser otorgada por Dios.

“La postura que muestra la Iglesia católica ante el tratamiento de reproducción asistida vulgarmente conocido como vientre de alquiler es de sobra conocida: se opone rotundamente. Pero ¿por qué? Son varios los argumentos con los que la religión católica se muestra no solo en contra de la maternidad subrogada, sino de técnicas como la fecundación in vitro o la inseminación artificial, especialmente cuando se recurre a la donación de espermatozoides o de óvulos.”¹⁸ Situación que refiere la iglesia, se fundamenta en las leyes naturales, dadas al hombre en su mismo ser, por el creador, y que no pueden ser desatendidas, conllevando con ello, repercusiones drásticas al mismo ser humano, cuando ellas son contradichas.

¹⁷ Orozco Eduardo, Javier Luna. **La bioética en Bolivia: antecedentes y proyecciones**. Pág. 77

¹⁸ <http://babygest.es/opinion-de-la-iglesia-sobre-maternidad-subrogada/> (consultado: el 20/05/2019)



Tales motivos se centran en argumentos sobre la dignidad humana, la reproducción como cosa de dos, la instrumentalización del cuerpo humano, la destrucción de la relación madre e hijo y que no es un tipo de adopción.

Respecto a la dignidad humana, la iglesia católica ha manifestado en reiteradas ocasiones su preocupación por las mujeres y hombres que sufren problemas de esterilidad e infertilidad, sin embargo, admite que el fin no justifica los medios. Para la Santa Sede, la intención de dar la vida a un hijo no confiere el derecho al mismo, lo cual permitiría a los padres recurrir a cualquier medio para conseguir derecho a tener un niño.

En cuanto a que la reproducción es cosa de dos, las diferentes posibilidades que ofrece la maternidad subrogada no encajan con la idea que la iglesia tiene de la reproducción. El procedimiento de la subrogación divide la paternidad en las siguientes ramas:

- a) La madre que proporciona la genética, es decir, el óvulo.
- b) La mujer a la que se le transfiere el embrión y que portará el embarazo.
- c) Las madres y/o padres, en el caso de parejas homosexuales o de persona soltera, que van a criar al bebé tras el nacimiento.

Los católicos por ende, solo conciben la reproducción entre dos personas de sexo opuesto, es decir, solo concibe que haya un padre y una madre por cada recién nacido, relación que debe darse entre hombre o mujer únicamente, dentro del matrimonio.



Analizando la instrumentalización del cuerpo humano, para la iglesia, la madre gestante actúa como un simple instrumento de producción de vida. Afirma que, tras el contrato de subrogación, el útero de la mujer que porta el embarazo está a disposición de los futuros padres, a cambio de una compensación económica, como si compraran un horno para hacer pan, solo que en este caso es una vida humana y una vez terminado el producto, este se llevare a la tienda, admitiendo con esta práctica la comercialización del cuerpo de la mujer portadora.

Por otro lado, se destruye la relación madre hijo, ya que el vínculo creado durante el embarazo entre el bebé y la madre que lo porta queda roto en el momento en que se produce la separación de ambos, por tanto, para la iglesia católica, la práctica de la gestación subrogada resta importancia a la relación materno fetal, suponiendo la cosificación del hijo.

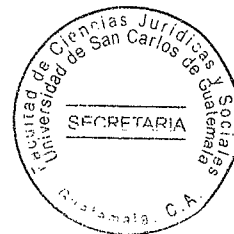
La práctica anterior, de renunciar a un hijo y cederlo a cambio de una compensación económica lo transforma en una cosa disponible de la que se puede uno apropiarse y no lo contempla como una persona. La iglesia refiere en este caso que las personas no tienen precio, tienen dignidad.

En el caso de la adopción, la iglesia católica la entiende como un gesto de humildad y solidaridad ante un niño que ya existía y que, desafortunadamente, no tiene padres. La adopción no da el origen al niño, no provoca su creación, como en el caso de la maternidad subrogada.

En conclusión, la iglesia católica se opone a la reproducción médicamente asistida por considerarla una forma antinatural de concebir, debido a que toda unión entre óvulo y espermatozoide que tenga lugar fuera del acto sexual equivale a una vía no humana para darle lugar a un nuevo ser, la cual no solo es incompatible con su propia existencia, sino con su dignidad.



CAPÍTULO III



3. Contratos civiles y maternidad subrogada

“La fuente de las obligaciones por excelencia es el Contrato, pues lo constituye “El acuerdo de voluntades anteriormente divergentes por virtud del cual dos o más personas dan vida, modifican o extinguen una obligación que es de carácter patrimonial”¹⁹ Lo anterior lo recoge el Artículo 1517 del Código Civil.

Lo importante en la relación anterior, otorgada por el Licenciado Manuel Vicente Roca, es la voluntad de las partes, la cual se manifiesta al darle nacimiento al carácter contractual, desde el perfeccionamiento del contrato, obligando a los contratantes al cumplimiento de lo pactado entre ellos, tal como lo establece el Artículo 1519 del Decreto 106 “Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y la común intención de las partes”.

Por ende, todo lo pactado entre las partes se convierte en ley, siempre y cuando no contradiga la normativa nacional vigente. Lo anterior, no recoge la obligación de dejar por escrito lo pactado entre ellas y por lo mismo, puede entenderse que existe contrato aún en la ausencia de documento escrito, sin embargo, cuando se trata de establecer el contenido de esa voluntad para poder acreditar los derechos o hacer cumplir las

¹⁹ Roca Menéndez, Manuel Vicente. **Las obligaciones civiles**. Pág. 29



el contenido de esa voluntad para poder acreditar los derechos o hacer cumplir las obligaciones, el mejor medio es la prueba documental; y así, el Estado brinda seguridad jurídica de acuerdo al Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, atendiendo al grado de certeza que pueda brindarse sobre la relación contractual contraída.

Lo anterior, obedece a la certeza jurídica que puedan tener también las partes del cumplimiento de obligaciones, lo que involucra en ese mismo sentido al Notario, como profesional del derecho y quien puede dar fe del contenido, claro, siempre y cuando las partes deseen manifestar su voluntad celebrando un contrato frente al mismo o bien la ley, les exija el acto solemne.

En tal sentido, debe entenderse que todo contrato civil involucra las relaciones contractuales derivadas de la sociedad y que encuadran dentro de la norma jurídica civil y sobre todo, en el libro quinto del Decreto Ley 106, sin embargo, si en Guatemala llegara a establecerse el contrato de subrogación maternal, este debe de acogerse bajo la normativa civil vigente y por lo mismo, adecuar el mismo, bajo la protección estatal por el grado de responsabilidad que implica el brindar seguridad, salud y bienestar al nuevo ser, en el seno de una familia.

Lo expresado se mantiene siempre y cuando se regule este tipo de contratos, aunque como ya se ha analizado, pese a la importancia que conlleva la protección a la familia y siendo de relevancia dentro del mismo derecho constitucional, el Estado no puede



violentar el hecho mismo del nacimiento del nuevo ser frente al vínculo que se establece entre madre e hijo.

Sin embargo, opinión particular es que de regularse este tipo de relación contractual, debería de consignarse una cláusula específica que considere el vínculo maternal con el nuevo ser y que de no estar de acuerdo la madre con la entrega del niño, este no podrá ser cedido a la familia que ha pagado por el servicio de subrogación, siempre y cuando se le devuelva el dinero empleado en ello. Con esta condicionante se evitaría romper con ese vínculo generado entre una madre, que si quiere permanecer con su hijo.

3.1. Tipos de contratos

En esta investigación se atiende a la siguiente división contractual y posteriormente se analiza desde el punto de vista típico o atípico.

3.1.1. Consensuales

En este tipo de contratos para su perfeccionamiento solo es necesario el consentimiento de las partes, no incluyendo ningún otro requisito para que las partes queden obligadas. Al hablar de perfeccionamiento debe entenderse como el momento en que los contratantes quedan obligados "al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, debe



ejecutarse de buena fe y la común intención de las partes.”²⁰ Como ejemplo de lo anterior, está la compraventa que obliga a los contratantes desde el momento en que se ponen de acuerdo en la cosa y el precio, figura regulada en el Artículo 1791 del Decreto Ley 106, Código Civil.

3.1.2. Reales

Este tipo de contratación tiene lugar cuando no basta solo con el consentimiento de las partes, sino que para su perfeccionamiento se exigen otros requisitos, por ejemplo la entrega de la cosa, como sucede en el arrendamiento, el mutuo, lo que regula el Código Civil en el Artículo 1880 al establecer “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.

Todos los bienes no fungibles pueden ser objeto de este contrato, excepto aquellos que la le prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales.”

Como puede evidenciarse, la norma hace una exclusión en este tipo de contratos, sujetando este tipo de contratación a los bienes no fungibles, es decir aquellos que no se consumen, mientras se haga un uso adecuado de ellos.

En cuanto al contrato de mutuo, este queda establecido en el Artículo 1942 del Código Civil, el que cita que por el mismo “...una persona entrega a otra dinero u otras cosas

²⁰ *Ibíd.* Pág. 30



fungibles, con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.” Y tal como señala la ley, este recae sobre cosas que se consumen, con la naciente obligación de devolverlos de la misma forma en que fueron entregados.

3.1.3. Formales

En cuanto a éstos, se requiere cierta forma para que surtan efectos legales, por ejemplo, los solemnes, porque para su perfeccionamiento, necesitan que se otorguen en escritura pública para que puedan surtir efectos legales, como por ejemplo el mandato y el contrato de compraventa de bien inmueble. Para el efecto, debe considerarse la formalidad que debe imperar en el faccionamiento de todo contrato, por cuanto todo consentimiento de voluntad que se plasme en ellos, debe de contener los requisitos formales requeridos para que puedan surtir la eficacia esperada, mientras que al ser solemne el tipo de contratación, la ley determina aparte de los requisitos formales que sea en escritura pública, dándole mayor certeza y seguridad jurídica a dicha declaración.

En conclusión “no todos los contratos se perfeccionan de la misma manera y con los mismos requerimientos legales, pero una vez cumplidos éstos, es fuente de obligaciones.”²¹ En cuanto a las consideraciones anteriores, puede deducirse que en el caso del contrato de subrogación, este podría ser solemne y que además de ello, implicaría la entrega del niño o niña para que pueda perfeccionarse, protegiendo el

²¹ **Ibíd.** Pág. 32

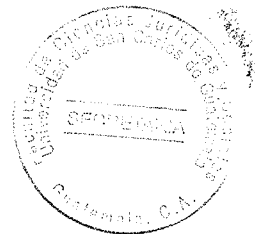


vínculo materno que pueda nacer con el nuevo ser, guardando las consideraciones debidas en cuanto a la salud física de la madre como al estado emocional.

Lo anterior, conlleva no solo las consideraciones debidas en cuanto al nivel económico de la madre sino también de los nuevos padres, porque no solo debe de buscarse el bienestar económico del nuevo ser sino también debe de velarse porque crezca en un ambiente psicológico adecuado para su desarrollo.

En cuanto a lo ya expresado, la doctrina también realiza otra separación práctica en cuanto a contratos se refiere y los divide en típicos y atípicos, haciendo alusión que en el caso de los primeros, éstos se encuentran regulados en ley y refiriéndose a los segundos, éstos no están regulados como tal, pero si son comunes para la sociedad y no representan conflicto legal dentro de la normativa legal del país.

En tal sentido, al tenerse la maternidad subrogada dentro de un contrato atípico, no regulado por nuestra legislación civil, atenta contra la propia legislación y el mismo no podría ser perfecto en virtud de no tener reglas claras y también, por contrariar la normativa legal vigente, ya que se atenta contra las consideraciones atendidas sobre la persona humana, plasmadas en la propia Constitución Política y sobre todo en la lucha realizada por muchas mujeres, para no ser tratadas como objetos, dado que serían solo una herramienta para que familias infértiles pudieren contar con hijos.



3.2. Maternidad Subrogada

Doctrinariamente se le conoce también con los términos de gestación subrogada, gestación por sustitución, vientre de alquiler o subrogación, siendo la “práctica por la que una mujer acepta quedarse embarazada, llevar la gestación a término y dar a luz a un niño, para que otra persona o pareja puedan convertirse en progenitores del niño.”²²

Tal como se ha analizado con anterioridad, al iniciarse con esta práctica contractual, desde sus inicios en los años 1970, la maternidad subrogada ha suscitado fuertes controversias éticas, legales y sociales, pudiendo diferenciar dos tipos de posiciones, por un lado aquellas que la consideran como un derecho reproductivo, o la libertad individual; entendiéndose los primeros, como los que buscan proteger la libertad y autonomía de las personas para decidir con responsabilidad si tienen hijos o no, cuántos, en que momento y con quién, dándole la capacidad de decisión a cada persona sobre su vida reproductiva.

En el segundo grupo, se encuentran los que consideran que la misma, es una “forma de explotación relacionada con cuestiones de clase social, étnica y raza.”²³ La situación legal de esta práctica es diferenciada y va desde la prohibición expresa hasta la reglamentación detallada.

²² https://es.m.wikipedia.org/wiki/Gestaci3n_subrogada. (consultada el 20/05/2019)

²³ Arvidssonm Anna; Johnsdotter, Sara; Essén, Birgitta. **Views of Swedish commissioning parents relating to the exploitation discourse in using trasnational surrogacy**. Pág. 10



“Los vientres de alquiler están en el centro del debate, pero nadie quiere entrar al fondo. Problemas para registrar a los niños, mala praxis en las clínicas, cosificación de la mujer y altruismo cuestionado frente a quienes los defienden como una opción para ser padres. Y los partidos sin meterlo en la agenda política.”²⁴

Debido a lo anterior, en la actualidad los únicos países que permiten la gestación subrogada son: Estados Unidos, Ucrania, Canadá y Georgia, dejando aún a muchos países que aún no lo permiten o prefieren desconocer este tipo de prácticas, como sucede en el caso de Guatemala, que ya se está dando, pero el legislativo prefiere no atender tal situación y no entrar a su regulación o bien a su prohibición expresa.

3.3. Motivos de la subrogación

Al atender este tipo de situaciones por las cuales una mujer puede decidir en alquilar su vientre, se debe a méritos de índole económico familiar, a cuestiones puramente caritativas con personas infértiles o que siéndolo, han decidido no tener hijos de forma natural; lo que conlleva a analizar desde diferentes ámbitos cada una de ellas para poder obtener una mejor comprensión.

3.3.1. Lucrativa

Esta forma de subrogación se da debido al interés económico de las mujeres por obtener una ganancia al rentar o alquilar su vientre, esto ocurre no importando si ya

²⁴ Arranz, Pilar. **Vientres de Alquiler, la polémica que no acaba.** Pág. 1



cuentan con un nivel de vida adecuado o un estado económico estable; también puede darse en mujeres debido a crisis económica, ocasionada por el nivel de vida de la familia, o bien, en madres que tengan hijos y no puedan darle una vida adecuada, considerando en ello, incluso la alimentación. En Guatemala, ello puede ocurrir por ser una familia de escasos recursos, una madre que se encarga de las obligaciones pertinentes de sus hijos debido a la paternidad irresponsable, o simplemente por mujeres que quieren darse una mejor forma de vida o bien dársela a sus familias.

De una u otra forma, este tipo de práctica puede resultar ventajoso y tentador para algunas mujeres, inclusive para las que aún no cuentan con la experiencia de ser madres, lo que podría conllevar al desconocimiento sobre el alumbramiento y por ende, a desconocer el vínculo que se origina entre madre e hijo, situaciones que podrían ocasionar inconvenientes al momento de entregar al niño.

3.3.2. Altruista

Este tipo de práctica se da cuando la mujer atendiendo a un espíritu puramente caritativo pretende ayudar a parejas infértiles a tener hijos. Para ello, la relación contractual se da sin ningún interés económico a cambio.

En Bélgica se acepta este tipo de subrogación, siempre y cuando sea de forma altruista y que haya una relación biológica de algunos de los padres, y que no haya sido posible la maternidad con lagunas de las técnicas de reproducción asistida.



3.4. Sujetos intervinientes

Como en toda relación contractual, intervienen diferentes sujetos, los cuales le dan vida al contrato celebrado y por ende, en ésta investigación no puede escaparse el poder entender quiénes son los que intervienen en este tipo de contratos y cuál es la función que cumple cada uno, no importando si solo sirve como mediador entre la comunicación la mujer y la pareja interesada, o bien, si es el responsable de darle forma y vida legal al contrato que se realiza, todo ello, en importancia a tal evento, ya que implica efectos jurídicos y legales, dentro de la sociedad guatemalteca, atendiendo siempre a los principios de seguridad jurídica, como a la misma certeza legal que deben de tener todos los particulares, en cualquier negociación.

3.4.1. Comitentes

“Es la parte en el contrato de comisión que encarga la gestión de sus intereses a otra persona a cambio de pagarle una retribución. El comitente está obligado a abonar el precio pactado como retribución del comisionista...”²⁵

Para el presente caso, comitentes son las parejas o personas que pagan a una asociación o personas determinadas, el que le pongan en contacto con una mujer interesada en alquilar su vientre a cambio de una determinada retribución y en consecuencia también puede delegarse a ellas, la formalidad del evento contractual.

²⁵ www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/comtente/com (consultada: 20/05/2019)



3.4.2. Gestante subrogada

Es la mujer que lleva en su vientre un bebé, en lugar de una persona que no puede tener hijos, hasta dar a luz. Ella queda embarazada por inseminación artificial con espermatozoides de un donante, o sus propios óvulos se fecundan en el laboratorio con espermatozoides de un donante para formar un embrión. El embrión se implanta en el útero de la gestante, quien continúa el embarazo hasta que nace el bebé. Al aceptar tal situación, la madre se compromete a entregar el niño al momento de nacer desconociendo cualquier vínculo parental.

3.4.3. El profesional

Siendo un hecho tan relevante el nacimiento de un nuevo ser, debido a las implicaciones legales y jurídicas que conlleva dentro de nuestra legislación, es necesario participe siempre un profesional del derecho, con los conocimientos adecuados, no solo para asegurar los derechos y obligaciones contractuales, sino también para que no se violenten los derechos del nuevo ser.

En tal sentido, en la discusión de ésta investigación no solo es preciso hacer mención del abogado como el profesional adecuado en la contratación que pudiere darse en este tipo de relación contractual, sino también, por la discusión legal que ello ha generado hasta el día de hoy. El profesional también puede referirse a las asociaciones o empresas que se dedican a poner en contacto a mujeres interesadas en dar su



vientre en alquiler con parejas que quieran tener hijos de esa forma, a cambio de una compensación económica. Claro, ello atendiendo a un adecuado conocimiento del tema y una correcta instrucción a las personas interesadas.

3.4.4. El nuevo ser

Es el niño o niña que nace del vientre dado en alquiler por la madre gestante, el cual, es concebido con el único propósito de darse a la pareja que ha pagado por tal servicio, inclusive si se considera que éste debe entregarse sin ninguna intención onerosa. Con ello se entiende que el objeto de la relación contractual, será únicamente éste.

La forma en que se da su nacimiento, no implica la pérdida de sus derechos ni de sus garantías, por el contrario, se resguardan sus derechos fundamentales y no importando en que familia crezcan, estos estarán protegidos por las leyes del país, sobre todo en cuanto al derecho de alimentos que tiene todo menor y en cuanto, a la protección estatal en el cuidado y vigilancia de sus derechos humanos. Lo cual, contrae una posición clasista en cuanto a la importancia que tiene toda persona humana, no importando la forma de su nacimiento, ello debido a los derechos inherentes que tiene el nuevo ser debido a su protección constitucional, en base a la teoría de la concepción.

La simple relación de los hechos manifestados en cuanto al tipo de contratación en que debería de encuadrar este tipo de servicios, conlleva diferentes implicaciones en el campo ético legal, sobre todo si se considera que al tratar al nuevo ser como un



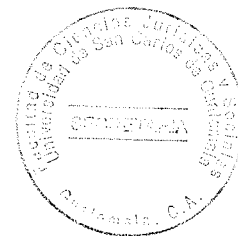
producto en venta, inclusive al útero o vientre de la madre como un objeto en alquiler, se estaría atendiendo ya no a una situación del todo civil, sino que entraría al campo de lo mercantil, por lo que concebir este tipo de contratación sobrepasa las esferas civiles y como consecuencias, sus efectos pueden resultar en mayores complicaciones legales, dado el caso, de una sociedad conservadora como la guatemalteca.

En otro sentido, este tipo de situaciones se están dando en nuestra sociedad guatemalteca, lo que implica que para llegar a ello, las personas interesadas paguen a hospitales, centros de salud, comadronas, inclusive médicos, para que den fe del nacimiento de un nuevo ser como hijo de determinados padres, dejando de lado a las madres que verdaderamente los han tenido en su vientre, violentando las leyes del país y dejando en una indefensión total a las madres, por no contar con una protección contractual.

Lo anterior, conlleva no solo a un alcance ético sobre su regulación sino también a preguntarnos si se debe de dejar desprotegidas en nuestro medio, a las mujeres que ya sea por razones de necesidad económica o bien, por altruismo, decidan rentar su vientre, sobre todo, si tomamos en cuenta, que las razones más obvias para una mujer en Guatemala, son las condiciones económicas en que puede encontrarse ella o su familia, situación que puede ser aprovechada por personas del país o de otro, con un mejor nivel económico.



Sin embargo, consideración particular es que aunque las razones que motiven a las mujeres para alquilar sus vientres sean fundantes, en ningún momento podrá obviarse el vínculo entre madre e hijo, situación que escapa a cualquier estudio psicológico que se le haga a la madre subrogada o bien a la pareja comitente, lo cual no solo repercute en el plano ético y moral, sino también en el campo legal, ya que por más consideraciones previas contractuales, el ser humano desconoce siempre su reacción frente a hechos futuros y sobre todo la madre, frente al nacimiento de un hijo, tal como ha sucedido en otros países, que la madre ya no ha querido entregar al niño nacido.



CAPÍTULO IV

4. Efectos jurídico legales derivados de la maternidad subrogada en Guatemala

Los problemas derivados en la práctica girarán siempre alrededor de sus protagonistas, la pareja comitente, con su deseo de paternidad y maternidad, lo que genera una creciente demanda y la solicitud de disponer del cuerpo de una mujer, para que se puede cumplir con el sueño o el deseo de la pareja; la madre gestante, con las diversas repercusiones físicas y psicológicas que derivan del papel que desempeña dentro del contrato de subrogación, así como los riesgos de explotación y cosificación conectados a su posición; el niño o niña, con su derecho a crecer contando con la certeza de sus relaciones parentales y con el hecho de ver preservado su equilibrio afectivo y relacional.

En ese sentido, debe también analizarse a profundidad el hecho de las parejas o personas comitentes, que en la actualidad, suelen ser parejas que atienden a un gusto sexual en particular, como el caso de los grupos LGBT que comprende, lesbianas, gays, bisexuales y transgénero, en su deseo por formar una familia, claro, para el caso de Guatemala, significaría su reconocimiento en términos legales, lo que atenta la misma concepción constitucional sobre el matrimonio y la formación de una familia.

Lo anterior, porque debe atenderse al crecimiento no solo físico, sino moral y ético del menor, circunstancia que puede conllevar problemas legales en cuanto a la protección



del derecho del menor, frente a la posición ideológica de las mismas familias guatemaltecas, inclusive si se considera el aspecto del bullying que pudiere sufrir el menor en las escuelas, por ser considerado como hijo de una pareja de este tipo.

4.1. Derecho objetivo y subjetivo

“Derecho objetivo es el conjunto de normas que regulan con carácter obligatorio las relaciones sociales. Es el derecho considerado con independencia del ser sobre el cual recae su imperio. Este derecho varía de lugar en lugar, de época en época, atendiendo a las necesidades e idiosincrasia de los pueblos; y a las particulares condiciones del medio en donde ha de producir sus efectos.”²⁶

Lo anterior ha de entenderse como el conjunto de normas, dispuestas por el Estado, atendiendo a la realidad social, lo que conlleva a la creciente demanda que tiene el legislativo por regular situaciones que nacen del propio pueblo, atendiendo a un fin de legalidad, protección jurídica y certeza jurídica en las relaciones que contrae el particular, tanto frente a otro, como entre el estado y los particulares o viceversa.

Por otro lado: “el derecho subjetivo se refiere al sujeto, al ser humano en particular y consiste en la facultad que tiene una persona de aplicar o hacer valer el derecho objetivo. Es decir la facultad de poner en práctica el interés protegido por el orden jurídico.”²⁷

²⁶ Beltranena, María Luisa. **Lecciones de derecho civil.** Pág. 122

²⁷ **Ibíd.** Pág. 122



En cuanto a ello, debe de tomarse en cuenta que la creciente demanda en varios países sobre la maternidad subrogada implica para el Estado de Guatemala, las consideraciones respectivas al caso, ya sea regulando su contratación o bien, prohibiéndola en el país de forma expresa, ello para que los individuos sujetos al *ius imperium* puedan contar con mecanismos de sujeción en cuanto al derecho objetivo y la misma aplicación del derecho subjetivo, sobre todo si se trata de hacer valer derechos, inclusive si existiera una figura penal respecto al tema.

4.2. Derecho público o derecho privado

La división del derecho objetivo deriva en derecho público y derecho privado; el primero regula los intereses de la nación y del ciudadano, y el segundo, regula las relaciones entre los particulares. Posteriormente se reconoce un derecho social, que involucra aspectos de carácter público como de derecho privado, con mayor sujeción o inclinación al segundo.

Con ello, puede hacerse una clasificación atendiendo que las normas que regulen lo relativo a la subrogación, han de ser del campo del derecho social de familia.

4.3. Ámbito de aplicación en el derecho civil guatemalteco

Cuando se involucra al derecho civil dentro de la vida del mismo ser humano, este atiende a la vida del hombre como sujeto de derecho, la familia y las relaciones



patrimoniales. La personalidad misma, se refiere al campo de la persona en sí y no a sus relaciones con los demás, el hecho de regular su misma existencia y la capacidad para ser sujeto de derecho y obligaciones. Las normas sobre la familia, rigen el momento de su formación, así como, su organización dentro de la sociedad, inclusive si se atiende a las relaciones por parentesco, como los hechos de herencia que nacen por el fallecimiento de una persona, así como las normas que nacen del patrimonio.

Relacionando lo anterior, si se aceptara la subrogación maternal en Guatemala, el derecho civil cambiaría en cuanto a recoger dentro del derecho de familia, tal situación. Sobre todo en cuanto al reconocimiento de derechos del nuevo ser, ello no implicando que tal situación haya derivado de un contrato oneroso.

4.4. Derecho de familia

La autora María Luisa Beltranena, expone que: "En un sentido jurídico la familia puede traducirse como el conjunto de personas unidas por el matrimonio y por los vínculos del parentesco. Que de tal definición puede reconocerse tres clases de relaciones: a) conyugal o sea entre cónyuges o esposos; b) paterno filial es el que se da entre padres e hijos y el último; c) parentales el que se da entre parientes."²⁸ Agrega además, que "Salvat y Planiol coinciden en definir familia como el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, parentesco o la adopción." Connotando con ello, el surgimiento de una familia sobre la base del matrimonio y dándole prevalencia, a las legislaciones de varios países.

²⁸ Beltranena, María Luisa. *Op Cit.* Pág. 20



Lo anterior denota que, inclusive la propia doctrina parte del reconocimiento de familia desde la base de la Institución del matrimonio, lo cual genera no solo vínculos entre las personas que la integran sino que éstos pueden darse inclusive si el matrimonio adopta, lo que conlleva a analizar si al darse la maternidad subrogada, debería de conceptualizarse el mismo hecho de considerar familia, a una pareja que no ha adoptado, sino se ha compuesto por un niño nacido en el vientre de una madre ajena a la pareja comitente.

Ante tal situación, la redefinición de familia podría atender a la pareja, producto del matrimonio o unión de hecho, que procrea hijos con características hereditarias o genéticas, no importando si nacen de la madre o de una madre sustituta, ello dentro de una concepción legalmente aceptada.

De igual forma debería de considerarse la incorporación de madres subrogadas y donadores de gametos en el Registro Civil del Registro Nacional de las Personas, ello, porque tal institución tiene a cargo el asiento de los principales hechos relativos al ser humano, tales como el nacimiento, el matrimonio y su fallecimiento, así como circunstancias inherentes al mismo, como persona, nombre, edad, estado civil.

Así mismo, debe de atenderse a la patria potestad en cuanto a la maternidad subrogada, ya que implica derechos como obligaciones para la pareja comitente. Referente a ello, la naturaleza de la misma entraña un interés por parte del mismo Estado, debido a los convenios ratificados en cuanto a la protección del niño,



considerando la desventaja que tienen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente para el caso de la maternidad subrogada, los menores de edad, lo que incluye guarda y vigilancia del hijo, prestación de alimentos, educación y representación legal.

4.5. Maternidad subrogada como alternativa para evitar la disolución matrimonial

El Código Civil establece en el Artículo 78 lo siguiente: “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

Partiendo de esta definición, la normativa contempla la formación de la familia sobre la base del matrimonio, lo que se lleva a cabo, bajo el supuesto de que la pareja se une con el fin de tener hijos, sin embargo, al no darse la premisa señalada, debido a motivos de infertilidad de uno de los cónyuges o de ambos, inclusive si fuera el caso de motivos de salud de la mujer o por situaciones en que la mujer por motivos físicos no quiera concebir un hijo, el concepto de familia no podría concretarse ante tal situación.

Lo anterior, conlleva a la búsqueda de este tipo de parejas a buscar tener hijos. En la actualidad inclusive se han involucrado personas solteras en la procreación de un menor de edad, ya sea buscando que el Estado les dé la oportunidad de adoptar o bien, buscando el reconocimiento de la maternidad subrogada, para que éstas puedan



criar a un niño, a ello se agregan, parejas del mismo sexo o transgénero, que buscan formar una familia a base de la adopción o pagándole a una mujer por el alquiler de su vientre.

La idea sobre la maternidad subrogada para evitar la disolución del matrimonio, nace de ello, puesto que se atiende que al contar con un hijo, este sirve de lazo para unir más a la pareja y aprovechar el amor, que ésta le pueda dar al nuevo ser, al formar una familia.

Sin embargo, tal consideración decae ante los motivos que generan el rompimiento del vínculo matrimonial, ya que si el motivo de la separación es por la ausencia de hijos, esta podría ser compensada a través de la adopción, no teniendo temor a ella, si realmente se trata de un matrimonio bien formado, con estabilidad emocional y económica, ello por la implicación de cuidado que el menor de edad necesita.

Otra de las consideraciones, es que en la mayoría de casos, el rompimiento matrimonial deriva de situaciones de infidelidad y no precisamente por la ausencia de hijos, incluso puede darse el caso de separaciones por situaciones económicas de los padres.

En otro sentido, puede analizarse el hecho mismo de la crianza de los hijos, atendiendo a que estos deben estar en una familia unida, con estabilidad económica y emocional para un adecuado crecimiento, supuesto, que dejaría de cumplirse si la familia



comitente, carece de alguna de esas situaciones. Lo que podría conllevar a la separación, inclusive ya estando reconocido el nuevo ser, producto de la maternidad subrogada, dejando entonces al descubierto, motivos más fuertes para romper con el matrimonio.

4.6. Posición legal del Estado de Guatemala frente a la comunidad internacional

En países desarrollados, diversas organizaciones han llegado a la conclusión de que la maternidad subrogada puede tener una similitud a la prostitución e inclusive a la esclavitud, si se considera el hecho de que la mujer está alquilando su vientre, cosificando en cierta forma al nuevo ser y dándole un carácter de utilización al cuerpo de ella, pudiendo entenderse que se puede comercializar con la venta del mismo ser humano.

Atendiendo a ello, se pueden observar que las razones por las cuales una mujer acepta la subrogación atienden a una compensación económica, como en el caso de las prestaciones sexuales, ofrecidas en la práctica de la prostitución; así, también puede darse como una práctica solidaria, sin pretender una contraprestación económica. “Si bien el perfil ético de las dos hipótesis parece diferente, un juicio de inaceptabilidad moral las une, ya que, en el primer caso, se realiza la cesión de un niño a cambio de dinero, reduciendo así a un ser humano a la categoría de objeto de una transacción económica, aunque el fin, en este caso, no sea el mismo que el de la esclavitud.”²⁸

²⁸ Casciano, Antonio. La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora. Pág. 45



En el segundo caso, aunque en ausencia de una contraprestación de naturaleza económica, se atiende tanto a una disposición arbitraria de la vida del ser humano, la del recién nacido, que se transforma en un acto de liberalidad, como a un uso arbitrario del cuerpo femenino, transformado por la madre gestante en un baúl o recipiente, lo que contraría lo racional y espiritual propiamente dicho, lo que conlleva a la pérdida de la dignidad del ser humano, catalogándolo como una herramienta o un instrumento de la decisión personal, aun cuando esta provenga de la propia voluntad.

“No puede rebatirse el primer punto observando que lo que viene cedido es la mera potestad jurídica sobre el niño, y no el niño mismo, es decir, los derechos parentales exclusivamente, ya que la potestad es solo la forma abstracta de la cesión.”²⁹ Ello atiende a que el objeto del interés tanto del cedente como del cesionario, siempre será el niño.

El Estado de Guatemala, ha ratificado el Convenio sobre la esclavitud, tratado internacional propuesto por la sociedad de naciones y firmado el 25 de septiembre de 1926 en Ginebra, que declara ilegal la esclavitud y crea un mecanismo internacional para perseguir a quienes la practiquen.

Si se atiende a la consideración de esclavitud en la maternidad subrogada, se debe de tomar en cuenta que la misma norma de derecho internacional establece en su Artículo 1 “A los fines de la presente Convención se entiende que: 1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de

²⁹ Hanna, j. K. M. **Revisiting child-based objections to comercial surrogacy**. Pág. 12



propiedad o algunos de ellos. 2. La trata de esclavos comprende todo acto de **captura**, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.”

Por ende, si se adoptara la subrogación maternal en Guatemala, se estaría violentando no solo las leyes internas, sino también los convenios aceptados y ratificados por el país, ya que el mismo concibe como esclavitud la cesión de un individuo para venderle o cambiarle, situación que se pone de manifiesto ante tal prestación, ya que el fin en concreto, es pagar la cesión de un niño, que para la legislación guatemalteca tiene derechos desde su concepción, Artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala y Artículo 1 del Código Civil, aunque ello implique pagar por el alquiler del vientre de la madre, o inclusive si no se persiguiera ninguna compensación económica por parte de la misma, se estaría negociando la transacción de un ser humano.

“La Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente desde 1969, reconoce el derecho a la vida y el respeto a la vida, desde el momento de la concepción; reconoce el derecho a la integridad física, síquica y moral; prohíbe la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes; prohíbe la esclavitud y la servidumbre; y en cuanto a la suspensión de garantías constitucionales, declara que tal suspensión no autoriza la suspensión del derecho a la vida”.³⁰ Tal situación conlleva a replantearse la aceptación de la maternidad subrogada, debido al objeto de lo que se pretende legislar, puesto que

³⁰ Castillo, Jorge. **Ob. Cit.** Pág. 15



ya nuestras leyes e incluso leyes de carácter internacional, han sentado un precedente sobre las diversas formas de esclavitud.

En otro sentido, se debe atender a la propia dignidad humana, "...que se refiere a la igual condición de otra persona humana. La dignidad es de tan importante que por sí misma, genera el **Derecho a la Dignidad Humana.**"³¹ Derecho que corre peligro si se atiende a la regulación contractual de la sustitución maternal o subrogación, ya que no puede atentarse contra los derechos del nuevo ser y privarlo de una situación tan importante, como lo es, el nacer y crecer con la madre que le dio a luz.

Pese a circunstancias que generan que un niño crezca en familias sustitutas, como el caso de la niñez víctima o bien el abandono de niños a causa de la maternidad o paternidad irresponsable, no se puede crear una figura que imposibilite al menor, a crecer en una familia que no sea la que le ha concebido, ya que ello, estaría violentando no solo las leyes vigentes en Guatemala, los convenios internacionales ratificados, sino también, a los derechos del propio menor como ser humano.

4.7. Repercusiones legales en la aceptación de este tipo de relación contractual

Dado el caso de Guatemala, la aceptación en el derecho implica, no solo situaciones de ámbito legal, sino también éticas y morales, debido a ser un país conservador y que basa, la fuente de muchas de sus obligaciones sobre una base religiosa.

³¹ **Ibíd.** Pág. 16



Es entonces, cuando se ponen de manifiesto los diferentes perfiles de explotación a los que ya se han hecho referencia, puesto que se asimila la prostitución y la maternidad subrogada, así también, el reconocimiento de la esclavitud del nuevo ser, ya que se pretende su venta mediante un contrato, queda ahora aclarar la existencia de la cosificación humana implicada en esta práctica.

En Guatemala, la investigación realizada permite tratar el tema con seguridad de la cosificación humana, ya que tal situación actúa en detrimento de las madres gestantes, teniendo en cuenta las situaciones económicas en que viven muchas familias guatemaltecas, las condiciones habituales de su vida y las imposiciones que se les imponen a diario, no lo por carecer de recursos económicos, sino por parte del machismo arraigado aún en nuestra comunidad, inclusive en algunos lugares donde se obliga a trabajar a la mujer desde niña para darle una vida cómoda a los padres o bien a uno de ellos, inclusive si se considera el hecho, que la mujer debe de estar dispuesta a servirle a sus propios hermanos.

En ese sentido, se destacan los siguientes aspectos:

- A) La necesidad económica de las madres y por tanto, la substancial iniquidad de las sumas pagadas a ellas, las que no pueden ser vistas desde ningún punto como prestaciones económicas, "ya que las formas, la duración y los riesgos implicados en esta práctica parecen incomparables con los de cualquier otro trabajo."³²

³² Palazzani, L. **Los valores femeninos en bioética**. Pág. 68



- B) La segregación en las conocidas como baby farms o clínicas que practican la fecundación, para que sean protegidas, también, de los efectos de la estigmatización y reprobación social que acompañan normalmente a estos contratos, con las graves limitaciones que esto implica.
- C) La obligación contractual prevista, de someterse a una cesárea para proteger la salud del niño de las posibles complicaciones del parto, olvidando las exigencias de la salud materna, cuyos riesgos pueden derivar de las condiciones higiénico sanitarias de los hospitales en Guatemala, la tasa de mortalidad materna, las posibles complicaciones posteriores al parto y la ausencia de coberturas sanitarias previstas en esta hipótesis.
- D) Las asimetrías informativas, culturales y sociales normalmente existentes entre los miembros de la pareja comitente por un lado, y la madre subrogada por el otro.
- E) De igual forma, los riesgos en la salud psíquica de la madre gestante, especialmente en especialmente en la fase del post parto, cuando tendrá que separarse del recién nacido, sin que el contrato prevea nada para atenuar estos riesgos o ayudar a la madre en esta fase.
- F) La obligación, contemplada en el contrato mismo, de abortar fetos con malformaciones, lo que ha sucedido en otros países, llegando al punto mismo de establecer cláusulas específicas de coercibilidad para la madre; o de someterse a una reducción embrionaria, en el caso de un embarazo múltiple, lo que implica



quitarle la vida a alguno de los embriones, sin que se garantice a la mujer ningún tipo de apoyo, moral o material, en el caso que quiera hacer una elección diferente.

- G) La obligación de renunciar por adelantado, a cualquier derecho parental sobre el niño, obligación que también incide en la esfera jurídica del marido de la gestante, que tendrá que declarar, desde el principio, que hará todo lo que sea necesario para rechazar la presunción de paternidad. Con ello, se derivan diversas situaciones como el caso, de considerarse el como padre biológico y que ello pueda atender a la misma prueba de ADN.
- H) La caducidad de cualquier efecto contractual y de cualquier obligación jurídica para los contratantes, en el caso de que el niño no resultase hijo biológico del padre comitente. Esto también, en el caso de que una eventualidad tal no sea atribuible a la responsabilidad de la madre gestante.
- I) La falsedad de las relaciones entre la madre gestante y la pareja comitente que deberían de sobrevivir más allá del momento del alumbramiento, pero que normalmente parecen destinadas a durar en el tiempo, generando más frustraciones en la madre gestante.

De lo expuesto, puede deducirse que la cosificación, la instrumentalización y la despersonalización de la madre gestante son efectos y caracteres propios, "...constitutivos de la subrogación maternal, no vinculados a la eventualidad de unos abusos perpetrados en detrimento de la parte contractual más débil en aquellos países



en los que parece más fácil violar las prerrogativas jurídicas fundamentales de una persona.³³

Siendo el caso de Guatemala, donde las leyes han sido violentadas por el sector económicamente más fuerte, inclusive por el mismo sector político que goza de prerrogativas que le sujetan en una escala superior frente a toda la población y que le permite, violentar las mismas normas a que debe de estar sujeto todo individuo; lo que conlleva, a la no permisibilidad de regulación de la maternidad subrogada, no solo debido a las consideraciones expuestas en ésta investigación, sino al hecho mismo de la dignidad humana, ya que si se estarían desprotegiendo los valores de la propia mujer.

Situación que deja en tela de juicio la lucha de las mismas féminas por el reconocimiento de sus derechos, ya que si bien es cierto, estos apelan a tener un trato en igualdad de condiciones y a no ser tratadas como objetos sexuales, ello implicaría un retroceso en todo ello, puesto que entonces se estaría llevando al mismo nivel de la prostitución a la maternidad subrogada y ello también, dándole una conceptualización de esclavitud humana, por la venta del nuevo ser, significando al mismo como mercancía y desatendiendo el valor mismo de la vida.

En conclusión, los efectos legales más que positivos para las familias infértiles serían negativos para las familias guatemaltecas y para el propio ser humano, que aún encuentra un asilo en las consideraciones establecidas en la normativa guatemalteca y

³³ Donchin, A. **Reproductive tourism and the quest for global justice**. Pág. 323



que aún con las complicaciones frente a los problemas que se suscitan en la sociedad, velan por la dignidad humana. Ello, con la finalidad de darle el valor que tiene la mujer y atendiendo a la lucha establecida por ellas mismas, para no ser tratadas como cosas, objetos, sino también, para demostrar que pueden dar mucho dentro de nuestra sociedad.

En otro sentido, cabe señalar que los casos en que la madre acepta la subrogación cuando no tiene un objeto puramente económico, son muy pocos y rara vez se dan en países subdesarrollados, como el caso de Guatemala, además, el hecho de no tener necesidades económicas no implica que el consentimiento se presente siempre de manera no viciada. Como por ejemplo en países desarrollados puede darse el caso de mujeres que se prostituyen para pagar sus estudios o algunas necesidades, inclusive comodidades.

En realidad, para que una elección libre se pueda dar, revelando la autenticidad humana y moral, presupone una triple instancia: una alternativa real entre las opciones posibles, la necesidad de elegir y la autonomía de la deliberación, sin que haya nada que la condicione, inclusive situaciones externas.

Atendiendo a ello, como el hombre es persona su dignidad, que deriva de su ser y de sus fines, exige que obre y sea tratado de forma determinada, "...estas reglas



constituyen la ley natural, la verdadera ley. La ley natural no abarca toda actividad posible del hombre sino es la base del ordenamiento jurídico y político”.³⁴

Puesto que existen derechos naturales, existe la ley natural y es acorde con la actividad que esté acorde con los fines del mismo hombre. Con lo único que nace el hombre respecto de la ley natural es con la correcta disposición de la razón, el hábito o la virtud innata de saber qué es lo que está bien o mal, sin embargo, se considera que la ley natural puede desobedecerse, y no hacen falta ejemplo de ello, circunstancias que solo han ocasionado males al propio ser humano.

Desde el punto de vista de los derechos humanos, la base de ellos es la propia dignidad humana, misma que tenemos gracias a nuestra inteligencia, libertad y voluntad, lo que implica que el ser humano se comporte como tal y conforme su naturaleza cuyo límite es el bien común y los derechos de terceros.

En ese sentido, se han distorsionado los mismos derechos humanos, ya que en la actualidad muchas personas afirman que hay muchos derechos humanos, sin embargo, como resultado de esta investigación, se entiende que los mismos, son prerrogativas correspondientes al ser humano por el simple hecho de serlo y tienen su base en la dignidad humana y en el hecho de ser persona, por ello puede revelarse su existencia en cualquier tiempo y lugar, lo que les hace inalienables, igualitarios y universales.

³⁴ Hervada Xiberta, Javier. **¿Qué es el derecho?**. Pág. 48



Lo anterior conlleva a dividir los derechos humanos en cuatro: la libertad, la vida, la igualdad y la propiedad, ya que de ellos se derivan los demás, como por ejemplo: el derecho humano de libertad de tránsito, de hacer lo que la ley no prohíbe, la libertad de religión, de elección de trabajo y de la forma en que se debe formar una familia. Ante esto, también pueden entenderse que existan derechos subjetivos relacionados con el ser humano, como la salud, la integridad de la persona, la prohibición de la tortura, el derecho a la educación y otros.

En conclusión, como resultado final de la investigación, no existe el derecho a tener un hijo, sino el derecho subjetivo a formar una familia, con la entera libertad de decisión respecto al número y espaciamiento de los hijos, Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pero como todo derecho tiene límites empezando por el bien común y el respeto a los demás, por lo mismo, previo a reconocer la subrogación maternal en nuestra legislación, deben de realizarse análisis sobre el tema, investigaciones y estudios exhaustivos respecto de las consecuencias legales y psicológicas que acarrea para los menores, la madre y la sociedad en general.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Para esta investigación, es de suma importancia determinar cuál es la problemática encontrada y para efectos de la presente se determinó cuáles son las consecuencias jurídicas, sociales y culturales, de la práctica de la maternidad subrogada en la sociedad guatemalteca. En aspectos jurídicos es importante conocer la problemática legal que esto representa para el mismo ser humano e inclusive si se tratase solo de la mujer.

La base legal de la misma, la constituyen la propia Constitución Política de la República de Guatemala, y el Código Civil, en cuanto a la protección del nacimiento del nuevo ser, desde su concepción, no menospreciando el derecho internacional y la experiencia de otros países en cuanto a ello; en esa base, quienes intervienen actualmente en esa relación contractual, contravienen las leyes guatemaltecas y debido a carecer de una regulación específica que norme dicha relación o incluso la prohíba, deja indefensa a las madres y al mismo hijo, a reclamar derechos e inclusive a perseguir penalmente a determinados sujetos por una mala práctica médica.

La solución a la problemática, objeto de investigación, la constituye el replanteamiento por parte del legislador para poder aceptar este tipo de prácticas o bien, rechazarlas, a fin de tener certeza clara sobre el tema, para quienes ven en Guatemala una fuente de comercialización, aprovechando el déficit económico de las familias. Con ello se brindaría seguridad jurídica, deduciendo las responsabilidades legales a quienes incumplan, inclusive dándole un seguimiento penal si fuere el caso.



BIBLIOGRAFÍA



ASCARLLI, Tulio. **Iniciación al estudio del derecho mercantil**. Barcelona, España. Ed. Bosch, 1984.

ARRANZ, Pilar. **Vientres de alquiler, la polémica que no acaba**. Ilustraciones Pablo Gallo, España, 2014.

ARVIDSSONM, Anna; JOHNSDOTTER, Sara; **Views of Swedish commissioning parents relating to the exploitation discourse in using transnational surrogacy**. Academic editor, Norbert Gleicher, Center for human reproducción, United States, 20015.

BALLÚS, Puri. **Enciclopedia temática time life**. Editorial Thema. S.e. México, 2003.

BELLUSCIO, Augusto César. **Nociones de derecho familiar**. Bibliográfica Omeba. Bernardo Lerner, Editor ejecutivo. México, 1977.

BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Tomo 1, Editorial Académica Centroamericana, S.A. España, 1982.

BLÁSQUEZ FÉRNANDEZ, O. P., Niceto. **La bioética y los hijos del futuro**. Editorial Visión Net. S.e. México, 2004.

BUESO DE LIGORRÍA, Claudia María, **La importancia de los centros financieros offshore y la traducción jurada dentro del ámbito jurídico y del comercio internacional**. Guatemala, 2004.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Ed. Heliasta. 1993

CASCIANO, Antonio. **La subrogación en la maternidad**. S.e. Universidad de Salerno. Córdoba, España, 2016

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas, sexta edición 2008.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Derecho mercantil**. Ed. Herrero, México 1975

CHÁVEZ CHÁVEZ, José Luis. **Los paraísos fiscales y su impacto global en América Latina**. Imp. CIMEXUS Vol. IX, No.2, México. 2014



CHÚA ÁVILA, Karla Benedicta. **Análisis jurídico y doctrinario de la escisión de las sociedades mercantiles y la falta de regulación en nuestra legislación.** S.e. Guatemala, 2008.

DONCHIN, A. **Reproductive tourism and the quest for global justice.** S.e. Tampa, Florida. 2018.

DRANE, James. **Una historia personal de la bioética en América Latina.** Acta Bioethica, Vol. 9, Chile, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introducción teórica a la historia del derecho.** Juruá editorial. Universidad Carlos III de Madrid. 2012.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián. **Derecho familiar.** Editorial Publicidad y Ediciones Gama, S.A. 1ª. Edición, México 1972.

HANNA, j. K. M. **Revisiting child-based objections to commercial surrogacy.** Volumen 24. S.e. Barcelona, 2010

HERVADA XIVERTA, Javier. **¿Qué es el derecho?** Editorial Eunsa. Ediciones Universidad de Navarra. España, 2013

OROZCO, E, LUNA, Javier. **La bioética en Bolivia: antecedentes y proyecciones.** S.e. Bolivia, 2011.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Ed. Heliasta, Argentina, 1989.

PALAZZANI, L. **Los valores femeninos en bioética.** S.e. Barcelona, 2003.

P. CAPPELLINI. **Del derecho romano al derecho moderno.** Ed. Einaudi, Italia. 2003

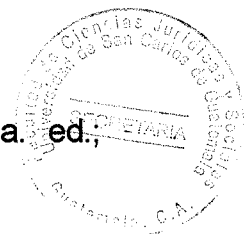
REALE, Miguel. **Introducción al derecho.** Quinta edición. Ediciones Pirámide S.A. Madrid 1982

RECASENS, Luis. **Introducción al estudio del derecho,** séptima edición. Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1985

ROCA MENÉNDEZ, Manuel Vicente. **Las obligaciones civiles.** S.e. Imprenta BG. Guatemala, 2006.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Guatemala: Ed. Serviprensa Centroamericana, 1978

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 3t.; 2da. ed., Guatemala: Ed. Universitaria, 1985.



<http://babygest.es/opinion-de-la-iglesia-sobre-maternidad-subrogada/> (consultado: el 20/05/2019)

<https://www.elpais.com> (consultado 20/05/2018)

<https://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/comtente/>(consultada:20/05/2019)

https://es.wikipedia.org/wiki/Fuentes_del_derecho. Consultado 23/09/2018 y el 20/05/2009.

<https://lahora.gt/hemeroteca-lh/planificacion-familiar-y-salud-sexual-tabu-en-la-sociedad-guatemalteca/> (consultado el 02/06/2019)

https://www.oj.gob.gt/estadisticafamilia/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=1 (consultado el 10/06/2019)

Legislación

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

Código Civil, Decreto Ley 106. 1694.

Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. 1970.

Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala. 2002.

Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala. 2010.