

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



**MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR  
DEL NIÑO EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

**RUBENIA DEL SOCORRO CUADRA**

**GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2021**

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

**MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR  
DEL NIÑO EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**RUBENIA DEL SOCORRO CUADRA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, noviembre de 2021

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

**DECANO:** M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras

**VOCAL I:** Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

**VOCAL III:** Lic. Helmer Rolando Reyes García

**VOCAL IV:** Br. Denis Ernesto Velásquez González

**VOCAL V:** Br. Abidán Carias Palencia

**SECRETARIA:** Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**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).



**LIC. WILBER JOEL NAVARRO VÁSQUEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

6 av. 3-11 Zona 4  
Ciudad de Guatemala  
Tel. 24112411 ext. 3004- 532121203

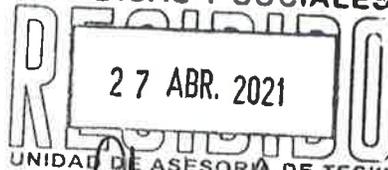
Guatemala 26 de octubre de 2020

Licenciado

**Roberto Fredy Orellana Martínez**

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho.

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES



Hora:  
Firma: *J. Masulime*

Respetable Licenciado Orellana Martínez:

En atención a la providencia emitida por esta unidad con fecha veintinueve de junio del año dos mil veinte, en el cual se me nombra **asesor** de tesis de la bachiller **RUBENIA DEL SOCORRO CUADRA**. Declaro que no tengo ningún impedimento legal ni moral para desempeñar el cargo de asesor, no soy pariente de la estudiante ni ella tiene relación de dependencia con el suscrito. Se le brindó la asesoría de su trabajo de tesis TITULADA **“MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA”**; en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

La estudiante realizó un análisis documental y jurídico en materia constitucional, civil, familia y derechos humanos. En el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, la estudiante manifestó sus capacidades en investigación, utilizando técnicas y métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema.

La contribución científica oscila en la recolección de información de diferentes leyes comparadas, que será legalmente hablando de gran apoyo a todas las personas que decidan proponer iniciativas de ley; abarcó las instituciones jurídicas relacionadas a los

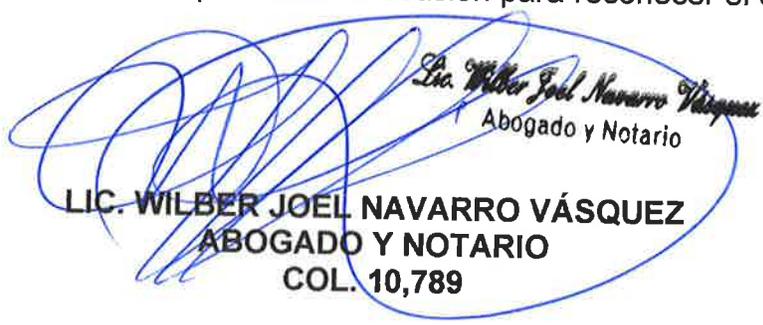


temas desarrollados, definiciones y doctrinas, así como el marco legal de la materia, el cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama del derecho y así cumplir con un aporte al derecho por su estudio analítico.

La estudiante aceptó las sugerencias realizadas durante la elaboración de la tesis, y aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, sin embargo, pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero, en cualquier caso, se encuentran fundamentados, puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia. Con respecto a la conclusión discursiva, mi opinión es que es acorde al tema investigado y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo de la bachiller **RUBENIA DEL SOCORRO CUADRA**, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con las normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, la conclusión discursiva y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo asesorado.

Con muestra de mi consideración y estima, me suscribo, como atento y seguro servidor, no dejando la oportunidad de aprovechar la ocasión para reconocer el excelente trabajo de la ponente.

  
Lic. Wilber Joel Navarro Vásquez  
Abogado y Notario  
**LIC. WILBER JOEL NAVARRO VÁSQUEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**COL. 10,789**



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS  
PRIMER NIVEL EDIFICIO 5-5

REPOSICIÓN POR: Corrección de datos  
FECHA DE REPOSICIÓN: 17/06/2021



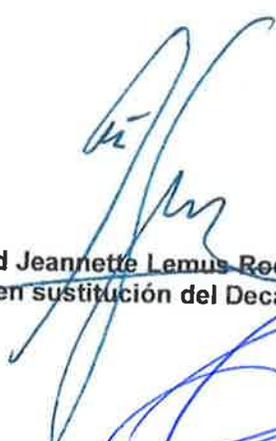
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. uno de junio de dos mil veinte

Atentamente pase al (a) profesional **WILBER JOEL NAVARRO VÁSQUEZ** para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **RUBENIA DEL SOCORRO CUADRA**, con carné **201180029** intitulado **MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**. Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



  
**Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodriguez**  
Vocal I en sustitución del Decano



  
**Lic. Wilber Joel Navarro Vásquez**  
Abogado y Notario

Fecha de recepción: 15 / 10 / 2020

(f)

Asesor (a)

(Firma y Sello)



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, veintisiete de abril del dos mil veintiuno.**

Atentamente pase a Consejero de Comisión de Estilo Lic. **MARVIN OMAR CASTILLO GARCÍA**, para que proceda revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **RUBENIA DEL SOCORRO CUADRA** con carné **201180029**.

**Intitulado: "MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA."**

Luego de que el estudiante subsane las correcciones, si las hubiere, deberá emitirse el dictamen favorable de Comisión de Estilo, conforme lo establece el artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de la Licenciatura de Ciencia Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



**"ID Y ENSEÑAD A TODOS"**



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

AJLR/jptr



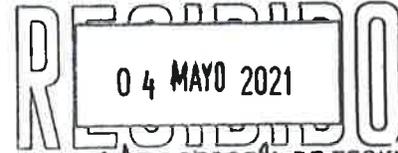


Guatemala 04 de mayo de 2021

**JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS  
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

**JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS**

**FACULTAD DE CIENCIAS  
 JURÍDICAS Y SOCIALES**



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

Hora: \_\_\_\_\_

Firma: *[Handwritten Signature]*

Por este medio me permito expedir **DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE**, respecto de la tesis de **RUBENIA DEL SOCORRO CUADRA** cuyo título es **MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**.

El estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente

Atentamente

**ID Y ENSEÑAD A TODOS**

*[Large handwritten signature]*

Lic. Marvin Omar Castillo García  
 Consejero de Comisión de Estilo.



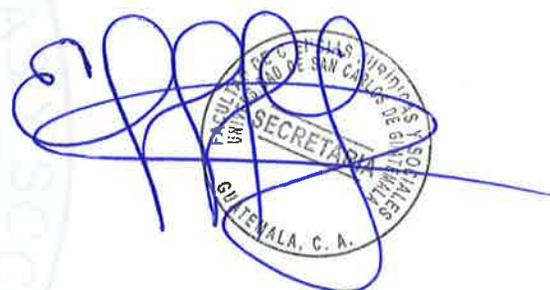


**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante RUBENIA DEL SOCORRO CUADRA, titulado MATERNIDAD SUBROGADA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA REPÚBLICA DE 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.



CEHR/JPTR.





## DEDICATORIA

### A DIOS:

Al todopoderoso por su amor, por su gran misericordia que me ha guiado a lo largo de toda mi vida y que me ha permitido cumplir con este sueño a él sea la honra y la gloria.

### A MI MADRE:

Sara Del Socorro Dávila Mendoza, por darme la vida y ser parte esencial en ella quien me enseñó que el mejor conocimiento que se puede tener es el que se aprende por sí mismo, aunque físicamente ya no estés siempre te llevo en mi corazón.

### A MI HIJO:

Byron Daniel Juárez Cuadra, por ser mi mayor motivación para lograr esta meta, por su apoyo y su amor incondicional gracias mi príncipe por todo y tanto eres el tesoro más valioso que tengo, lo mejor de mí.

### A:

Byron Juárez, por el apoyo brindado en su momento, Dios te bendiga.

### A MIS HERMANOS:

Isabel Gómez más que una amiga una hermana gracias por tu tiempo, gracias por los esfuerzos que hiciste para apoyarme y así lograr esta meta a mi hermana Indiana Dávila, Rubén, Gabriela En memoria Néstor y Moisés que en paz descansen gracias por su apoyo incondicional.

### A MIS AMIGOS:

Licenciados Astrid Yanes, Elmer Xajil, Rosario Arteaga, Juany mayen, Shayla Rosales Karoll, Jacobo, Daniel Muñoz, Ruth, Claudias peñas, Laura Peralta, Baronesa, Erick Álvarez, Eveling Vargas, Sara, Alejandra Beato, Fredy, en memoria de Braulio Hernández, Alan Aguilar, Alejandra, Sonia, Jalila; por su apoyo, ayuda y compañía en el

transcurso de la carrera y en su culminación. Los aprecio mucho y les deseo todo el éxito del mundo.



**A MIS AMIGAS:**

Emmory carias, gracias por estar en mi vida y darme la motivación para terminar este sueño eres una persona maravillosa, Michelle Gómez, Lorena Alvarado, Sindy Meza y Melanie Peña gracias por su inmenso cariño, amistad y apoyo incondicional que me brindaron cada una en su momento para lograr esta meta.

**A:**

Licenciado Wilber Navarro, por los consejos, apoyo y tiempo que me brindó para la elaboración de mi trabajo de tesis.

**A:**

La Universidad de San Carlos de Guatemala, cuna de conocimiento y forjadora de sueños.

**A:**

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, casa de estudios que me abrió las puertas y proveyó de docentes idóneos y capacitados, instruyéndome con métodos y estrategias actuales de enseñanza que me permitieron la oportunidad de formarme profesionalmente

## PRESENTACIÓN



Esa investigación pertenece a la rama del derecho constitucional, familia civil y derechos humanos, por ello utilizó el método cualitativo, ya que se estudió la maternidad subrogada y el interés superior del niño en la República de Guatemala, así como la importancia de regular la figura del contrato de maternidad subrogada.

El objeto de estudio consistió en establecer que la maternidad subrogada en la República de Guatemala, no existe legislación que promueva el desarrollo de esta institución, no obstante, existe la necesidad de regularla por ser un acontecimiento que día a día se constituye como una realidad.

El sujeto de estudio es la figura de madres subrogada en cuanto a establecer que no se viola el interés superior del niño, debido a que este nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal preexistente que lo proteja y le brinde seguridad jurídica.

El periodo de la investigación está comprendido desde el mes de octubre del año 2019 a septiembre del año 2020, debido a la complicación de conseguir información en el ente encargado de la investigación, así como en los tribunales de justicia.

Por lo anterior, el trabajo de tesis servirá como aporte académico a la Universidad de San Carlos de Guatemala, a estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo interesante del tema de investigación jurídico-social.

## HIPÓTESIS



La maternidad subrogada es una figura que jurídicamente no existe en la legislación guatemalteca, por lo que no hay manera de poder redactar un contrato de este tipo, del cual deviene como resultado la práctica de acciones ilegales para llevarlos a cabo; es decir, para reconocer como madre legal a la mujer que no pudo gestar y que desea utilizar la técnica de gestación subrogada, es necesario reformar el código civil, para que se pueda ampliar la filiación por gestación subrogada.

## COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS



Se comprobó la hipótesis utilizando el método jurídico descriptivo, al establecer que la figura de maternidad subrogada nace con el objetivo que los médicos y científicos, otorguen una opción a las parejas que por alguna deficiencia física reproductiva no les permita procrear; considerando que el derecho a la vida, constituye un bien jurídico tutelado por la Constitución Política de la República de Guatemala, del cual ninguna persona puede ser privado, es por ello, la necesidad de implementar de una ley que regule la gestación por sustitución y este se dé a conocer ante toda la población guatemalteca.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, se consagra el derecho a la vida, derecho a la familia, derecho a la salud, y a la reproducción, es idóneo que el organismo legislativo, promueva alguna regulación que integre la figura de la maternidad subrogada, en el ordenamiento legal, juntamente con las disposiciones que garanticen la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a favor de personas que no pueden tener hijos de una forma natural, así que estas prácticas no sean realizadas por motivos comerciales.

La maternidad subrogada debiera regularse como una nueva institución social del derecho civil social de familia en un apartado propio de manera similar a instituciones como el matrimonio, la adopción y el patrimonio familiar.

# ÍNDICE



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

## CAPÍTULO I

1. Maternidad subrogada.....	1
1.1. Antecedentes históricos de la maternidad subrogada.....	4
1.2. Definición.....	7
1.3. Naturaleza jurídica.....	10
1.4. Características.....	12
1.5. Clases de maternidad subrogada.....	14
1.6. Elementos de la maternidad subrogada.....	17
1.6.1. Elemento personal.....	17
1.6.2. Elemento real.....	18
1.6.3. Elemento formal.....	18
1.7. Tipos de madres subrogadas.....	19
1.8. Causas que dan origen a la maternidad subrogada.....	21
1.9. Sujetos que intervienen en el proceso de gestación subrogada.....	23
1.10. Derechos de los sujetos que interviene en el proceso de gestación subrogada.....	25
1.11. Obligaciones de los sujetos que intervienen en el proceso de gestación subrogada.....	27

## CAPÍTULO II

2. El contrato de maternidad subrogada.....	29
2.1. Definición de contrato de maternidad subrogada.....	32
2.2. Naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada.....	34
2.3. Características del contrato de maternidad subrogada.....	37
2.4. Elementos del contrato de maternidad subrogada.....	39



2.5. Nulidad del contrato de maternidad subrogada.....	40
2.6. Cláusulas esenciales y formalidades.....	43
2.7. Requisitos del contrato de subrogación.....	45
2.8. El contrato de subrogación como negocio jurídico.....	46
2.9. Pacta sunt servanda vs. Rebus sic stantibus.....	48
2.10. Partes que intervienen en el contrato de madre subrogada.....	49
2.11. Calificación jurídica del contrato de madre subrogada.....	50
2.12. Efectos jurídicos del contrato de maternidad subrogada.....	52
2.13. Porque la misma persona no puede ser objeto de un contrato.....	57
2.14. Irrenunciabilidad de la patria potestad a través de un negocio jurídico contractual.....	59

### CAPÍTULO III

3. Derecho comparado de la maternidad subrogada en legislaciones extranjeras.....	61
3.1. Estados Unidos de América.....	62
3.2. Canadá.....	66
3.3. México.....	68
3.4. Brasil.....	72
3.5. Inglaterra.....	73
3.6. Australia.....	76
3.7. Ucrania.....	78
3.8. Israel.....	80
3.9. Rusia.....	83
3.10. India.....	85
3.11. Guatemala.....	88

### CAPÍTULO IV

4. Maternidad subrogada y el interés superior del niño en la República
--



de Guatemala.....	91
4.1. El derecho de familia.....	93
4.2. La familia.....	96
4.3. Principio de Interés Superior del Niño.....	99
4.4. Derecho de los niños y niñas a tener una familia.....	104
4.5. Derecho a la salud reproductiva.....	106
4.6. Libertad de procreación.....	108
4.7. Sujetos de la libertad de procrear.....	111
4.8. El derecho de familia, en relación a las nuevas técnicas de reproducción humana, y el derecho a la procreación humana.....	111
4.9. Reconocimiento del hijo que nace de un vientre de alquiler.....	112
4.10. La paternidad y la maternidad en contraste con el alquiler de vientre.....	113
4.11. Deberes y derechos que nacerían de la subrogación maternal respecto de los elementos subjetivos, responsabilidad jurídica.....	116
4.12. Conflictos generados por la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada.....	119
4.13. Importancia de regular la figura del contrato de maternidad subrogada.....	121
4.14. Análisis del presente trabajo.....	126
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	<b>135</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>137</b>



## INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada tradicional, nació en respuesta a los problemas de infertilidad, por no ser suficiente hoy día y no solucionar la creciente problemática; surge la subrogación gestacional, perfeccionándose a tal grado, que, en muchos países del mundo, ya es concebida como una institución del derecho y, por ende, totalmente viable, permitida y bondadosa por sus efectos; desafío que debe superarse también en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Los avances de la tecnología y la medicina, permiten que existan figuras como la maternidad subrogada a la cual pueden optar los matrimonios y parejas unidas de hecho, cuando existan causas de esterilidad o infertilidad que no le permitan formar una familia, por ello se debe actualizar la legislación guatemalteca en materia civil, para incorporar esta figura dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. La gestación por sustitución ha demostrado ser de mucha ayuda para las parejas que quieren crear una familia.

Actualmente, en Guatemala se ha venido practicando desde hace varios años, procedimientos de sustitución maternal, desapegados y al margen de la ley; siendo una práctica clandestina que representa para los elementos subjetivos que intervienen, un ámbito de inseguridad, hallándose el derecho a la vida, salud y la familia, en grave peligro, haciendo posible su comercialización y destinándosele a fines ilícitos y deplorables.

El Estado de Guatemala, no ha adoptado una postura de repudio o abrazar la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico del país, las normas que regulan las instituciones del derecho de familia son vigentes pero el legislador al momento de ser creadas dichas normas no concibió la posibilidad de que surgieron situaciones que son absolutamente nuevas como la maternidad subrogada; esto genera muchos dilemas legales y éticos, especialmente de quien es la madre legal, alterando dramáticamente normas sociales y crea distintos enfoques legales.



El objetivo general de la investigación fue: analizar la figura jurídica que posibilite incorporar legalmente la maternidad subrogada a la legislación guatemalteca, para reflexionar sobre el vacío normativo que existe de esta práctica presente y los específicos fueron: establecer los vacíos jurídicos existentes en la legislación guatemalteca respecto a la regulación de la maternidad subrogada, analizar los derechos de los diferentes sujetos de derecho que interviene en esta relación compleja como el padre, madre, madre portadora del embrión y niño gestado y estudiar aspectos de derecho comparado respecto a la maternidad subrogada.

Se comprobó la hipótesis, en el sentido que la maternidad subrogada es una figura que jurídicamente no existe en la legislación guatemalteca, por lo que no hay manera de poder redactar un contrato de este tipo, del cual deviene como resultado la práctica de acciones ilegales para llevarlos a cabo; es decir, para reconocer como madre legal a la mujer que no pudo gestar y que desea utilizar la técnica de gestación subrogada, es necesario reformar el código civil, para que se pueda ampliar la filiación por gestación subrogada. Para el desarrollo del trabajo se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, inductivo, deductivo; y, las técnicas de investigación empleadas fueron la documental y la científica jurídica.

Esta tesis está contenida en cinco capítulos, de los cuales el primero, tiene como propósito el trabajo, Maternidad subrogada, sujetos que intervienen en el proceso de gestación subrogada; el segundo, trata lo relacionado al contrato de maternidad subrogada, elementos del contrato de maternidad subrogada; en el tercero trata el derecho comparado de la maternidad subrogada en legislaciones extranjeras; y el cuarto, capítulo, está dirigido a describir la maternidad subrogada y el interés superior del niño en la República de Guatemala, conflictos generados por la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada, así como el análisis del presente trabajo

Por lo anterior, el presente trabajo de tesis servirá como aporte académico a la Universidad de San Carlos de Guatemala, a estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo interesante del tema de investigación jurídica y social.



## CAPÍTULO I

### 1. Maternidad subrogada

Ser madre es un sueño que tienen muchas mujeres desde que son pequeñas; se tiene la cultura o la costumbre que las niñas jueguen a ser mamás, con muñecas, casitas, carruelas, y otros juguetes; cuando esas niñas crecen y llegan a una edad de noviazgo, ese sueño se empieza a construir, muchas parejas de novios charlan sobre cómo van a ser sus hijos, sobre cuántos quieren tener, cómo los van a educar, hasta el punto de imaginar el color de la habitación en donde los van a colocar.

Ser madre es una de las labores más dolorosas que existen, pero a la vez es una de las situaciones más gratificantes y satisfactorias, cuando se da la noticia que una mujer está en labores de parto es un evento en donde normalmente se junta la familia, se comparten las preocupaciones, y se celebran las alegrías. Las mujeres al momento de tener en sus brazos a su bebé, inmediatamente su corazón y sus ojos se llenan de amor e ilusión.

Por otro lado, es importante hacer hincapié que existen mujeres que no tienen la posibilidad de concebir hijos, esto es porque tienen alguna deficiencia física, o porque seguramente lo padecen sus parejas, hace pocos años el sueño de estas personas parecía imposible, pero gracias a los adelantos tecnológicos, la esperanza ha regresado a sus vidas, esta nueva oportunidad de tener hijos se ve reflejada en la creación de nuevas formas de reproducción humana.



Guatemala, es un país que se caracteriza por contar con una alta tasa de natalidad, sin embargo, para otro grupo de mujeres la situación es otra, pues derivado de múltiples complicaciones ginecológicas genéticas o adquiridas, se ven imposibilitadas para procrear un hijo dentro de su claustro materno, por lo que recurren a otras alternativas, dentro de otras, utilizar el útero de otra mujer que no tenga problemas para fecundarse.

La maternidad subrogada implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante; este término es utilizado para la sustitución en la que una mujer (la madre sustituta) queda embarazada y tiene un hijo por otra mujer (la futura madre) que carece de la capacidad física para hacerlo. La intención es que la sustituta tenga como objetivo absolutamente desde el comienzo, de entregar al niño directamente a los futuros padres.

La maternidad subrogada es un hecho social que se dispersa en varios países del mundo, y surge sobre un valor, el cual se le denomina amor, es el acto a través del cual una mujer, hombre, o pareja de esposos, que por sufrir de algún problema físico, genético, o biológico, encargan a otra mujer a través de un acto jurídico donde expresamente se confieren un conjunto de derechos y obligaciones, la gestación de un embrión por el período que la naturaleza imponga, para que al momento de la concepción el niño recién nacido, sea entregado a sus papas que lo han encargado.

En otras palabras la maternidad subrogada o sustitutiva ocurre cuando una mujer



tomando el lugar de otra presta su vientre a modo de que en él se desarrolle una criatura la cual llevará a término para luego ser entregada a otra persona distinta de sí misma, quien le criará como propia, se entiende el hecho de que a una mujer le implanten en su útero un embrión de una pareja, para que lleve a cabo el embarazo y desarrollo del mismo y dar a luz al hijo en beneficio de esta pareja, a cambio de una retribución pecuniaria.

La figura de madre subrogada, que también se le conoce como maternidad substituta, maternidad por sustitución, maternidad portadora, maternidad de alquiler, alquiler de vientres, locación de vientres, arrendamiento de vientres, alquiler de útero, locación de útero, arrendamiento de útero, donación temporal de útero, donación de vientre, préstamo de útero, préstamo de vientre, gestación por sustitución, gestación por cuenta de otro, gestación subrogada, entre otras.

Madre subrogada es una corriente que se origina en casos en que debido a enfermedades en su aparato reproductor la madre original no puede anidar y desarrollar el embrión por lo que es introducido en tracto genital de una mujer que no es la madre genética y que preparada médicamente para ello anidará el embrión, desarrollará un embarazo y dará a luz; lógicamente se puede intuir que una madre sustituta es a quien se le encarga gestar un embrión, por serle imposible gestarlo a otra que naturalmente tendría que hacerlo, pero a continuación, se aclarará todo lo que implica la maternidad substituta o subrogada.

La maternidad tiene la protección del Estado, el que velará en forma especial por el



estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven, la maternidad contiene derechos de asistencia social a manera de prevenir riesgos, tanto de la madre como del hijo en el estado en el cual este último depende de su progenitora y a la vez la madre depende de las condiciones de previsión contenidas y puestas en práctica en la sociedad.

### 1.1. Antecedentes históricos de la maternidad subrogada

El problema de la infertilidad biológica o la incapacidad física de tener hijos y reproducir familia se conoció y tiene origen desde los tiempos antiguos. La idea del vientre de alquiler o subrogación maternal se gestó en el mundo y particularmente tal idea en las personas desde hace mucho tiempo atrás, son innumerables las teorías y los datos históricos existentes que establecen el origen de esta práctica, usada esta palabra en sus inicios, ya que con el devenir de la historia y con la evolución no solo de la tecnología sino del conocimiento humano, se hace más puntual denominársele una institución como tal, esto por llevar inmersa un plexo de elementos que hacen merecerle tal nominación y no solamente una práctica.

La historia data muchos otros casos similares de la solución del problema de infertilidad, se asegura que las siervas y las concubinas en aquel entonces se usaron como las madres de alquiler en muchos países del mundo, claro está que en aquel entonces fue posible sólo la llamada subrogación tradicional. Es importante hacer mención que existen varios países en donde aún practican la gestación por subrogación tradicional, por no tener el conocimiento de las nuevas técnicas de reproducción asistida, y,



además, por carecer de medios económicos o simplemente por preferir que quien sea la gestante sea persona conocida o allegada a la pareja.

Hace tres décadas nació el primer bebé por fecundación *in vitro*. Se calcula que a partir de entonces en el mundo han nacido cerca de tres millones de bebés por tratamientos de reproducción médicamente asistida. Un reciente informe publicado por la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología dice que ahora las clínicas de fertilidad están dedicándose a transferir sólo un embrión durante un tratamiento, para reducir el número de nacimientos múltiples.

Estos tratamientos de procreación médicamente asistida pueden lograrse mediante la fecundación homóloga o mediante la fecundación heteróloga, dependiendo de dónde provienen el óvulo y el espermatozoide. Lo normal es que la mujer que quiere ser madre y no puede serlo por problemas de infertilidad, se somete al tratamiento y, por lo general, lo consigue no sin antes haber superado grandes dificultades y esfuerzos médicos, psicológicos y económicos.

Mediante estos tratamientos muchos matrimonios o parejas de hecho han conseguido su deseo de ser padres. Desde hace algunos años a estos tratamientos de procreación médicamente asistida no sólo asisten mujeres solteras, matrimonios y parejas heterosexuales, sino también lo están haciendo parejas homosexuales. Se está dando otro fenómeno social que cada vez tiende a extenderse más y es el de las madres subrogadas que alquilan sus vientres para que otra mujer pueda ser la madre de la criatura.

Este fenómeno se debe a muchos factores, entre ellos, a que las mujeres retrasan más la edad para ser madres con la consecuente dificultad e infertilidad para lograr la maternidad; a que hay mujeres que no tienen pareja, pero quieren ser madres; a la esterilidad de la mujer; a que hay un incremento de los deseos de paternidad en las parejas homosexuales de hombres gay, que para conseguir un hijo recurren al alquiler de vientres.

Las prácticas de maternidad sustitutiva, llamó por primera vez la atención internacional en la época moderna a mediados de los años 70, cuando se produjo una reducción en el número de los niños disponibles para adopción, y el aumento de especialización en técnicas en embriología humana, hicieron de estos métodos, una alternativa viable. Es producto de siglos de investigación en todos los campos del conocimiento humano y, sobre todo, en la biología, la genética, eugenesia, biotecnología, ingeniería genética, la química, la matemática, la física, la sociología, la psicología y la medicina.

A mediados de los años 80, médicos dedicados a la investigación del tema, fueron capaces de implantar en un útero un embrión creado mediante fertilización *in vitro*, permitiendo así, a parejas infértiles obtener un niño con sus propias características genéticas. Una alternativa para mujeres que producen óvulos sanos pero que por múltiples razones no pueden concebirlos. La primera clínica de fertilidad en Guatemala surge en 1976; 13 años más tarde de la primera bebé probeta, Luisa Brown, nacida en Inglaterra. En 1978 nacen en Guatemala los primeros gemelos por el método de fertilización *in vitro* y, que para fin del año 1993 se estimaban más de treinta niños probeta.



Las parejas que en Guatemala deciden acudir a este procedimiento para tener un hijo, lo hacen totalmente al margen de la ley. Y pese a que se trate de una práctica prohibida, basta con teclear madre de alquiler o alquiler de vientres en un buscador de internet para encontrar a muchas mujeres que ofrecen su útero para gestar bebés ajenos a cambio de dinero.

Existe también la opción de acudir a otros países en los que sí es legal. Teóricamente, no sería posible aquí porque la ley guatemalteca no lo admite, con lo que no existiría la posibilidad de que los padres inscribieran al niño en el Registro Nacional de las Personas como su hijo; esto atendiendo a la doctrina sobre la que se fundamenta la ley, es decir, que se considera como hijo biológico al nacido de la madre.

## 1.2. Definición

Menciona que madre subroga “Es el contrato de una mujer con una mujer casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciara para que sea adoptado por la esposa de aquél cuyo semen fue inseminada, la figura jurídica que lo precede es la maternidad subrogada, es una delegación de reemplazo de competencias”<sup>1</sup>

En este concepto se habla de una mujer que se presenta a gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre casado, respecto al óvulo de la esposa no dice nada; de

---

<sup>1</sup> Arteta Acosta, Cindy. **Maternidad subrogada**. Pág. 239.



alguna manera el hecho de que se hable de una pareja unida en matrimonio es ya un avance, sin embargo, no se menciona si la mujer subrogada es casada, concubina o soltera, lo cual si es una importante omisión, debido a que es necesario saber qué tipo de persona será la que dé a luz al niño, pues si esta mujer resulta casada o concubina entonces tiene un esposo, entonces por esta simple relación será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo.

Refiere que maternidad subrogada "Es en un acuerdo entre una pareja y una mujer que se compromete a gestar el feto y a entregarlo al momento del alumbramiento, en otras palabras, es el alquiler de útero es una práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento."<sup>2</sup>

Al respecto del concepto de maternidad subrogada, una mujer gesta a un niño por otra, a fin de entregárselo al finalizar el embarazo, sin embargo, no especifica qué tipo de mujer va a ser la sustituta, ni quien va a ser la sustituida. Es decir, si la subrogante o subrogada son casadas, concubinas o solteras, pues de ser así, cualquier mujer puede convenir con otra para que gaste y conciba un hijo, sin importar si una u otra vive en matrimonio, concubinato o es soltera.

Expone que maternidad subrogada "Es el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado

---

<sup>2</sup> García Del Rio. María estela. **La gestación subrogada.** Pág. 160.



por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.”<sup>3</sup>

En el caso de madre subrogada la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa, esto ocurre cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja.

Refiere que maternidad subrogada “No es más que la propia maternidad por sustitución, que será la concepción de un ser humano por una madre la cual ha llegado a cierto contrato el que se otorga a terceros la custodia y todos los derechos que tenía sobre el menor.”<sup>4</sup>

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

Establece que madre subrogada “Es el acto que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre de otra, a quien se le entrega el recién nacido como propio, tiene como propósito primordial, que una mujer que por motivos de

<sup>3</sup> Pérez Fuentes, Gisela María. **La maternidad subrogada.** Pág. 315.

<sup>4</sup> Vela Sánchez, Antonio José. **La maternidad subrogada.** Pág. 160.

infertilidad o cualquier otro, recurra a dicha figura, para que otra mujer le alquile su útero.”<sup>5</sup>

Existen diferentes tipos de maternidad subrogada según el objetivo de la madre que aporta el vientre y el factor monetario de por medio. También puede categorizarse según la composición genética del bebé, es decir, quienes aporten el óvulo y el espermatozoide, es una técnica de reproducción asistida por la que una o de forma totalmente altruista. A esa mujer se le llama madre subrogada o gestante y a los futuros padres se les llama padres comitentes o intencionales.

### 1.3. Naturaleza jurídica

Se dice que es un acto jurídico, porque es un hecho en el que interviene la voluntad humana, es decir, la mujer subrogante conviene con la mujer subrogada en tener un hijo que le entregara cuando nazca.

La maternidad subrogada es de carácter contractual, ya que surge de un contrato entre la madre subrogada o sustituida y pareja contratante o comitente; las opiniones se dividen entre quienes lo consideran nulo y carente de efectos jurídicos y quienes intentan ponerlo en conexión con una institución de adopción en lo que hay unanimidad por parte de los juristas italianos, es en considerar como no obligatoria la cláusula de entrega del hijo por parte de la madre subrogada.

---

<sup>5</sup> Chiapero, Silvia María. **Maternidad subrogada**. Pág. 140.



En Holanda, la mayoría de la doctrina estima que el contrato de maternidad de sustitución es nulo, debido a que su causa es ilícita. Si la madre subrogada recibe dinero por gestar y dar a luz a una criatura, que posteriormente entregará a la pareja contratante, se considera que este tipo de contrato es contrario al orden público y a la moral.

En Puerto Rico, se considera que el contrato no es válido, porque el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres y porque es contrario al orden público acordar la procreación de un hijo, en unión a la renuncia de las relaciones paterno filiales cuando este nazca, para que otra persona lo adopte.

Si bien es cierto la maternidad subrogada surge como un contrato, no en todos los países es aceptado como se observó anteriormente, entonces se preguntará el por qué. Se sabe que un contrato es una declaración de voluntad en donde se crean modifican y extinguen obligaciones, esa declaración repetidamente queda plasmada en un documento privado o escritura pública, pero surge la interrogante si es en realidad un contrato, ya que la realización de un contrato conlleva a crearse una relación de índole obligacional, un objeto sobre que las partes van a decidir, pero si se analiza se dará cuenta que la vida humana no es objeto de contratación, dado que si se hace, contravendría la dignidad humana y el orden público.

Entonces se dice que la contratación no sería netamente privatista sino que a la vez sería pública, puesto que en la Constitución Política de la República de Guatemala se garantiza la vida, la salud, la integridad del ser humano y su seguridad, entonces



competería al Estado su intervención; se puede concluir al decir que la maternidad subrogada es de naturaleza contractual, que nace en el derecho privado pero que conlleva la intervención del Estado en su autorización, por ser de interés público.

La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia a su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos los derechos de filiación sobre ella (la criatura) para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte.

#### **1.4. Características**

Maternidad subrogada se da cuando un embrión es implantado en el útero de otra mujer, la cual llevará a cabo el embarazo y dará a luz un hijo en beneficio de esta pareja, a cambio de una retribución de carácter pecuniaria.

Menciona las siguientes características de madres subrogadas

- a) "La maternidad subrogada se basa en un fin social: pose considera que la maternidad subrogada únicamente debe ser utilizada por fines sociales, que ayuden a parejas estériles heterosexuales, a la procreación de los hijos y a la constitución de una familia.



- b) Existe la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción humana: en los programas de maternidad subrogada obligatoriamente deben ser aplicadas las técnicas científicas de inseminación artificial y fecundación in vitro.
- c) Es un acto jurídico: se considera que es un acto jurídico porque existe una manifestación externa de la voluntad de todas las partes, que en determinado periodo provocara un conjunto de efectos jurídicos.
- d) Bilateral: porque se necesita el consentimiento expreso de las partes que intervienen en el proceso, además que se crean derechos y obligaciones para ambas partes.
- e) Gratuito u oneroso.
- f) Es de tracto sucesivo porque se prolonga en el tiempo.
- g) Es formal porque debe constar por escrito.
- h) Es atípico porque en la legislación guatemalteca no se ha regulado.
- i) Se basa en la buena fe.<sup>6</sup>

El término maternidad sustituta es utilizado para la situación en la que una mujer (la

---

<sup>6</sup> Gonzalo Fernández, Codina. **Gestación subrogada.** Pág. 222.

madre sustituta) queda embarazada y tiene un hijo por otra mujer (la futura madre) que carece de la capacidad física para hacerlo. La intención es que la sustituta tenga como objetivo, absolutamente desde el comienzo, de entregar al niño directamente a los futuros padres.

### 1.5. Clases de maternidad subrogada

La maternidad subrogada puede originarse por varios supuestos y posibilidades de la fecundación in vitro; y dentro de estas nuevas formas de reproducción resalta una figura que posiblemente no se haya escuchado antes, tal es la madre sustituta y se da en los casos siguientes cuando la madre es estéril e incapaz de gestar, pareja estéril y madre incapaz de gestar, pareja fértil y madre incapaz de gestar y madre fértil e incapaz de gestar, y padre estéril, además es importante destacar que en estos casos, comúnmente la que presta su útero es también la que dona el óvulo.

Expone que existen los siguientes tipos de maternidad subrogada

- a) **“Parcial:** madre gesta un embrión genéticamente relacionado con ella.
  
- b) **Completa:** la madre gesta un embrión que no fue fecundado a partir de un óvulo propio.”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Jouve De La Barreda, Nicolás. **La maternidad subrogada.** Pág. 373.

Una verdadera maternidad subrogada es aquella que se deriva de la gestación que se lleva a cabo con un óvulo que no sea de quien presta su útero para la concepción de un bebé. Es total cuando la madre sustituta solo presta su útero para la gestación, es decir cuando el óvulo y el espermatozoide pertenece a la pareja contratante, y maternidad subrogada parcial, cuando la madre subrogada aparte de aportar su óvulo, también presta el útero para la gestación del niño.

En estos casos si se es más estricto, en el primer caso es madre de gestación y en el segundo madre gestante y biológica. A diferencia la iglesia católica que considera que la gestación parcial o total son puramente una maternidad subrogada. La maternidad subrogada puede clasificarse en maternidad comercial; normalmente realizado por mujeres que, por tener escasos recursos económicos, se someten a prestar su cuerpo a cambio de una contraprestación y una maternidad altruista en donde una persona presta su útero sin pedir a cambio una contraprestación económica, normalmente realizado por familiares y parientes.

La maternidad subrogada altruista donde la mujer gestadora lleva a término el embarazo sin ánimo de lucro debe de ser permitida para todas aquellas parejas estables que tienen el deseo de procrear un hijo que por algún impedimento físico-biológico no se lleva cabo ese fin y recurren a un familiar o conocida para ver realizado su deseo de tener una familia que les proporcione bienestar físico, emocional y espiritual, responsabilizándose los padres comitentes de todos los gastos médico y legales, evitando de esta manera que la frustración de no poder concebir como pareja acarree traumas psicológicos y rupturas afectivas que induzcan a la separación o



divorcio.

Menciona que en maternidad subrogada existen varias formas de clasificarse, atendiendo a la participación genética de los sujetos involucrados, siendo:

a) **Homóloga:** Es la que se origina cuando el material genético que se utiliza para lograr el embarazo, es propiedad de los padres y no de algún donador.

b) **Heteróloga:** Es la que se origina cuando el material genético que se utiliza para lograr el embarazo, es en parte o en su totalidad de una tercera persona distinta a los padres.

c) **Subrogación Total:** La mujer contratada es inseminada portando sus propios óvulos, y después de la gestación y el parto entrega el hijo al padre biológico, renunciando a todos sus derechos, y admite la adopción de la pareja.

d) **Subrogación Parcial:** La gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado.

En el caso de maternidad subrogada homóloga, existiendo la voluntad de ambas partes, el hijo será de la pareja que recurrió a esta técnica, estando ambos de acuerdo en dicho procedimiento, no existen problemas para reconocer la maternidad y la paternidad. Existe una igualdad biológica y consecuentemente legal respecto ambos padres para con el hijo.

En el caso de maternidad subrogada heteróloga, la fecundación es producto de un gameto masculino ajeno biológicamente a la pareja. Esta técnica implica la inseminación de la mujer gestadora mediante la donación de espermatozoides, generalmente por problemas de esterilidad en el varón.

En subrogación total, la inseminación en la mujer gestadora se realiza con su material genético, es decir sus óvulos y el espermatozoides del varón comitente en virtud que la mujer comitente es estéril e incapaz de gestar. En subrogación parcial, a la mujer gestadora se le implanta un embrión fecundado *in vitro* ya que el material genético tanto masculino como femenino es de la pareja comitente fértil, pero mujer incapaz de gestar.

## **1.6. Elementos de la maternidad subrogada**

Maternidad subrogada es la práctica mediante la cual una mujer tomando el lugar de otra acepta ser inseminada o implantada con un cigoto, permitiendo desarrollar en su vientre una criatura la cual llevará a término para luego del alumbramiento entregarlo a persona distinta de sí misma, quien le criará como propia.

A continuación, se muestran los elementos de la maternidad subrogada:

### **1.6.1. Elemento personal**

a) **Médico:** El Profesional o científico de la medicina, genética y biotecnología, encargado de desarrollar todas las técnicas necesarias para determinar qué óvulo y



qué esperma es apto o idóneo para la generación de un embrión, que método de inseminación es el más idóneo, además es quien fiscaliza su evolución hasta la concepción.

b) **Donante de Esperma:** misma que se divide en donante homólogo, donante Heterólogo y donante del óvulo y prestadora del Útero:

### 1.6.2. Elemento real

La maternidad subrogada, va a tener como eje central la concepción de un bebé, por consiguiente, el elemento real de la maternidad subrogada no tomada desde el punto de vista del negocio jurídico, es él bebe que al momento de nacer va a ser entregado a sus padres quien lo encargaron.

### 1.6.3. Elemento formal

La forma más eficaz de regular y limitar la actuación de las partes que desean subrogar a una mujer la concepción e incubación de un niño, es a través de un contrato, ya que mediante este se establecerán con exactitud los derechos y obligaciones que recíprocamente deberán de cumplir las partes. Es importante hacer mención que se debe destacar que un contrato realizado en escritura pública, esta se reviste de fe pública, que da ante todo seguridad jurídica, resguardando así los intereses de las partes, ya que se considera inmoral, en contra de las buenas costumbres, contra el orden público, y principalmente contra la dignidad humana.

## 1.7. Tipos de madres subrogadas

Establece que, dependiendo de la genética del bebé, la maternidad subrogada puede ser de dos tipos:

a) **“Tradicional:** La madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación *in vitro*; la mujer es inseminada artificialmente con el espermatozoide del hombre que desea ser padre o con un donante anónimo de espermatozoide. La mujer, que en este caso es la madre biológica del bebé, deberá dar el niño en adopción a los futuros padres, un procedimiento que se deberá ajustar a las leyes de cada país.

b) **Gestacional:** Cuando el óvulo y el espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. En estos casos, la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como madre portadora o madre gestacional. Este embarazo se alcanza mediante fecundación *in vitro*. La madre biológica dona uno o más óvulos, que serán fecundados *in vitro* con el espermatozoide de su pareja. Esos embriones se transfieren a la madre gestacional, la cual llevará a término los embriones que se desarrollen dentro de su vientre.”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Vilar González, Silvia. **La gestación subrogada.** Pág. 259.

En el alquiler gestacional de un vientre los nombres de los padres biológicos aparecen en el certificado de nacimiento del bebé que se realiza en el hospital; lo que significa que queda registrado como hijo de la pareja.

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

- a) **“Altruista:** Cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se responsabilizan por todos los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que afectan el bienestar del embarazo y la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, o son necesidades directamente relacionadas con el embarazo, como ropa maternal.
  
- b) **Lucrativa:** Cuando la madre gestacional ofrece llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad subrogada. El monto a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo.”<sup>9</sup>

Existen distintos tipos de maternidad subrogada, su clasificación se hace atendiendo a la persona que aporta el óvulo y el espermatozoide, puede ser solo la madre o el padre

---

<sup>9</sup> González López, Nuria. **Vientre de alquiler.** Pág. 308.



y fecundarse con el de otra persona, pero in vitro; inclusive, puede gestarse la maternidad en una tercera persona, sin que este aporte su óvulo. Por otro lado, también existe una división que atiende al carácter financiero, es decir puede hacerse con y sin interés lucrativo, dependiendo del caso.

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

### **1.8. Causas que dan origen a la maternidad subrogada**

Las mujeres que son solteras, esposas o unidas de hecho, hay veces que no pueden llegar a cumplir con su objetivo de formar un núcleo familiar, ya que existen ciertas circunstancias que les impiden procrear y por lo tanto traer al mundo un bebé y así iniciar una familia junto a su esposo o persona con la que se encuentran unida de hecho o por sí mismas, es por ello que existen causas que justifican que las mujeres en pareja utilicen el método de la maternidad subrogada.

Menciona las siguientes causas que dan origen a la maternidad subrogada:



- a) "Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación,
- b) Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
- c) Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que dé a luz un bebé;
- d) Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo o bebe propio con su conyugue o persona con quien se encuentra unida de hecho o por sí misma;
- e) Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoides de su marido mediante una fecundación in vitro; o
- f) Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo."<sup>10</sup>

Los problemas que pueden dar origen a la infertilidad o esterilidad no se encuentran lejos de las personas, pues el contexto sociocultural de nuestro tiempo presenta la

---

<sup>10</sup> Lam, Eleonora. **Gestación por sustitución**. Pág. 195.

posibilidad de un aumento en el porcentaje de la población que padezca alguna consecuencia de este tipo.

Resulta pertinente mencionar que cuando una pareja decide tener hijos y descubre que no puede hacerlo, experimenta múltiples reacciones psicológicas a las que habitualmente no está preparada la pareja, puesto que sus reacciones son complejas, diversas y en ocasiones irracionales. Descubrir que no se puede lograr un embarazo es una situación traumática para las parejas, pues no están preparadas para afrontarla. Después de generar una crisis mayor, puesto que el problema representa retos diversos, ya que existen limitaciones diagnósticas y terapéuticas, así como algunos factores causales con muy mal pronóstico y a veces al corregir un factor se altera otro.

En conclusión, existen muchas causas a las cuales se les atribuye su origen, entre éstas tenemos: infertilidad, esterilidad, fracasos de la fertilización *in vitro*, enfermedades que impiden el embarazo, embarazos de alto riesgo, entre otros. Es muy importante resaltar que únicamente la mujer (comitente) que sufra estas enfermedades o cualquier otra debidamente comprobada por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses puede acudir a este proceso.

### **1.9. Sujetos que intervienen en el proceso de gestación subrogada**

Dentro del proceso de gestación subrogada intervienen varios sujetos, los cuales realizan una función importante para la materialización de este método de reproducción humana, siendo éstos:



- 1) Los comitentes:** Se les llama así a la o las personas que acuden a una mujer para acordar que preste su vientre con el fin de gestar a un bebé, el que les será entregado a los comitentes después del parto. También son conocidos como padres de intención. La mujer (comitante) deberá hacerse una serie de exámenes con los cuales el Instituto de Ciencias Forenses determinará si es posible la gestación subrogada, sin ese informe emanado por la institución no podrá iniciarse el proceso.
- 2) La gestante:** Con este término se conoce a la mujer que gesta en su vientre a un nuevo ser, implantado a través de alguna de las técnicas de reproducción humana que puede o no utilizar su propio óvulo, con la condición de entregar al bebé a los padres comitentes. La gestante de ser mayor de edad, debe encontrarse en buenas condiciones de salud, con capacidades mentales y volitivas de acuerdo a un informe que extenderá el Instituto Nacional de Ciencias Forenses además debe de haber procreado por lo mínimo dos hijos; para poder ser gestante debe firmar el acuerdo de voluntades, en donde se compromete a entregar al bebé luego de dar a luz y de no formar ningún vínculo afectivo con él.
- 3) El profesional:** Es el facultativo de la medicina que realiza el proceso de gestación subrogada, iniciando con la obtención del óvulo y el espermatozoide de los comitentes, para luego, a través de la fertilización in vitro, introducirlo en el cuerpo de la gestante, previo consentimiento de ésta, así como de los comitentes. Durante el desarrollo del citado proceso deben incluirse la participación de profesionales del derecho, con el fin de regularlo y que la gestación por subrogación no sea utilizada con fines ilícitos, así como también es aconsejable la contratación de psicólogos que



apoyen a la gestante, a la comitente y al nuevo ser.

**4) El nuevo ser:** Así se le denomina al ser humano cuyo nacimiento es producto de la utilización de la gestación por subrogación, el cual es concebido fuera del útero de la madre para luego ser implantado y fecundando en el vientre de la gestante.

**5) Donante:** Son sujetos ajenos a la pareja comitente que disponen su material genético a favor de ellos, pueden o no aparecer dentro del proceso de gestación por subrogación debido a que su intervención solamente es necesaria cuando alguno de los comitentes no puede aportar su material genético, en otras palabras, la donante es aquella persona, hombre o mujer, que proporciona el material genético necesario para proceder a las inseminaciones artificiales como donante.

#### **1.10. Derechos de los sujetos que interviene en el proceso de gestación subrogada**

Cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso de gestación por subrogación adquiere derechos, sin embargo, en Guatemala estos derechos no existen por carecer de legislación; no obstante, gozan de los derechos fundamentales que por analogía les corresponde a otros de igual naturaleza. Entre ellos se mencionan los siguientes.

**1) Los comitentes:** La legislación guatemalteca como se ha indicado, no regula la gestación por subrogación; sin embargo, según se definió, los comitentes son los padres biológicos del niño o niña que ha sido gestado, y, por consiguiente, adquieren



los derechos que las leyes guatemaltecas les conceden a los padres de un hijo nacido de forma natural.

**2) Entre estos derechos están:** Ser legalmente los padres del menor de edad, representarlos legalmente en todos los actos de la vida civil, administrar sus bienes, aprovechar sus servicios, ser respetado por los hijos, corregir a sus hijos, educarlos, procrear, ser padres, reproducirse, tener hijos.

**3) La gestante:** Es criticada la comercialización del cuerpo de la mujer sí la gestación por subrogación se ve desde el punto de vista mercantilista; pero si la gestante lo hace con fines no lucrativos, motivada únicamente por el deseo de que la mujer que encarga la gestación experimente el don divino de ser madre; puede considerarse como un acto de amor a la vida y a la reproducción del ser humano. En este caso tiene derecho a indemnización por problemas ocasionados por el embarazo, gestar en su vientre a un niño que no es suyo, poder disponer de su cuerpo libremente, respetar su dignidad como mujer, ser respetada por la sociedad, seguro médico no ser discriminada.

**4) El profesional:** Es necesario tener en cuenta que la ciencia y la medicina avanzan por lo que no se le puede vedar el derecho al profesional de la medicina de aplicar sus conocimientos en cuanto a las técnicas de reproducción asistida y ayudar a quienes desean ser padres porque gracias a sus conocimientos adquiridos pueden dar el don de la vida.

**5) El niño:** Un proceso de gestación subrogada lleva implícito la voluntad de procrear de los comitentes y de la gestante, sin embargo, lo que se está creando es una persona, susceptible de ser sujeto de derechos y obligaciones, tal como lo regula el Artículo 1 del Código civil “La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; no obstante, al que está por nacer se le considera nacido para todo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.” La carencia de regulación guatemalteca en torno a la gestación por subrogación no lleva implícito la carencia de derechos del futuro ser, por considerar que tales derechos son inherentes a la persona, tales, como la vida, libertad, igualdad, atribuirle una nacionalidad, sea reconocida su filiación, poseer un nombre, tener un patrimonio, capacidad, estado civil, patrimonio.

#### **1.11. Obligaciones de los sujetos que intervienen en el proceso de gestación subrogada**

A este respecto, no solo se deben hacer referencia los derechos que le asisten a cada uno de los sujetos involucrados, sino que también a las obligaciones que con su participación adquiere.

**1) Los comitentes:** La pareja que acude a la gestación por subrogación tiene el deseo de tener un hijo aportando el material genético con el cual se va a fecundar a la gestante, por ende, son responsables de la gestación y una vez iniciado este proceso, la pareja no puede inducir a la gestante a un aborto, ni mucho menos abandonar al nuevo sero despreciarlo una vez se haya dado el alumbramiento ya



sea por enfermedades o malformaciones. Al ser los comitentes los padres legales del niño, tienen las siguientes obligaciones: representarlos legalmente en todos los actos de la vida civil, administrar sus bienes, respetarlos, corregirlos, cuidarlos, sustentarlos, educarlos, procrear, ser padres, reproducirse, tener hijos.

- 2) La gestante:** En relación al proceso de gestación subrogada, es importante mencionar que la gestante, una vez comprometida a realizar el proceso, debe someterse a las evaluaciones médicas o de salud mental que de acuerdo al profesional de la medicina se considere, necesario realizarlo, así como a todas aquellas prevenciones que se le hagan, como el de no consumir drogas, llevar una dieta balanceada, entre otros cuidados, es importante recalcar que la gestante no puede abortar al bebé sin una causa médica razonable así como tampoco puede quedarse con el bebé una vez haya dado a luz.
- 3) El profesional:** El profesional de la medicina que realice la gestación subrogada, además, de las obligaciones propias de su especialidad deberá tomar las precauciones necesarias para resguardar la integridad física de la mujer gestante, así como del nuevo ser que, gracias a la ciencia y a él, se creará; asimismo, es importante velar por la no trasmisión de enfermedades adquiridas o malformaciones que se puedan suscitar y de ser así, comunicarlo inmediatamente a las gestantes y a los comitentes. Por ser un proceso muy complicado y novedoso se deberá informar a la mujer gestante los peligros inherentes a la gestación subrogada, porque el papel del médico debe ser aliviar el sufrimiento por no tener hijos y no la satisfacción de un deseo.

## CAPÍTULO II



### 2. El contrato de maternidad subrogada

Como está claramente establecido, el contrato es el acto jurídico bilateral intencionalmente dirigido a producir obligaciones. Su objeto, su razón de ser, su finalidad es la producción de obligaciones. De conformidad con la normativa civil, hay contrato cuando dos o más personas convienen, crean, modifican o extinguen una obligación, de acuerdo a ello, todo contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, obligando a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre y cuando se encuentren dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, el cual debe ejecutarse de buena fe y la común intención de las partes.

El objeto del contrato debe ser lícito, aunque no se encuentre regulado como contrato típico, para que surta los efectos legales correspondientes. Modernamente existen contratos que no se encuentran regulados en la normativa civil, pero adquieren el carácter de atípicos. A la fecha existen actos que afectan la vida privada de las personas que urge ser reguladas para evitar abusos de los contratantes, siendo el caso del contrato de maternidad subrogada, el cual, en el país, ya es una realidad, por cuanto, muchas mujeres se ven imposibilitadas a procrear por uno u otro motivo.

La maternidad subrogada, no es un tema nuevo, puesto que históricamente se conocen casos del manejo de la figura en el ámbito privado, pero que no se le ha dado la importancia que reviste, al creer que no se da cotidianamente, por el contrario, es



necesario regularlo, pues puede conllevar serios problemas o prestarse a malos usos por los interesados o terceras personas de sobre manera el niño.

El contrato de maternidad subrogada es el contrato en virtud del cual una pareja, solicita servicios gestacionales a una tercera, que precisamente gestará el embrión fecundado con las células de sus padres biológicos, el cual será insertado artificialmente en el vientre de la misma y que al finalizar el embarazo entregará al menor producto del alquiler de vientre, a sus padres biológicos a cambio de una determinada remuneración monetaria.

El supuesto de hecho presupone que la mujer miembro de la pareja comitente (quienes solicitan los servicios de gestación de la mujer) no puede llevar a cabo el embarazo, de suerte que aquéllos convienen con una tercera persona un contrato de gestación en útero ajeno, para que se implante el embrión en la matriz de ésta y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que posteriormente en virtud de lo estipulado renuncia a la filiación materna, lo entrega a la pareja comitente, arrendataria de los servicios de incubación de útero ajeno.

Se puede entender entonces que el contrato de alquiler de vientre, es el contrato por medio del cual, una pareja que por razones de infertilidad no puede concebir un hijo, solicita los servicios de gestación de una mujer, cuyo vientre es apropiado para el sostenimiento y desarrollo del niño. Este último es hijo biológico de la pareja comitente, puesto que el embrión insertado artificialmente en el vientre de alquiler, es producto de la fecundación artificial del óvulo y el espermatozoide de dicha pareja.



En el caso del contrato de vientre de alquiler las partes, es decir los padres portadores del genoma o gameto disponen implantarlo por medio de la fecundación *in vitro* en un vientre ajeno a ellos, en este caso un vientre de alquiler. De esto se concluye que el contrato de vientre de alquiler es un contrato principal; por medio del cual una mujer pone a disposición de otros su vientre para que sea inseminado artificialmente o se le implante una célula fecundada con el objeto de crear una nueva vida y dar a luz un nuevo ser humano, a cambio de una remuneración económica o de una satisfacción moral.

Es preciso hacer hincapié al argumentar que la maternidad subrogada se perfecciona a través del contrato de gestación, el cual puede ser definido como el acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada arrendadora, que es quien prestará el servicio y otra parte llamada arrendataria, que es quien encarga el servicio de gestación, obligándose ésta a pagar una determinada cantidad de dinero que ha sido pactada, a la parte arrendadora quien a su vez contrae la obligación de entregar al niño una vez que nazca.

Finalmente, no puede negarse que la práctica de la subrogación es una realidad, y por tanto el derecho, como herramienta reguladora de las acciones sociales, debe asumir una postura determinada frente a esta. En este sentido, el contrato de maternidad subrogada puede servir como fuente inspiradora para los legisladores guatemaltecos, que dicho sea de paso menciona carece de un tratamiento legislativo y jurisprudencial frente a esta materia, aunque claramente sin olvidar que serán las condiciones económicas, sociales y políticas de estos las que determinen su tratamiento.



## 2.1. Definición de contrato de maternidad subrogada

Establece que el contrato de maternidad subrogada “Es la como la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después que nazca, a cambio de una contraprestación en dinero, o puede ser que no exista una contraprestación sino que únicamente se paguen los gastos médicos y los gastos que se generen durante el embarazo, por lo que el acuerdo de voluntades para gestar por sustitución es entre dos mujeres, que son quienes están dotadas de los elementos biológicos para gestar un nuevo ser.”<sup>11</sup>

El contrato de maternidad subrogada significa un contrato, acuerdo o arreglo en el cual una mujer acuerda concebir un niño mediante inseminación natural o artificial, o en el cual una mujer acuerda sustituir en la gestación, y voluntariamente renunciar a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño. Se presume que en un contrato, acuerdo o arreglo en el cual la mujer acuerda concebir un niño por medio de inseminación natural o artificial por una persona diferente a su esposo, o en el cual la mujer acuerda sustituir en la gestación, incluye una provisión, expresa o no, de que la mujer renunciará a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño.

Expone que el contrato de madre subrogada “Es un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al

---

<sup>11</sup> Lledó Yagüe, Francisco Manuel. **Gestación subrogada**. Pág. 271.



donante de la espermia y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero.”<sup>12</sup>

El contrato de maternidad subrogada puede clasificarse en altruista y comercial. El primero se presenta cuando la madre no recibe pago alguno por el alquiler de su vientre, o si recibe alguna contraprestación, esta se limita al pago de los gastos derivados del embarazo. Por el contrario, el contrato de maternidad subrogada de carácter comercial existe cuando la madre sí recibe un pago como contraprestación de las obligaciones derivadas del contrato, pago que puede consistir, no solamente en una suma de dinero, sino también en la entrega de objetos, servicios o cualquier otra cosa de valor pecuniario.

Manifiesta que el contrato de gestación “Surge cuando una mujer precise de la colaboración ajena para alumbrar a un hijo, dicha colaboración puede consistir en la mera aportación del gameto femenino: si la aportación se limita al óvulo, el caso se subsume en lo tratado hasta ahora de donación de gametos; sin embargo cuando la participación requerida de una tercera es con su propio útero para la gestación del hijo que la mujer que lo busca no puede llevar a término, los problemas se complican, y se origina la denominada maternidad subrogada o de sustitución o madres de alquiler.”<sup>13</sup>

En conclusión, el contrato de maternidad subrogada es un acuerdo entre dos personas,

<sup>12</sup> Brena Sesma, Ingrid. **La gestación subrogada. ¿una nueva figura del derecho de familia?**. Pág. 94.

<sup>13</sup> Muñoz De Dios Sáenz, Luis Fernando. **Vientres de Alquiler**. Pág. 284.



una que no puede concebir un hijo por motivos de infertilidad, y otra que se presta a alquilar su útero, para que quienes solicitan sus servicios puedan tener un hijo, de hecho, ésta última tiene que renunciar a todos sus derechos maternales, en cambio, recibe una compensación económica. El contrato puede ser minucioso, detallado; se paga alimentación, estudios, servicios médicos, de la madre incubadora. Pero la madre incubadora sólo debe comprometerse a entregar el recién nacido. Aquí entran los problemas éticos y bioéticos.

## **2.2. Naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada**

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituida o subrogada, se entiende que un contrato es de naturaleza privada, es una declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica que se expresa en un documento privado; es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades; si ello fuera así, se convalidaría el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes y objeto de una cláusula; lo cual no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos.

Se considera que dicho contrato; no es netamente de carácter privatista; por el contrario prima en él el interés público, puesto que lo que acá se discute es una vida humana y la salud de la arrendante; bienes jurídicos protegidos por el sistema jurídico, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo; por lo que compete al interés público del



Estado regular la presente relación jurídica en observancia del principio tuitivo y de respeto a la dignidad y los derechos humanos; siendo él quien prevenga el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, a través del órgano jurisdiccional con la intervención y derecho de contradicción por parte del Ministerio Público; es por ello que es necesaria la autorización judicial para contratar este tipo de servicios.

Por otra parte, es necesario advertir otra dificultad al respecto, el Código Civil guatemalteco el Artículo 1517 establece que: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, nótese que se refiere a una relación jurídica de orden patrimonial, lo que en la doctrina se denomina negocio jurídico."

Ahora cabría preguntarse sobre si en este tipo de relación jurídica por la cual se contrata los servicios de una madre subrogada, constituye una relación de índole patrimonial, económica o pecuniaria, es decir si la materia del consentimiento u objeto de contrato es un patrimonio de las partes, admitir ello sería considerar que el vientre la vida del concebido es un bien patrimonial de disposición por parte de los signatarios y ejercen derecho de propiedad sobre el mismo, dado que ello es absurdo, es válido concluir que en el contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada interviene el interés público para regular los excesos de la voluntad de los particulares.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituida o subrogada, entendemos que un contrato es de naturaleza privada, es una declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica que se expresa en un documento privado, es



entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto de acuerdo de voluntades.

Si ello fuera así, convalidaríamos el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos; dicho contrato no es netamente de carácter privatista, por el contrario prima en él, el interés público, puesto que lo que acá se discute es una vida humana, y la salud de la arrendante, bienes jurídicos protegidos por nuestro sistema jurídico, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo.

Por lo anterior, es preciso mencionar que compete al interés público del Estado, regular la presente relación jurídica en observancia del principio tuitivo y de respeto a la dignidad y los derechos humanos, siendo él quien prevenga, el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, a través de entes administrativos que intervengan por parte del Ministerio de Salud Pública, el Colegio de Médicos y la Procuraduría General de la Nación, es por ello que es necesario la autorización para contratar este tipo de servicios.

Por lo anterior se puede concluir que la naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada es de interés social y de orden público, aunque revestido mediante un contrato de derecho privado, así mismo es preciso mencionar que la naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada va a depender del país donde tenga lugar la



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

### 2.3. Características del contrato de maternidad subrogada

Expone las siguientes características del contrato de madres subrogada:

1. **Bilateral:** Cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente; para la portadora surge la obligación de gestar el feto, tener el debido cuidado y diligencia, y entregar el niño; y para la pareja solicitante, surge la obligación de pagar un precio, equivalente en dinero, al aporte que la otra parte ha hecho.
2. **Oneroso:** Esto se da cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; la utilidad de los padres consiste en tener un hijo con su carga genética; y la utilidad de la portadora yace en la remuneración económica que esta recibe por haber dado su vientre en arrendamiento, esta remuneración enfocada a los gastos realizados durante el proceso del alquiler de vientre.
3. **Principal:** Subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; la carga obligacional para las partes nace de la convención en este contrato, sin que dependa

de otro contrato para su existencia.



**4. Conmutativo:** Cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; tanto la pareja solicitante como la portadora, se obligan en acciones equivalentes, contrario *sensu*, no es aleatorio porque el ámbito de responsabilidad sobre la salud del nasciturus, no entra en la órbita obligacional de la portadora, no siendo esta parte de su equivalencia dentro del contrato.

**5. De tracto sucesivo:** Aquellos que generan obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya propia naturaleza impide que puedan ser satisfechas de manera instantánea; la obligación de la portadora de gestar cautelosamente el feto, se extiende en el tiempo que por naturaleza dura el embarazo, sin que exista la posibilidad de que se satisfaga de manera instantánea, sin embargo, aquella obligación se limita hasta el momento en que finaliza el embarazo y el niño es entregado a sus padres.

Entonces en este contrato no se habla de resolución sino de terminación, el contrato se extinguirá, dejara de producir efectos para el futuro, pero quedarán subsistentes los producidos anteriormente.

**6. Solemne:** Está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales; formalidades que a mi juicio deben ser provistas dentro de una escritura pública, por la protección al niño por nacer y por los sujetos que intervengan en su realización



que puede ser el medico autorizado o centros de subrogación que realicen la fecundación, aunque en Guatemala “no existen estos centros”.<sup>14</sup>

#### 2.4. Elementos del contrato de maternidad subrogada

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida, cuyo uso resulta ser un tema controversial. Dado que, puede ser apreciada como el método idóneo, por el cual, quienes, de manera natural, no pueden ser padres, llegan a cumplir el sueño de serlo; o como un tratamiento lesivo de la dignidad y derechos humanos, al que pueden ser sometidos mujeres y recién nacidos.

Menciona los siguientes elementos del contrato de maternidad subrogada:

1. **“Elemento Personal:** Los sujetos que intervienen dentro de este negocio jurídico son: la parte comitente y la parte gestante.
2. **Elemento Real:** Para que el contrato sea viable se requiere de la prestación: retribución y la prestación de un servicio. Ya que en algunos casos la persona puede percibir una determinada retribución a cambio de entregar al niño, o prestar un servicio; puede darse el caso que la persona no perciba ninguna retribución únicamente que se cubran los gastos en que incurra.
3. **Elemento Formal:** Por la naturaleza de la institución y sus consecuencias jurídicas y sociales es necesario que este se formalice a través de escritura pública para su



validez y brindar seguridad jurídica a ambas partes de que dicho documento es considerado como plena prueba ante cualquier eventualidad o litigio que pudiere llegar a existir.

**4. Esenciales:** El objeto lícito, la capacidad legal y consentimiento que no adolezca de vicio. También lo son los elementos subjetivos (personal médico, pareja contratante, madre subrogada y donadores si fuera el caso); y objetivos (la determinación clara del objetivo de dar vida a un nuevo ser humano, del cual serán sus padres legales e incluso biológicos, la pareja contratante); la necesidad de la subrogación gratuita (altruista) y su formalización a través de escritura pública para su validez.

**5. Accesorios o accidentales:** aunque no sean indispensable dentro del contrato de subrogación, pueden llegar a existir para establecer condiciones especiales, por ejemplo: el lugar donde residirá la madre subrogada durante el proceso gestacional, el centro médico en el cual se realizará el procedimiento de subrogación y el momento en que la madre subrogada entregará al bebé a sus padres legales."<sup>14</sup>

## **2.5. Nulidad del contrato de maternidad subrogada**

El objeto del contrato puede ser definido como el elemento real del mismo, es decir lo que se conoce como la prestación, la cual se puede explicar como la conducta que puede exigirse al deudor, la cual es de dar, hacer o no hacer cosa u acción

---

<sup>14</sup> Aguilar Gómez, Emilio José. **Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer.** Pág. 373.



determinada, también se puede entender el elemento real como el objeto o bien en virtud del cual los sujetos se obligan.

Al elemento real del negocio jurídico, se le conoce como el objeto lícito dentro de los negocios jurídicos contractuales y es uno de los elementos esenciales dentro de los mismos, pero, cómo se puede determinar, si el objeto de un contrato es lícito, el Artículo 1301 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece: "Hay nulidad absoluta de un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas..."

Para entender a profundidad este precepto legal, debemos de comprender el significado de orden público, entonces se puede definir el orden público como el conjunto de normas y reglas establecidas dentro de una sociedad, que establecen los límites del actuar de las personas, el cual está conformado por las normas y regulaciones de carácter internacional, constitucional, general, reglamentarias e individuales que forman el ordenamiento jurídico vigente. Por lo tanto, se dice que toda vez el objeto del contrato no sea contrario al orden público establecido o las leyes prohibitivas expresas, el mismo es lícito.

En el Código Civil guatemalteco establece que el negocio jurídico requiere para su validez capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio, ya que si que ambas partes no expresan la pretensión y el acuerdo plasmado en el mismo este no produce efectos jurídicos. El objeto lícito es decir que lo que va hacer objeto de contratación sea algo que este dentro del comercio legal de los



hombres, que no sea contrario a las leyes.

Nulidad de un contrato por carencia del objeto: el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres (*res extra commercium*). El hijo futuro no puede ser objeto de contrato entre el comitente y la gestante: las personas están fuera del comercio. Este argumento de Derecho Civil se refuerza, a mayor redundamiento, desde una visión constitucional pues el reconocimiento de la dignidad humana impide que sea objeto de un contrato pactado entre partes, en el que una de las dos tendría derecho al nuevo ser.

Indica que se “Declara nulo el acuerdo de voluntades en relación a un *concepturus*, por el que una parte encarga a una mujer la gestación, alumbramiento y entrega del nacido al comitente o a un tercero, con o sin precio, renunciando a reclamar la determinación legal de su maternidad. El acuerdo puede alcanzar también, a la obligación de gestar aportando el gameto o célula germinal femenina.”<sup>15</sup>

Además, no se comprende en la relación auténtica de la maternidad el hecho de que la esposa busque una madre de alquiler para que realice por dinero u otra serie de razones la labor materna de la gestación. Así pues, afirmada la nulidad del contrato, no procedería seguir con este tipo de debates y razonamientos en cuanto a la posible naturaleza del mismo (arrendamiento de obra, de servicios, alquiler con objeto en el vientre de la madre), si comenzamos por negar su cualidad de tal.

---

<sup>15</sup> Romero Coloma, Aurelia María. **La maternidad subrogada**. Pág. 180.



## 2.6. Cláusulas esenciales y formalidades

La celebración del contrato de gestación se realizará entre los padres subrogados y la madre subrogante que será seleccionada por dicha pareja, o bien por medio de un centro de subrogación, que no existe actualmente en Guatemala.

El contrato se celebrará por medio de Notario en escritura pública, en el que debe incluirse además de los datos generales de las partes y de la especificación del contrato a celebrarse, también debe incluirse ciertos puntos esenciales y necesarios para la celebración de este contrato, ya sea en cláusula separada o independiente o de forma global, según sea el estilo personal del notario.

Los puntos esenciales y necesarios que a criterio de la sustentante se deben tomar en cuenta se enumeran a continuación:

1. Establecer si el arrendamiento del útero se realizará de forma gratuita o de forma onerosa; si es de forma onerosa determinar la cantidad de dinero que recibirá la madre sustitua.
2. Determinar si el contrato quedaría sin efecto en el caso de que la madre subrogada sufra un aborto o si el niño nace muerto o muere en el parto a pareja usuaria se compromete al pago de todos los cuidados prenatales de la madre subrogada, el parto, vitaminas, medicamentos, inseminación artificial, seguro de vida y ropa de maternidad.



3. La madre subrogada tendrá prohibido el consumo de bebidas alcohólicas o cualquier sustancia que pueda afectar al bebé, así como fumar cigarrillos o tabaco.
4. Otra prohibición que debe ser establecida, si así lo considera la pareja usuaria, es en cuanto a que la madre subrogada no puede recibir información acerca del niño, ni seguir en contacto con él o el matrimonio después del parto y la entrega del niño.
5. La madre subrogada dentro de sus obligaciones debe someterse a exámenes médicos durante el periodo de embarazo, para ser monitoreado el embarazo y determinar si todo se encuentra normal con el bebé.
6. Establecer la gratuidad de la subrogación, como elemento esencial para la validez
7. El contrato quedará sin efecto si por algún motivo ajeno a la voluntad de las partes el proceso gestacional se interrumpe o si el bebé subrogado naciera sin vida.
8. Establecer los derechos y obligaciones de ambas partes, como el pago de los cuidados pre y post natales que la pareja contratante debe acarrear, así como la obligación de la madre subrogada o gestante de someterse a cuidados especiales y evitar poner en peligro de cualquier forma su vida e integridad durante el proceso de gestación.
9. La determinación de si la madre subrogada se relacionará con el bebé subrogado luego del nacimiento de este o si será ajena al desarrollo y vida del niño.



## 2.7. Requisitos del contrato de subrogación

Los elementos esenciales para la validez y existencia de un negocio jurídico y por ende de un contrato, de conformidad con el Código Civil guatemalteco son tres:

- 1. Objeto lícito:** El objeto del contrato debe ser lícito, es decir que no debe oponerse a las leyes, a la moral o al orden público. Particularmente sobre el contrato de subrogación, existen diversos derechos fundamentales que apoyan moral y jurídicamente su licitud, así mismo se fundamenta tal contrato en el derecho constitucional de la libertad de hacer todo aquello que no esté prohibido.
- 2. Capacidad legal:** Ambas partes contratantes deben tener capacidad legal de ejercicio para contratar, es decir deben tener la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. De conformidad con el Código Civil guatemalteco, las personas adquieren tal capacidad, al cumplir 18 años de edad, por lo cual las personas que deseen realizar un proceso de subrogación deberán ser mayores de 18 años de edad.
- 3. Consentimiento que no adolezca de vicios:** Es imperativo que para la validez del contrato de subrogación, exista por ambas partes voluntad racional, libre y consciente de someterse a las implicaciones que conlleva la subrogación; tanto de la madre subrogada, en cuanto prestará su cuerpo para que en ella sea implantado un embrión fecundado y lleve a cabo el período de gestación de dicho embrión hasta el alumbramiento; por parte de la pareja subrogada, la responsabilidad de cubrir los



gastos médicos y de alimentación en que se incurra antes, durante y después del proceso de gestación de la madre subrogada, para posteriormente, hacerse cargo como padres legales, del bebé subrogado.

Sobre este aspecto el Código Civil guatemalteco en su Artículo 1251: "El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

## **2.8. El contrato de subrogación como negocio jurídico**

Primeramente, debe entenderse que la forma jurídica de perfeccionar el método asistido de procreación de la maternidad subrogada, es a través de un contrato formalizado mediante escritura pública.

Al respecto es atinado establecer que si bien es cierto, la formalización de la subrogación se da en forma de negocio jurídico, en ningún momento se está negociando con la vida del bebé por nacer, pues aunque el nacimiento del bebé sea el objeto principal de la subrogación, no se negocian cantidades dineradas como un precio a cambio de un bien, en todo caso, como ya se expuso anteriormente, la subrogación por la que se aboga en la presente tesis, es la de carácter altruista o gratuita, donde se apoye económicamente a la madre subrogada, solo en el sentido de fortalecer su salud y bienestar antes, durante y después del embarazo.

Cabe recordar que el objeto de la subrogación es permitir que una pareja legalmente



casada o unida de hecho que tengan una limitación o impedimento para procrear de forma convencional, puedan hacerlo a través de este método. De tal cuenta debe entenderse, qué es el negocio jurídico.

Establece que el contrato de subrogación como negocio jurídico “Es entendido como aquella declaración de voluntad que hace el hombre de manera espontánea, libre y voluntaria, que puede ser unilateral o bilateral, por la cual crea, modifica o extingue derechos y obligaciones. Asimismo, define el contrato como el vínculo jurídico entre dos o más personas por el cual estas crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones a través de una prestación de dar, hacer o no hacer.”<sup>16</sup>

A criterio de la autora de lo anteriormente expuesto, resulta que la figura del contrato de subrogación es compatible con la legislación en materia contractual guatemalteca, sin embargo, por su naturaleza este tipo de contrato podría ser considerado atípico o especial, ya que sería el instrumento legal a través del cual una pareja infértil legalmente unida y una mujer denominada madre subrogada, perfeccionarían la práctica de la maternidad subrogada, garantizando a través del clausulado de tal instrumento, los resultados de dicho proceso y la fiscalización por parte del Estado a través de las instituciones facultadas para el caso.

Al darle forma legal a este método se asegura la legalidad del proceso, así como la protección de los derechos de los sujetos participantes y principalmente la vida y

---

<sup>16</sup> Lucas Esteve, Adolfo. **La gestación por sustitución**. Pág. 97.



derechos del bebé subrogado. La incorporación de tal instrumento a la legislación guatemalteca tiene detractores los cuales se fundamentan en que el objeto es ilícito, estableciendo que la vida de un ser humano no es susceptible de negociación, argumento que fácilmente puede invalidarse, a través de diversos factores positivos que conllevan el proceso de subrogación.

Argumentos válidos, que permiten establecer que no solo no se negocia la vida, sino que se fomenta la responsabilidad que conlleva el adquirir el estatus de madre y padre legal de un bebé subrogado para la pareja contratante.

### **2.9. *Pacta sunt servanda vs. Rebus sic stantibus***

*Pacta sunt servanda* y *Rebus sic stantibus*, son ambas expresiones latinas de efecto contrapuesto en las obligaciones. La primera quiere significar que lo estipulado por las partes, cualquiera sea la forma de la estipulación, debe ser fielmente cumplido; o sea, que se ha de estar a lo pactado. Claro que para éste apotema existen implícitas ciertas restricciones; como, no violar normas de orden público ni quebrantar con ello las buenas costumbres; es uno de los principios más importantes en Derecho Civil que quiere decir que los contratos están para cumplirse.

La segunda dice que, en los convenios, se sobreentiende que su subsistencia está supeditada a la permanencia, por lo menos esencial, de los motivos o circunstancias que originaron el pacto.



De ello se deduce que, no cabe compeler al cumplimiento de la obligación concertada en época normal, si, a la fecha de su ejecución, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que la prestación resulte excesivamente ruinoso o gravosa para cualquiera de las partes.

En otras palabras, *rebus sic stantibus* y *pacta sunt servanda* son dos aforismos latinos muy presentes en el Derecho de todo el mundo. Se traduce como “estando así las cosas”. Jurídicamente implica que las estipulaciones de los contratos, pueden modificarse ante alteraciones sustanciales de las circunstancias que los motivaron.

La singularidad de dicha regla es clara. Supone una modificación de las obligaciones inicialmente asumidas por las partes. Es decir, una alteración del principio sagrado del *pacta sunt servanda*. No obstante, la aplicación de esta cláusula no se produce de forma generalizada ni de un modo automático. Es preciso examinar la incidencia real de ese hecho notorio, en la relación contractual de que se trate.

## **2.10. Partes que intervienen en el contrato de madre subrogada**

Al respecto, en este tipo de relaciones jurídicas intervienen dos partes principales: Por un lado, la pareja contratante; por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación.

- a) La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustitúa recibe el embrión en su útero con la finalidad de



llevar a cabo la gestación y el nacimiento (fecundación homóloga).

b) La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoides de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido (fecundación heteróloga).

c) El material genético es aportado por individuos (parcial o totalmente) ajenos a las partes intervinientes en la relación sustantiva (fecundación heteróloga).

### **2.11. Calificación jurídica del contrato de madre subrogada**

La calificación jurídica de un contrato, se refiere fundamentalmente, a lo que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido, en este caso se debe de determinar, en el contrato de alquiler o subrogación de vientre, una mujer se obliga a: primero que un embrión sea colocado en su vientre mediante métodos artificiales; segundo se compromete a que el mismo se desarrolle en su cuerpo y eventualmente dar a luz a la criatura; y tercero se obliga a entregarla a sus padres biológicos, quienes acordaron pagar a la madre subrogada, por sus servicios gestacionales y por la entrega del niño al nacer el mismo.

Inciendo sin ánimo de ser prolijo, con unas someras reflexiones sobre la calificación jurídica del contrato, se dice que, si tuviéramos que encasillar dicho contrato de incubación de útero ajeno, dentro de los negocios jurídicos de *lege lata* aplicables concluiríamos que la figura contractual más afín resultaría ser el arrendamiento de



servicios y obras.

En la legislación guatemalteca, este contrato se conoce con el nombre de contrato de obra o de empresa, en virtud del cual una persona denominada "Contratista", se compromete a ejecutar y entregar una obra que le encarga otra persona, mediante un precio que esta última se obliga a pagar.

El contrato de incubación en útero ajeno se trata más de un arrendamiento de servicios strictu sensu, es decir, la mujer gestante se obliga a desplegar una actividad (el prestar su vientre esto conduce a la nulidad de raíz, puesto que comportaría que el objeto del contrato sería la persona en sí misma y naturalmente dicho servicio sería ilícito); pero es que no solo sería la prestación del servicio, la ejecución de hacer, sino como consecuencia de la actividad realizada, debe entregar al niño en cuestión.

El objeto del contrato, no tanto en la propia persona que realiza los servicios, sino en el resultado de los mismos, es decir en el hijo mismo, igualmente la ilicitud del contrato sigue siendo notoria, puesto que sobre la persona no caben ningún tipo de negocios jurídicos. Del mismo modo habría que descartar también como recurso analógico alternativo en la calificación jurídica del contrato de maternidad gestativa, que se tratase de una venta de cosa futura. A tal respecto, me remito al comentario realizado, *ut supra dictum est*, en torno a la consideración de un hijo como alguien y no como algo.

Entonces se puede decir que el objeto del contrato de alquiler o subrogación de vientre, puede ser determinado desde dos puntos de vista, primero se puede establecer que el



objeto del contrato es la mujer que alquila su vientre y segundo se puede decir que el objeto del contrato no es la madre de alquiler, sino la criatura que nacerá y que deberá ser entregada a sus padres biológicos.

Estudiando el Código Civil vigente, existen dos tipos de contratos que comparten características similares con el contrato de alquiler de vientre, el contrato de obra o empresa conocido en otros países como arrendamiento de servicios y también el contrato de compraventa, sin embargo, existe una diferencia fundamental entre el objeto de estos negocios jurídicos contractuales y el objeto del contrato de alquiler de vientre.

El objeto del contrato de obra se refiere a la capacidad de una persona de hacer o realizar determinada actividad, en virtud de pericia o profesionalidad técnica y el de compraventa se refiere a dar una cosa determinada, pues se es propietario de la misma, pero en ambos casos el objeto no es la persona en sí, ya que en el primero, el objeto es la capacidad de la persona en determinada ciencia u arte en que la misma esta instruida y en el segundo es el objeto o bien que forma parte del patrimonio de la persona, pero nunca la persona en sí misma.

Caso contrario al alquiler de vientre, en el que, ya sea que nos enfoquemos en la madre de alquiler o en el menor resultado del alquiler de vientre, en ambos casos es la persona en si el objeto del contrato, lo cual trae como consecuencia la nulidad absoluta del mismo. Así pues, como el negocio jurídico es nulo no se derivan obligaciones para las partes, puesto que carece dicho contrato de todo efecto negocial; por lo que



aplicando los principios generales de las obligaciones no tiene la gestante, en absoluto, una obligación de hacer lo pactado, es decir, entregar al hijo; de suerte que en caso de no hacerlo no se podría mandar a ejecutar a su costa.

## **2.12. Efectos jurídicos del contrato de maternidad subrogada**

El acto jurídico por excelencia deriva del contrato, de esta manera, el contrato de gestación por subrogación es el elemento que da eficacia al acuerdo de voluntades realizado por ambas partes intervinientes en este tipo de práctica de asistencia reproductiva. La validez de dicho acuerdo ha sido objeto de múltiples interpretaciones: negocio jurídico atípico de derecho de familia (haciendo referencia al reconocimiento del hijo); una promesa unilateral; contrato en favor de tercero.

Sin embargo, para la mayoría de la doctrina se trata de un tipo contractual. En este tener, cabría considerar que el contrato de maternidad subrogada es un contrato de compraventa de niños, ya que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, (el niño tras el parto) y el otro a pagar por ella un precio cierto (la remuneración pactada por las partes con carácter previo), en caso de que se pactado en estos términos. Sin embargo, para que si el contrato tiene un pago de por medio se adquiere mayor obligación entre las partes contratantes.

Pese a ello, también el contrato de maternidad subrogada podría ser considerado como un contrato de obra o servicio, ya que uno de los contratantes (la madre gestante) se obliga, en todo momento, a ejecutar una obra o prestar a la otra (madre sustituta un



servicio por precio cierto (el niño fruto del proceso de maternidad subrogada).

Por lo tanto, se puede llegar a entender que el liberalismo contractual que caracteriza a este tipo de práctica de asistencia reproductiva hace equiparable la reparación de cualquier cosa material con suplir la incapacidad para concebir que sufre una determinada pareja o individuo en los términos en que hemos referido sobre aquellos casos en que se usa la subrogación.

En relación a ello, cabe traer a colación que puede ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. A través de esta aseveración, muchos afirman que la gestación, parto y entrega de un niño no puede ser objeto de comercio. No obstante, si se tiene en cuenta que el contrato de gestación por subrogación llega a determinar conductas que afectan a la esfera personalísima del ser humano (por ejemplo, la vida o integridad física) sería innecesario considerarlo, ya que directamente tendría que entenderse como un contrato nulo de pleno derecho al estar expresamente prohibido por la ley.

A pesar de ello, hay mucha aceptación al contrato y le atribuyen eficacia a este tipo de acuerdos contractuales, sin embargo, esa eficacia puede verse mermada por dos situaciones principales: la madre decide no entregar al nacido, o que el nacido padezca alguna extraña enfermedad y la pareja solicitante decida que no lo acepta.

Es decir, entraría en juego el incumplimiento del contrato tanto por la madre gestante, como por los padres comitentes. Es importante mencionar que estos supuestos son el



origen de múltiples conflictos judiciales con el fin de determinar el destino de los hijos que han sido resultado de esta práctica reproductiva.

Dichos conflictos jurídicos pueden desencadenar que la propia madre gestante acabe teniendo la custodia del menor ya que no es descabellado pensar que a lo largo de los nueve meses de embarazo puede arrepentirse de la decisión de entregar al niño conforme a lo pactado. Existe un mayor porcentaje de casos en donde son los padres comitentes los que renuncian a sus propios hijos nacidos mediante esta práctica reproductiva.

Las principales razones de las renunciaciones pueden ser: que la pareja finalmente consiga un embarazo natural; el nacimiento de mellizos o trillizos en vez de un solo hijo; el sexo no deseado del bebé; raras enfermedades en el mismo; falta de madurez. Otro rasgo distintivo que es importante destacar sobre los contratos de maternidad subrogada es la utilización de normas del derecho de familia, particularmente las de adopción, para la determinación de la validez del contrato.

En efecto, un segundo gran argumento que ha sustentado la posición negativa frente a los contratos de maternidad subrogada ha sido el considerar que estos violan las normas sobre adopción. Los contratos de maternidad subrogada se caracterizan porque la regulación particular aplicable a estos está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que de ellos se derivan. Aunque el contenido establecido por no es de carácter uniforme, de la lectura, estudio y análisis de las mismas es posible identificar elementos comunes, entre los cuales se destacan los siguientes:



- 1) Debe existir una aprobación judicial del contrato.
  - 2) Las partes del contrato.
  - 3) Solamente podrán tener la calidad de madres subrogadas.
  - 4) Es obligatoria la realización de una evaluación médica a la madre subrogada o gestante.
  - 5) Todas las partes del contrato deben someterse a una evaluación psicológica
  - 6) La agencia gubernamental competente
  - 7) El contrato no puede establecer el pago de una compensación a favor de la madre subrogada.
- Al incorporar una figura que tiende a ser novedosa, dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, al iniciar su utilización producirá efectos en la población de dicho Estado, acarreando consigo repercusiones en diferentes instituciones previamente reguladas por las leyes del país.

- 1) Regístrales.
- 2) Patria potestad.



3) Filiación y parentesco.

4) Sucesión hereditaria.

### **2.13. Porque la misma persona no puede ser objeto de un contrato**

Al estudiar la naturaleza del contrato de alquiler o subrogación de vientre, se determinó que el objeto de dicho contrato puede ser, la mujer que presta sus servicios gestacionales o el menor que será producto del alquiler de vientre, pero independientemente del criterio que se maneje, en ambos casos es la persona misma la que es el objeto del contrato de alquiler de vientre.

Ahora bien, se debe de recordar que la relación jurídica que deriva de la celebración de un contrato, tiene un carácter meramente patrimonial, lo cual quiere decir debe afectar el patrimonio de las personas, pero no a la persona en sí, puesto que el ser humano no es un objeto o cosa de la cual se pueda disponer.

A pesar de esto, podría decirse que de conformidad con el principio constitucional de la libertad de acción, consagrado el Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la mujer es libre de hacer con su cuerpo lo que ella considere, pero aún analizando el alquiler de vientre desde ese punto de vista, no solo es ella, es decir la mujer que prestará sus servicios gestacionales, la que está involucrada en el contrato, sino que también está involucrado un menor de edad, el que al nacer, la misma entregará a sus padres biológicos, a cambio de una determinada cantidad de dinero.



Por lo tanto, la mujer que presta sus servicios gestacionales no solamente está disponiendo de su cuerpo o de su persona, sino que además está disponiendo de un menor, como si fuera parte de su patrimonio y no un ser humano, cuyos derechos también están protegidos por convenios internacionales, la Constitución Política de la República de Guatemala y leyes ordinarias.

Además, al ser la persona misma el objeto del contrato de alquiler o subrogación de vientre y en virtud de que dicho objeto es contrario a los principios en materia de derechos humanos establecidos en Convenciones de Carácter Internacional y la Constitución Política de la República de Guatemala, se concluye que el contrato de alquiler de vientre es nulo ipso jure, por la ilicitud de su objeto.

#### **2.14. Irrenunciabilidad de la patria potestad a través de un negocio jurídico contractual**

El objeto del contrato de alquiler o subrogación de vientre es la persona misma, también se estableció que existe una disyuntiva en cuanto a la filiación materna, entre la madre de nacimiento y la madre biológica, puesto que como el Código Civil establece, es el hecho del nacimiento el que determina la filiación materna y como consecuencia de dicha filiación, la ley le otorga a la madre de nacimiento la patria potestad sobre el menor de edad, sin embargo para el desarrollo este apartado, me enfocare en el supuesto en el que la madre de alquiler lleva a cabo la gestación subrogada, eventualmente da a luz y enseguida entrega el bebe a sus padres biológicos, es decir que cumple a cabalidad con lo acordado en el contrato.



Se debe de recordar, que la patria potestad es el efecto directo de la filiación, de carácter personalísimo y en consecuencia irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, se define como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga a los padres sobre el hijo menor de edad o declarado en estado de interdicción y sobre sus bienes, para su protección y formación integral, desde la concepción de éste y mientras sea menor de edad o mientras dure el estado de interdicción. La misma se puede perder o suspender, pero solo por las causales legalmente establecidas y solamente en virtud de orden de juez competente.

El Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 273 y todo lo concerniente a la patria potestad del menor de edad. Es decir que solo si ocurre alguna de las causales para la suspensión o pérdida de la patria potestad y únicamente después de realizarse un juicio oral de patria potestad y solo si el Juez de Familia determina resolver, que la patria potestad, se pierde o se suspende, solo entonces se despojará de este derecho a quien legítimamente lo ejerza.

En este orden de ideas, como consecuencia de la irrenunciabilidad de la patria potestad, la suspensión o privación de ésta solamente opera por sentencia judicial y por causales legales relativas al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la misma; es decir, no es de libre disposición de quienes la ostentan y por ello no es procedente renunciar a ella o cederla a otra persona ni de común acuerdo ni por decisión unilateral, a través de la conciliación o cualquier otro tipo de actuación administrativa o judicial.

Como elemento fundamental y regulador de los deberes y derechos existentes entre



padres e hijos, es evidente que, salvo decisión judicial en contrario, mientras **vivan los** progenitores, la patria potestad será absolutamente irrenunciable y por lo tanto no depende de la autonomía de la voluntad de los particulares.

Entonces, es posible renunciar a la patria potestad, la respuesta es negativa: la patria potestad ha quedado definida en numerosas ocasiones por la Corte de Constitucionalidad como un derecho-deber irrenunciable. Solamente en determinados supuestos podrá privarse a un progenitor de la patria potestad, pero además son extraordinarios los casos y la aplicación de la privación ha de ser restrictiva y siempre si ello redunda en beneficio del menor. Pero esto es diferente a renunciar.



## CAPÍTULO III

### 3. Derecho comparado de la maternidad subrogada en legislaciones extranjeras

En muchos países del mundo, la maternidad por encargo se ha desarrollado de una forma fluida y eficaz, que ha generado una normativa que regula su práctica. En los países de Europa y en los Estados Unidos de Norte América, la experiencia y el pasar del tiempo les ha otorgado conocimientos que a Guatemala que es un país que apenas conoce de la materia, pueda beneficiar y aprovechar debido a que no se cuenta con una regulación legal; por esa circunstancia a continuación se describirá la situación jurídica de algunos países en relación a la maternidad subrogada.

Es necesario involucrarse con la normativa internacional en materia de subrogación maternal ya que analizándola se puede llegar a entender cómo se lleva a cabo esta práctica y tomando como base la legislación de los países que la permiten, existen en la actualidad muchos Estados que han incluido dentro de sus preceptos legales la institución de la maternidad subrogada, sea ésta para admitirla y trazando los lineamientos de observancia obligatoria para quienes deseen participar en este tipo de procedimientos o prohibiéndola de forma taxativa y más aun creando tipos delictivos en los que puedan llegar a incurrir los sujetos que se involucren sea la forma que sea en procedimiento de esta naturaleza, ya que se concibe a todas luces como una práctica carente de ética, finalidad y sobre todo ilegal.

La óptica con que se vea a la maternidad subrogada depende en primer término de la



evolución desde un punto de vista desde toda arista con la que cuente un país, ello porque se refiere a naciones consideradas potencias mundiales con un amplio panorama de desarrollo, así también será su evolución legislativa que responde a las necesidades de su sociedad acorde a los avances y requerimientos que la misma población le demanda siempre y cuando legisle para permitirlo, por la misma ideología flexible y poco conservadora con que estos cuenten.

Como se ha mencionado existen muchos países que ya incluyen y contemplan dentro de su legislación vigente, la maternidad subrogada, sea ésta para permitirla o para prohibirla y sancionarla como la comisión de un delito, en este apartado se tiene como intención no independizar quienes la permiten y quienes no, sino incluir ambas posturas para poner en relieve como se ha manejado este tema ya que es un tema que ha tenido incidencia en el ámbito jurídico, por lo que se concretará a realizar un breve esquema con miras a enriquecer el conocimiento del lector y gestar un panorama claro de la institución del vientre de alquiler.

Respecto al tema de la maternidad subrogada, las legislaciones de diversos países, son fuertemente contradictorias, sin embargo, deben ser analizadas tomando en cuenta que las mismas corresponden a la cultura, costumbre y necesidades de sus sociedades en particular, lo que se evidencia, en la regulación sobre este tema.

### **3.1. Estados Unidos de América**

Estados Unidos de Norte América es sin duda alguna una de las mayores potencias



económicas del mundo en la actualidad, pero aunado a ello, destaca también el importante desarrollo científico, jurídico y social que la nación estadounidense ha tenido en cuanto a temas que en casi todos los países de Latinoamérica siguen siendo tabú, entre estos temas se encuentra lo relativo a la implementación, práctica y regulación de la figura denominada maternidad subrogada.

Debido a que es un país territorialmente sumamente extenso, la organización territorial se divide por estados, los cuales están descentralizados del poder central, razón por lo cual no existe regulación nacional sobre el tema. Existe regulación jurídica diversa y dispersa respecto al tema, dependiendo del estado que se estudie.

En Estados Unidos, el Distrito de Columbia, Arizona, Indiana, Michigan y New York prohíben los contratos de maternidad subrogada mientras que Kentucky, Luisiana, Nebraska, Washington, Florida, Nevada, New Hampshire y Virginia los validan si la madre subrogada no recibe paga por virtud del contrato. Los Estados de Florida, New Hampshire y Virginia también requieren como requisito del contrato que la madre comitente, es decir, mujer con la intención expresa de procrear y de criar la criatura, sea infértil. Los estados de Virginia y New Hampshire, por el otro lado, requieren la aprobación judicial previa del contrato para que éste sea válido.

La jurisdicción de Arkansas es otra donde se validan los contratos de maternidad subrogada. A diferencia de los anteriores estados, en Arkansas se presume que el contrato de maternidad subrogada es válido y que el nacido por virtud de éste es hijo de los padres contratantes. Juristas de los Estados Unidos de América han desarrollado



cuatro mecanismos o teorías para determinar la maternidad legal en la subrogada.

No es para causar asombro ya que este país norteamericano siempre es protagonista y sobre todo pionero en muchos aspectos y en diferentes ámbitos, en el tema de la subrogación maternal no es la excepción, se debe a su evolución acelerada en conocimientos tecnológicos y sobre todo en el acceso a la educación que permite que muchos ciudadanos realicen aportes significativos tanto para la ciencia como para el derecho.

Como es ya de conocimiento, Estados Unidos es un país en la que su forma de gobierno es federada, dividido pues todo su territorio en Estados independientes que uno a uno conforma en su totalidad la federación, por la naturaleza de su división federativa cada uno de estos observa obligatoriamente la Constitución, ostentando cada cual la libertad de legislar y adoptar las concepciones y normativas acorde a la visión que cada estado tenga respecto de la maternidad subrogada.

El gobierno federal de los Estados Unidos de Norte América no ha legislado ninguna norma al respecto y, su corte suprema aún no ventila caso alguno en la materia. Como resultado de no existir política federal acerca de la maternidad subrogada, cada uno de los cincuenta Estados decide independientemente al respecto y desarrollan sus propias políticas. La jurisprudencia norte americana tampoco ha alcanzado consenso sobre el tema de la maternidad subrogada. El gobierno federal de estados Unidos de Norte América no ha legislado ninguna norma al respecto y su corte suprema aún no ventila



caso alguno en la materia.

Como resultado de no existir política federal acerca de la maternidad subrogada, cada uno de los 50 estados decide independientemente al respecto y desarrollan sus propias políticas. Actualmente 18 estados poseen leyes que de alguna manera hacen referencia a la subrogación maternal, y 5 de ellos como lo son Arizona, Minnessota, Nueva Jersey, Utha, Wyoming y Washington D.C. estos le criminalizan a la madre sustituta.

Los estados que han legislado toman posiciones que difieren grandemente una de la otra, tales como California y Virginia quienes han tomado opiniones diametralmente opuestas. California es el estado que más simpatiza con los padres genéticos. Bajo normas californianas los arreglos de maternidad subrogada tienen validez y fuerza vinculante. A los padres genéticos se les otorgan todos los derechos de parentesco sobre el niño.

Los estados que han legislado toman posiciones que difieren grandemente una de la otra, tales como California y Virginia, quienes han tomado opiniones diametralmente opuestas. California es el Estado que más simpatiza con los padres genéticos. Bajo normas californianas los arreglos de maternidad subrogada tienen validez y fuerza vinculante. A los padres genéticos se les otorgan todos los derechos de parentesco sobre el niño. Opuesto a este punto de vista se encuentra Virginia, cuyos estatutos legales invalidan los arreglos de subrogación maternal y todos los derechos sobre el niño se otorgan a la madre subrogada.



En conclusión, no existe una regulación general, sino que depende la **las leyes** específicas de cada Estado. Existen dos grupos que sí permiten la gestación subrogada. En primer lugar, aquellos en los que esta práctica es legal o existe una jurisprudencia a favor. Cada Estado fija sus propias condiciones, pero en general se permite también para cualquier modelo de familia. La gestante debe elegir a los padres de intención, quienes, a su vez, pueden aceptarla o rechazarla. Entre los 13 Estados en los que se permite destaca California, el destino más demandado, Utah o Washington.

En segundo término, está un grupo de 15 Estados denominados *subrogacy-friendly*, aquí se sitúan territorios como Idaho, Connecticut o Rhode Island donde, si bien es cierto que no existe una ley que dé cobertura, se muestran favorables a este tipo de maternidad. Son los tribunales los que deciden en cada caso.

### **3.2. Canadá**

Se dice que la ley canadiense sobre la reproducción humana asistida es una de las legislaciones más completas del mundo y es también uno de los países americanos que permite la maternidad subrogada no comercial. La legislación tiene tres presupuestos importantes, una es prohibir la clonación de seres humanos, así como de animales, proteger la salud y seguridad de los canadienses, y buscar a través de la investigación, la solución a problemas de infertilidad y esterilidad.

La ley de reproducción humana asistida fue aprobada el 29 de marzo de 2004, con el consentimiento del Senado y la Cámara de los Comunes de Canadá, esta ley protege la



igualdad de acceso a las técnicas de reproducción asistida, bajo la premisa que las personas con problemas de fertilidad, no deben estar limitadas al acceso de estas técnicas que los pueden ayudar, por no tener la posibilidad de cancelar el costo de la maternidad subrogada.

La prohibición de la subrogación remunerada se encuentra contemplada en la sección 60 y determina la prohibición de permitir la maternidad subrogada onerosa ya que contraviene el derecho a la integridad del cuerpo de la persona que presta su vientre, en este país a través de la ley de Reproducción Humana Asistida (AHRA), la subrogación comercial es prohibida y cualquier persona que contravenga esta prohibición será sancionado con una multa que no exceda de \$.500,000.00 dólares canadienses o de prisión por 10 años, o las dos penas; o una multa de \$.250,000.00 dólares y prisión que no excede de 4 años.

La sección 60 de la ley de Reproducción Asistida de Canadá indica: "La prioridad es siempre el interés superior del niño; Los beneficios de las tecnologías reproductivas, pueden ser resguardados de modo eficaz tomando como base las medidas de protección y promoción a la salud, y la desigualdad y los Derechos Humanos; protección especial a la mujer como sujeto más significativamente afectado, Promueve el principio de consentimiento libre e informado como requisito primordial y fundamental.

Prohíbe el comercio de las potencialidades reproductivas de la mujer y lo penaliza.; Protege la integridad del genoma humano; Prohíbe la clonación o creación de embriones o seres humanos o mantener el embrión fuera del cuerpo humano, después



de 14 días (periodo de evolución); Prohíbe la determinación del sexo.

La gestación subrogada en Canadá está permitida siempre y cuando tenga una finalidad altruista (cuando no hay dinero por en medio y son familiares cercanos los que se ofrecen). No se permite la retribución económica por los servicios a la gestante. Ninguna persona puede pagar compensación económica alguna a una mujer por ser madre subrogada, ofrecerse a pagar esa compensación o anunciarlo es considerado un delito.

También está prohibida por ley que cualquier persona o agencia actúe como intermediaria en el proceso o publiciten sus servicios. Su función se limita a ser mera ayuda para que los futuros padres encuentren una madre interesada en gestar al bebé; una excepción a esta norma general es la provincia de Quebec, donde la legislación considera nula la gestación subrogada.

### **3.3. México**

Al ahondar en el tema de la maternidad subrogada y la forma en que ha enfrentado México los avances tecnológicos en ese tema, es de gran incidencia en Guatemala, por ser un país tan cercano al nuestro y es un país de América latina. En México, es muy reciente el tema de la regulación en el tema del alquiler de útero, ya que apenas en el 2010, el pleno de la Asamblea legislativa del distrito federal aprobó la ley de maternidad subrogada, iniciando su vigencia el 1 de enero del 2011, este país vecino cuenta ya con una normativa legal que no sólo acepta y permite la práctica del alquiler de útero sino



también establece una serie de normas que deben observarse para llevarla a cabo.

La madre y el padre biológico, así como la mujer gestante deben acudir ante la secretaria de Salud para manifestar su intención de realizar la maternidad subrogada para que ésta determine si están preparados psicológicamente para hacerlo. Previa valoración, la dependencia expedirá la constancia respectiva que deberán presentarse ante un notario público, quien realizará un contrato para hacer constar el convenio.

En el contrato se establece la obligación de la madre y el padre biológico, de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generan a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante, con independencia de si se logra o no el nacimiento. También establece la obligación de la mujer gestante de entregar a la madre y al padre biológico al menor después del nacimiento y éstos a recibirlo.

Asimismo, debe hacerse del conocimiento de los padres el derecho de la mujer gestante a decir respecto a la interrupción del embarazo en términos que establece el Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, de acuerdo con la legislación vigente.

Entre los requisitos que debe cubrir la mujer gestante se pide no haber estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro. Además, deberá informar a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato, de su intención de



participar en esta práctica para que manifiesta lo que a su derecho convenga.

La mujer gestante puede demandar civilmente de la madre y el padre biológicos el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal, Para ello, es indispensable certificación médica extendida por la Secretaría de Salud. Asimismo, cuando pretenda obtener un lucro en virtud de la divulgación pública para causar algún daño a la imagen pública de la madre y el padre biológico, el o los menores, o que no cumpla con lo manifestando tal actitud es sancionada por la ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida.

De los distintos casos en los que se puede dar la inseminación *in vitro*, la ley sólo regula el supuesto en el que la pareja contratante aporta el material genético, óvulo y espermatozoide, que la mujer gestante sólo preste su vientre para el desarrollo de embrión y del feto durante el periodo gestacional.

Conforme a los Artículos 2 y 3 fracciones V, VIII y X, esa pareja contratante tiene que estar unida por matrimonio o concubinato, restringiendo el acceso a la figura a parejas heterosexuales al definir la maternidad subrogada como la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su material genético.

La ley también prevé que mujeres solteras acudan a celebrar un contrato de maternidad



subrogada, pero existen contradicciones legales, ya que por un lado se obliga al padre, donador, a asumir los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica, entre ellos, la obligación de aportar alimentos y el derecho a ejercer la patria potestad, y por el otro el Artículo 293 del Código Civil para el distrito federal que establece que: "La donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

Otra problemática legal que genera la ley es que, aunque limita el supuesto de la maternidad subrogada a la madre biológica que no puede llevar la gestación en su útero, podría entorpecer la práctica de la fertilización *in vitro* en otros casos, al establecer en su Artículo 9 que ningún médico tratante realizará la transferencia de un embrión humano, sin que exista un instrumento para la maternidad subrogada.

México ha regulado la institución del alquiler de útero y al darle lectura a la ley recién entrada en vigencia, se puede evidenciar que se tuvo el cuidado de evitar lagunas legales y sobre todo inconstitucionalidades, sin embargo, en algunos Artículos si existe contradicción con la constitución, esto es porque el cuerpo normativo trata de adaptarse a los avances tecnológicos y esto crea conflictos con todo lo regulado anteriormente.

La legislación mexicana sobre el tema de subrogación, es de suma importancia para la presente investigación, debido a la cercanía geográfica, la vinculación histórica a y las características sociales, económicas, morales y culturales que Guatemala comparte con dicho país, resulta importante, analizar detenidamente, la manera en cómo se ha legislado en el aquel país. En el año 2010, se aprobó en el pleno de la asamblea



legislativa del Distrito Federal la Ley de Maternidad Subrogada, vigente a partir del uno de enero de 2011.

Como resultado del dictamen de las comisiones unidas de salud y asistencia social y de equidad y género, sobre la iniciativa que pretendía expedir la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, se modificó el proyecto, así la ley en referencia se rectificó, no solo acepta y permite la práctica de la maternidad subrogada, sino que además establece una serie de parámetros y normas de obligatoria observancia para la realización del proceso de subrogación.

#### **3.4. Brasil**

En el año de 1992, el Consejo Federal de Medicina a través de la resolución número 1.358/92 hace posible que la reproducción humana asistida se haga realidad en un país americano como lo es Brasil, esta disposición dio esperanza a millones de cariocas que por mucho tiempo esperaban que se legalizara la maternidad subrogada y así poder cumplir el sueño de ser padres.

La resolución 1358 del 11 de noviembre de 1992, creado por el Consejo Federal Médico de Brasil, establece un conjunto de normas éticas que vienen a limitar las prácticas de reproducción humana asistida, y entre ellas se tienen: La confidencialidad de los actos tanto de los padres, de los donantes y la madre subrogada. El anonimato protege a la pareja y al niño contra eventuales pretensiones del donante y este último queda protegido contra la búsqueda de su identidad.



Se prohíbe la mercantilización o comercialización del útero. Tal como consta en la Sección IV, número 1 se establece que la donación nunca va a tener carácter lucrativo o comercial. La noción proviene del principio fundamental según el cual el cuerpo humano, en todo o en parte, no puede ser objeto de comercialización.

Esto fundamentado en el Artículo 199 de la Constitución Federal de Brasil que en su párrafo cuarto literalmente dice: la ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización.

### **3.5. Inglaterra**

La legislación inglesa se fundamentó desde un inicio en la teoría de la preferencia de la madre gestante, pues se definió que "Es madre la mujer que da a luz un niño sin considerar si hubo o no colocación de embrión, esperma u óvulo; y, que ninguna otra mujer debe ser tratada ni considerada como madre de dicho niño; la aplicación de esta interpretación sobre la maternidad legal, beneficiaba ampliamente a la madre subrogada, pues es esta la que gesta al bebé.

Sin embargo, tales criterios legales, que daban preponderancia a la madre subrogada sobre la madre contratante fueron evolucionando, hasta el punto de cambiar abruptamente, a causa de las diversas críticas. Así los juristas británicos, propusieron adoptar una postura respecto a la determinación de la maternidad legal, semejante a la



establecida en el estado de California, Estados Unidos de Norteamérica, por la cual se considera a los padres genéticos, como padres legales, criterio que serviría a una Corte para resolver casos en que la madre subrogada, se niegue a entregar al niño subrogado.

La corte inglesa, con el objeto de permitir que, desde el nacimiento de un niño, este fuere reconocido como hijo legal de sus padres genéticos (es decir de la pareja contratante), sin necesidad de acudir a la institución de la adopción, resolvió efectuar una enmienda legal bajo la cual se establece que todo niño subrogado debe tratarse como hijo de las partes en matrimonio (pareja contratante). Como resultado de tal enmienda legislativa, resulta dos elementos *sine qua non* para que pueda perfeccionarse este tipo de subrogación en Inglaterra:

- a) El niño subrogado es gestado por una mujer distinta a su madre genética (madre legal o contratante) la cual no es parte del matrimonio contratante, llamada madre subrogada (madre sustituta o por encargo). De esta manera se coloca en la madre subrogada un embrión (óvulo fecundado por esperma, ambos materiales genéticos aportados por los padres contratantes) previamente fecundado, para que ella realice el proceso de gestación del bebé subrogado hasta el alumbramiento de este.
- b) El material genético, con el cual se insemina a la madre subrogada, es aportado necesariamente por el hombre o la mujer contratante o por ambos.

Sin embargo, a través de un acuerdo en materia de arreglos de subrogación, en 1985,



Inglaterra prohibió los contratos de subrogación y cualquier otro tipo de acuerdos sobre la práctica de la maternidad subrogada de carácter comercial, imponiendo sanciones penales a aquellas personas que participaran en cualquier forma dentro de dicho procedimiento.

La idea principal del acuerdo era prevenir la subrogación como un negocio mercantil. Posteriormente, en 1990 mediante un acuerdo sobre fertilización humana y embriología, la prohibición sobre subrogación comercial se amplió, pues el parlamento inglés, reformó el acuerdo de 1985, ampliando la prohibición de la práctica de la subrogación en cualquiera de sus modalidades (onerosa y gratuita o altruista).

Inglaterra se ha caracterizado en múltiples tópicos de derecho, en ser un país sumamente conservador y queda puesto en evidencia la forma tan tajante en cómo no ha querido incluir la maternidad subroga dentro de los actos considerados lícitos, ya que como es de conocimiento la normativa legal en el país inglés, ha sido siempre difusa y no codificada se han limitado a considerar como prohibido y delito la práctica de este tipo de instituciones como lo son la sustitución maternal, por considerarlo contrario al derecho partiendo desde la premisa que un ser humano no es un objeto y por ende no es susceptible de negociación.

Este país permite que tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales accedan a la maternidad subrogada, excluyendo a las personas solteras, uno de los requisitos fundamentales es que sea un proceso altruista, donde la madre gestante no puede recibir ningún tipo de compensación por el embarazo, pero sí está contemplado



que los padres futuros le paguen ciertos gastos derivados del mismo, siempre y cuando, sea una cantidad que se estime razonable. Tras el nacimiento, los padres intencionados tienen un plazo de 6 meses para solicitar la paternidad, de lo contrario, el bebé pasaría a ser el hijo legal de la gestante y de su pareja en caso de tenerla.

### **3.6. Australia**

Este país hasta el año 2010, constituía parte del bloque de los países que prohibían la Maternidad Subrogada, actualmente en todos los estados permiten el alquiler de vientres altruista, con la prohibición penal del acuerdo de maternidad subrogada comercial; la autorización de la maternidad subrogada se encuentra regulada bajo el acta de Tratamiento de la Reproducción Asistida, que fue aprobada por el parlamento victoriano el 4 de diciembre de 2009, entro en vigor el 1 de enero de 2010, prohibiendo desde luego el alquiler de vientres remunerado.

Las principales regulaciones contenidas en esta, consisten en el hecho de relacionar a entidades como el consejo médico de investigación, la creación de lineamientos éticos, para la aplicación de esta técnica, el consejo de ética, el comité de tecnología, el hecho de que se necesita la acreditación de la fertilidad del paciente a la cual se le determina la necesidad de ser asistida en la gestación, el requerimiento de un dictamen para la inscripción de un menor, que solo pueden ser sujetos de este tratamiento los casados y unidos de hecho, y que padezcan de condición médica certificada.

Para acceder a esta técnica, se requiere el dictamen médico de esterilidad e infertilidad,



posteriormente la certificación del comité de ética, y el dictamen del colegio de médicos de que el procedimiento será realizado por el médico correspondiente; y que el método a seguir no vulnera en ningún momento los derechos de los involucrados, luego el dictamen de un comité de fertilidad para el efecto de inscripción, lo cual implica una serie de controles, sociales, jurídicos y técnicos que velan por la seguridad de los sujetos participantes, vigilando la seguridad total y el éxito del tratamiento.

Continuando con lo regulado en Australia es necesario establecer que de conformidad con: El Acta número 2 del año 2010, en Queensland, la Maternidad Subrogada, es legal, en esta región se prohíbe la subrogación remunerada. Esta acta es un trabajo bastante desarrollado el cual consta de 112 Artículos, dentro de los cuales se intenta, definir y reglar esta práctica, modificando el articulado, que se contrapone a esta.

La creación de una ley en este país a través de un acta que regule y apruebe la maternidad subrogada altruista como fin social y conservación de la especie es bastante positivo, pues permite tener controles que velen por la integridad, seguridad y certeza de las partes involucradas como de las técnicas a utilizar, ya que penaliza a los futuros padres que ingresen en cualquier tipo de control comercial de maternidad subrogada mediante la imposición de la pena de privación de libertad y/o imposición de multa si cometen ese delito tipificado.

En dicho país, los llamados comités de investigación de diversas jurisdicciones territoriales, consideran la subrogación, como una práctica poco ética, la cual recomiendan sea prohibida e incluso castigada penalmente. En diversos distritos



australianos se han establecido como inválidos y no coercibles de cumplimiento los acuerdos y contratos referentes a la subrogación, así mismo se considera que la práctica de la subrogación es una ofensa moral a la sociedad australiana.

Los factores más importantes, que se puede observar en esta legislación, radican en la unión de los ámbitos, legal, médico y ético, en la aplicación de la tecnología reproductiva. Sin embargo, se hace una tajante distinción entre dos tipos de subrogación entre la maternidad subrogada comercial y la subrogación maternal altruista castigando la primera con prisión y o multa y, aunque permiten la segunda, prohíben toda publicidad sobre el tema y la madre subrogada no queda jamás obligada a entregar al niño.

De tal manera que, con el Informe de Maternidad Subrogada, en New South Wales, Australia, también está permitido el alquiler de vientres altruista, más no el comercial, bajo la legislación del acta 102, del 2010, y en la capital de Australia, ciudad de Camberra, está permitida la Maternidad subrogada, de la misma forma, bajo la legislación del acta de paternidad o parentesco del año 2004.

### **3.7. Ucrania**

En Ucrania se dio inicio a los métodos de la medicina reproductiva asistida formalmente a principios de los 80 del siglo pasado. Jarkov fue la primera ciudad donde el método de la fecundación in vitro fue aplicado con éxito y gracias a este método nació una bebé llamada Katya en 1991. Asimismo, Jarkov fue la primera ciudad entre los países de la



Conferencia de Estados independientes en realizar el programa de un vientre de alquiler. Más de 1,000 bebés *in vitro* han nacido en Jarkov durante los últimos 20 años bajo el método o practica de la maternidad subrogada.

Todos los procedimientos referentes al Alquiler de vientre están aprobados por el Ministerio de Justicia de Ucrania, la Administración de Justicia en la región de Jarkov, el Comité Estatal de Política de Regulación y Emprendimiento y el Ministerio de Sanidad de Ucrania.

El procedimiento que realizan las clínicas de fertilidad en Jarkov, es el siguiente: es Primero, es informar a los participantes del programa de vientre de alquiler sobre todos los aspectos del procedimiento de la medicina reproductiva asistida, cuales sus participantes son los padres genéticos y la madre de alquiler. Ser informado también implica la concesión a los padres genéticos la posibilidad de elegir la candidatura de la madre de alquiler de la base de datos del Centro de Maternidad Subrogada.

Segundo, aquí los clientes (los padres genéticos) y la ejecutante (la madre de alquiler) en caso necesario reciben las consultas completas para corregir el estado psicológico de los participantes del programa, la solución efectiva de los problemas jurídicos y de organización. Tercero, el Centro de vientre de alquiler se dedica a la coordinación, es decir el arreglo de los conocimientos, habilidades, aptitudes y esfuerzos de todos los miembros del programa: los padres genéticos, la madre de alquiler, los especialistas y la base de medicina de la Clínica Reproductiva, para alcanzar el objetivo común, el nacimiento de su propio niño sano.



En este país no es mucha la información con la que se cuenta, solamente el hecho de ser uno de los Estados dentro del área que lleva ya varios años practicando el procedimiento de subrogación maternal por caracterizarse por la prevalencia de sus ideas innovadoras y evolucionarias.

La gestación subrogada está reservada a las parejas heterosexuales casadas, y la madre de intención debe demostrar una razón médica que evidencie la imposibilidad de quedarse embarazada sin riesgo para su propia salud o la del bebé. A diferencia de Rusia, la madre gestante tiene prohibido reclamar la maternidad del bebé ya que se considera que es hijo de los padres que aportan su material genético. Tras el parto, para que puedan registrarlo necesitan un certificado de nacimiento y la renuncia del bebé por parte de la madre gestante. En el caso de no querer firmar este documento, un juez sería el encargado de obligarle a renunciar del bebé.

### 3.8. Israel

En marzo de 1996, el gobierno de Israel legalizó la subrogación gestacional bajo la ley de portación de embriones, estableciendo un control estatal para la aprobación de los contratos de subrogación. Dicha ley es la 5746, sobre acuerdos de gestación por sustitución; que exige que los requirentes sean una pareja, conformada por hombre y mujer, que se acredite su infertilidad, que los embriones se creen in vitro con esperma del padre, la gestante debe de ser soltera, con excepciones claros de esfuerzos infructuosos de conseguir una mujer soltera, siempre bajo la aprobación del comité, deben de profesar la misma religión.



El acuerdo debe de ser aprobado por el comité, la paternidad legal debe ser autorizada por orden judicial, la gestante no puede rescindir el contrato salvo que un tribunal lo considere, siempre que haya habido algún cambio de circunstancias, tras la concesión de una orden de paternidad, la gestante no podrá rescindir el contrato. Israel es uno de los países donde, aunque es aceptada la subrogación, por ser tan difícil del procedimiento muchas parejas no optan por él, pero que, a pesar de esto, los sucesos de maternidad subrogada han aumentado desde la aprobación de la ley en 1996.

Esta ley lo que pretende es un equilibrio de derechos para todas las personas que tengan la necesidad de ser padres. Según esta regulación, un Comité nombrado por el Estado es el encargado de permitir los acuerdos de subrogación y sólo se permite la subrogación a las parejas heterosexuales infértiles que sean ciudadanos israelíes y que compartan la misma religión. La madre sustituta debe ser soltera, viuda o divorciada.

También es importante la resolución del dilema pues afecta las normas relativas al primogénito y la relacionada a la legitimidad del niño. No hay claro consenso, existe una marcada división de pensamiento, quienes sostienen que la subrogada es madre; aquellos en favor de que es quien aporta los genes la madre; y claro, no falta la ecléctica señalando una doble y simultánea maternidad. Israel recientemente ha legislado que la madre genética es la madre legal del niño, sin necesidad de una posterior adopción.

Por lo novedoso del tema no hay antecedentes en la legislación judía. Como resultado de ello, estudiosos del derecho judío analizan el tema bajo las leyes preexistentes. Las



normas judías no señalan claramente quien es la verdadera madre en una subrogación maternal y la respuesta a la incógnita de quién es la madre del niño es sumamente importante bajo la ley judía toda vez que un niño es considerado judío sólo si su madre también lo es.

Todos los argumentos en favor de que madre genética es también la legal se basan en las mismas teorías en contra del aborto. Se sostiene que, al momento de la concepción, el cigoto adquiere identidad y parentesco. Argumento que se reafirma con la aseveración de que un feto previo a los 40 días ya representa vida en potencia más allá de un simple tejido.

En conclusión en Israel, la gestación subrogada, mal llamada vientre de alquiler o maternidad subrogada, es legal solo para parejas heterosexuales que sean residentes habituales en el país, está permitido, de acuerdo con la Ley 5756, compensar económicamente a la gestante, aunque no es obligatorio. Los derechos reproductivos y el modo de proceder en este ámbito dependen en gran medida de la ley judía.

Por esta razón, uno de los requisitos principales es que tanto padres de intención como gestante subrogada compartan la misma religión a fin de evitar discrepancias por motivos religiosos. Asimismo, el semen empleado debe ser el del padre de intención o, de lo contrario, el niño se consideraría ilegítimo.

Ahora, una nueva propuesta de ley pretende modificar el *statu quo* para permitir a todas



las mujeres a hacer uso de la subrogación por razones médicas, independientemente de su estado civil. Las diferencias entre la política, atrapada en creencias personales, y lo que la justicia reconoce a las familias son cada vez más evidentes y exigen una reconsideración de los marcos legales de la Gestación, basados en los derechos humanos y en el Interés Superior del Menor.

### 3.9. Rusia

En Rusia la gestación asistida incluso la comercial está permitida, pero debe de haber determinadas condiciones médicas, tales como la ausencia de útero, deformidad de la cavidad uterina o del cérvix, enfermedades que pongan en riesgo la vida del bebe o de la madre, y cuando los procedimientos de fertilización *in vitro* no han dado resultado o se han desarrollado en el útero materno.

De conformidad con la Ley de los Actos del Estado Civil Ruso, el registro de los niños por sus padres, se encuentra regulado en su Artículo 16 siendo totalmente necesario el consentimiento de la gestante, acompañado de una resolución de la Corte, y en el certificado de nacimiento se establece el nombre de la gestante, se requiere también que el material genético sea de alguno de los padres que la requiere. También es posible que se pueda optar a la maternidad subrogada de forma individual, es decir sin estar casados o unidos, necesitando únicamente autorización de la Corte para este efecto.

Los aspectos de la gestación por sustitución, son regidos por el Código de Familia de la



federación rusa, la cual cita literalmente en su Artículo 51, punto cuatro establece Los cónyuges que han dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación de embriones en el útero de otra mujer con el fin de que lo geste, solo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido.

De conformidad con la ley federal de salud, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, regula en la Orden número 67, regula las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina. En Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúna los requisitos de tener entre 20 y 30 y 5 años, una buena salud psíquica y somática.

Toda mujer adulta de edad fértil tiene derecho a la fecundación artificial y a la implantación de embriones. La fecundación artificial y la implantación de embriones se llevarán a cabo en los establecimientos autorizados tras obtener el consentimiento por escrito de los cónyuges o de la mujer soltera. La subrogación es absolutamente legal en Rusia, pero es una opción sólo para los matrimonios y para las mujeres solteras. No es necesaria la autorización expresa de algún organismo regulador.

Es oportuno recordar, que este país fue uno de los pioneros en conocer dicho tema, por lo tanto, uno de los primeros en regular en cierta medida algunos puntos que deben



resolverse en este tema, no obstante, aún adolece de lagunas legales que ameritan resolverse, el alquiler de vientres está permitido legalmente. Los aspectos legales de la maternidad subrogada se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia y los Fundamentos de la legislación rusa sobre protección de la salud de la ciudadanía. La parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la orden número 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia.

La maternidad subrogada está reservada únicamente a parejas heterosexuales, estén casadas o no, y a mujeres solteras. Por su parte, la madre de intención debe demostrar su imposibilidad para quedarse embarazada o hacerlo sin que entrañe riesgo para su vida o la del bebé.

A la madre gestante se le exige que tenga entre 20 y 35 años, goce de buena salud física y emocional y que haya tenido un hijo propio previamente. Pero la ley le reserva también un papel fundamental que diferencia el caso ruso del resto de países. Debe renunciar al bebé tras el parto. Un requisito imprescindible para que los futuros padres puedan registrarlo como su hijo. En el caso de que la madre gestante no renunciara, podría quedarse con el bebé.

### **3.10. India**

En la India, la maternidad subrogada no está regulada, sino que se ha aceptado su realización sin que sea una contradicción de las leyes, de conformidad con la interpretación de la Corte suprema de Justicia, mediante el reconocimiento de los



contratos de este tipo. El bajo costo de esta técnica en este país, es una de las razones por la que es el país que más contratos de subrogación celebra al año, ya que este puede costar entre 10 y 28,000 dólares, incluyendo la fertilización, la cuota de la madre subrogada y la entrega del bebe en el hospital, incluyendo el pasaje de viaje y hotel, consistiendo en una tercera parte del costo que se hubiera pagado en Rusia.

El problema después de la entrega del niño radica, en que una vez se ha dado a luz por parte de la madre sustituta a la criatura, los padres biológicos, deben de solicitar su adopción, proceso que es largo y tedioso; con el requerimiento de que los padres deben permanecer en la India. Añadiendo el peligro de que la legislación de India continúa protegiendo a la madre que pario.

Uno de los factores más importantes en la frecuencia de este tipo de práctica radica según estudios, en el hecho de que el ingreso anual per cápita en la India es de más o menos 500 dólares. Otro de los aspectos importantes radica en el hecho que, en la India, en el certificado de nacimiento proveniente de estos acuerdos, no se inscribe a la madre gestante, por lo que el certificado en caso de no existir madre intencional, carecería de este rubro, por lo que podría ocasionar problemas en caso de su inscripción por parte del país del cual provienen los padres, tal es el caso de argentina.

En la India desde el 2002 es legal que una mujer preste servicios como madre de alquiler. Al legalizarse, dio pie a que muchas parejas extranjeras buscaran la solución a su esterilidad en la India ya que los precios son más bajos comparados con Estados Unidos de América. En 2008, la Corte Suprema de la India sentenció que la maternidad



comercial estaba permitida en la India, por lo cual se ha convertido en este país en una industria.

En la india, a pesar de que ya hace nueve años que se reguló la maternidad subrogada en dicho país, aún persisten ciertos problemas para poder hacer posible el alquiler de útero, esto se debe a que al ser la regulación enfocada a que la maternidad subrogada tenga fines mercantiles y existan parejas extranjeras que acuden a la india a realizar estos contratos por los bajos precios, la autoridades del país de la india se ven en conflictos por que en los países de las parejas extranjeras no se encuentra regulada la figura del alquiler de vientre.

La India en los últimos años se ha ganado buena fama en los tratamientos de reproducción asistida y los programas de maternidad subrogada, por su bajo costo, dándole la oportunidad a parejas de todos los rincones del mundo que económicamente no gozan de libertad, a poder someterse a las nuevas técnicas de reproducción humana y al alquiler de úteros. Se dice que la India ofrece servicio desde 10,000 a 15,000 dólares, en comparación de los Estados Unidos que puede llegar a costar casi los cien mil dólares o más.

En la India no existen una ley específica sobre la maternidad subrogada, pero si se permite y es legal, lo único reprochable de este país, es que ve la maternidad subrogada como una industria, y se estima que deja como ganancia 500 millones de dólares al año. Las únicas disposiciones respecto a la maternidad subrogada y las nuevas formas de reproducción humana la han planteado el Consejo Indio de



Investigación Médica y el Ministerio de Salud Indio. En ambas disposiciones se trata de impedir y limitar la experimentación con gametos humanos y la inseminación artificial mixta.

El Parlamento de la India está debatiendo nuevas leyes para la subrogación y para establecer un marco normativo claro para reducir la explotación de su mercado de alquiler de vientres comerciales. Si se aprueba en su forma actual, la India reconocerá los acuerdos de subrogación como jurídicamente vinculante. El reglamento sobre las tecnologías de reproducción asistida proyecto de ley 2010 introduce una serie de derechos jurídicamente vinculantes y restricciones para todas las partes implicadas.

Como se ha mencionado existen muchos países que ya incluyen y contemplan dentro de su legislación vigente, la maternidad subrogada, sea ésta para permitirla o para prohibirla y sancionarla como la comisión de un delito, en este apartado se tiene como intención no independizar quienes la permiten y quienes no, sino incluir ambas posturas para poner en relieve como se ha manejado este tema ya que es un tema que ha tenido incidencia en el ámbito jurídico, por lo que se concretará a realizar un breve esquema con miras a enriquecer el conocimiento del lector y gestar un panorama claro de la institución del vientre de alquiler.

### **3.11. Guatemala**

Es imposible evitar hablar sobre el contrato de alquiler de útero, si bien es cierto en Guatemala es insubsistente, se considera que en un futuro no muy lejano esa va a ser



la solución más eficaz para regular la práctica de la reproducción humana asistida. En Guatemala aún no se ha regulado las modernas técnicas de reproducción humana, sin embargo, tampoco está prohibido tal y como se desprende de lo estipulado en el Artículo 225 C del Código Penal cuando regula: "...No se consideran experimentos los diversos intentos para procurar el embarazo, que se realicen conforme a una técnica ya experimentada y aprobada".

El Artículo anterior no establece qué técnicas de reproducción se pueden utilizar, por ello, bien podría aplicarse la gestación por subrogación. Debido a la ausencia de un sistema legal que permita regular lo relativo a la gestación subrogada, existe una gran vulnerabilidad de derechos de las partes que intervienen en dicho proceso y puede ser penalizada por la ley.

Muchas parejas sueñan con tener hijos porque además es uno de los presupuestos para el matrimonio; tal como lo establece el Código Civil guatemalteco, al regular 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".

En Guatemala, desde el punto de vista legal, no se ha tipificado en el Código Civil Decreto-Ley 106 acerca de la Maternidad subrogada, actualmente podría calificarse como ilegal, ya que el ser humano se encuentra fuera del comercio de los hombres, y todo contrato sobre éste es nulo, insubsistente, por atentar contra el orden público, pero como se ha dicho, llegará el momento en donde se regule esta práctica.



De lo anterior resalta algo muy importante, lo social de la maternidad subrogada, sería lamentable ver a Guatemala, como una tierra que se comercializa y se mercantiliza al ser humano, de ahí la necesidad y la injerencia de normas éticas y morales que forme en la conciencia y el respeto al ser humano. Por tanto, el vientre debe ser prestado sin fines lucrativos, y sólo con fines sociales y terapéuticos, a favor de las miles de parejas que padecen de algún mal físico y biológico que les impide tener hijos de una forma natural.

El acuerdo de maternidad subrogada como se ha propuesto debería de ser de naturaleza contractual que nace en el derecho privado pero que conlleva la intervención del Estado en su autorización por ser de interés público. Entonces considerar un proceso judicial para dar validez al acuerdo de maternidad subrogada sería idóneo para resguardar la integridad de todos los sujetos que intervienen en un proceso de reproducción humana asistida, la madre subrogada, y principalmente del menor nacido.

La función del Estado es importantísima, es a través de su buena labor, que se deberá promover el uso de la tecnología y de los avances científicos, por medio de instituciones idóneas y capacitadas para desenvolver y practicar, todas las técnicas de reproducción humana asistida, dentro de las capacidades económicas de la población además de crear las figuras y procesos legales adecuados para resguardar la identidad y filiación del bebé nacido, fruto de las técnicas de reproducción humana asistida.



## CAPÍTULO IV

### 4. Maternidad subrogada y el interés superior del niño en la República de Guatemala

La maternidad subrogada es la práctica por la que una mujer se queda embarazada, lleva la gestación a término y posteriormente da a luz a un bebé mediante un contrato económico para otra persona o pareja, las cuales se convierten en progenitores del bebé, el nacido pertenece tanto genéticamente como de forma legal a otros padres, esto a través de una técnica de reproducción asistida.

En otras palabras, es el acuerdo de voluntades en virtud del cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquella o a aquéllos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado.

Desde su comienzo como práctica comercial en los años 1970, la gestación subrogada suscita fuertes controversias éticas, legales y sociales; las distintas posiciones respecto a la subrogación se diferencian principalmente entre aquellas que la consideran como el ejercicio de la libertad individual y las que la consideran una forma de explotación relacionada con cuestiones de clase social, etnia y raza. La situación legal de esta práctica es diferenciada y va desde la prohibición expresa hasta la reglamentación detallada, pasando por la ausencia de legislación que la mencione de manera directa



en algunos países.

Es importante hacer mención que, a partir de los años 1980, los avances tecnológicos de la fecundación *in vitro* permitieron un nuevo tipo de subrogación: la subrogación gestacional, este método tiene los mismos riesgos que tiene cualquier embarazo, pero también existe la posibilidad de que la mujer que está prestando el vientre, decida quedarse con el hijo.

Esta se caracteriza por dividir los roles de la madre biológica en dos siendo la madre gestante y la madre genética. La madre genética, que puede ser madre intencional o una donante, aporta sus óvulos que son fecundados *in vitro* con el espermatozoides de un padre intencional o un donante. Los embriones son transferidos a la madre gestante, que gesta y pare al niño sin tener ninguna relación genética con este. Esta posibilidad fue ganando popularidad respecto a la subrogación tradicional, ya que la falta de relación genética de la madre gestante reduce los problemas legales en la filiación.

La maternidad subrogada implica el nacimiento de un niño que es gestado por una mujer ajena a quien o quienes desean tener un hijo. Puede tratarse de una pareja con problemas de fertilidad, una mujer sola, un varón solo o una pareja del mismo sexo, es una de las formas en que los individuos y las parejas pueden tratar de realizar sus intenciones de formar una familia.

La maternidad subrogada ha invadido recientemente los debates en círculos de discusión políticos, sociales y medios de comunicación. Aunque no se trata de una



innovación tecnológica *per se*, sino derivada de la fecundación *in vitro* que se practica desde hace décadas; como consecuencia de esta práctica están apareciendo serios problemas de carácter personal, biomédico, psicológico y jurídico, muchos de ellos motivados por el escaso conocimiento de las consecuencias para las personas y la sociedad y por el vacío legal con que ha emergido en diferentes países.

En este trabajo se analizará la situación del hijo habido mediante el recurso al convenio de gestación por sustitución puesto que siendo una de las partes más vulnerables de este tema, sus derechos e intereses pueden quedar afectados de diversos modos, en ello se abordará el interés superior del menor, la familia, la posible vulneración de dicho interés en la legislación guatemalteca, la inscripción en el Registro civil, así como el supuesto de las prestaciones de maternidad en estos casos de gestación por sustitución.

#### **4.1. El derecho de familia**

El derecho de familia se entiende como las facultades que tiene el ser humano para establecer una familia y quien el Estado tiene la obligación de garantizar esos derechos que le pertenecen, es el conjunto de normas jurídicas, que integrantes del derecho civil, regulan la familia, entendida ésta como institución natural y social, en todos sus aspectos de derecho privado.

El derecho de familia está conformado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares; estas relaciones forman parte del derecho civil, regula



los principales aspectos de esta especialidad, y se complementa con una serie de leyes específicas que se han promulgado para adaptar la regulación de esta institución a la realidad social.

El derecho de familia está compuesto de varios asuntos que pueden afectar a una persona o familia, adopción, manutención, custodia de los hijos, divorcio, separación, matrimonio, pensión alimenticia y el abuso son algunos de los temas que trata este tipo de derecho, el derecho de familia lo conformaban las directrices dentro de un núcleo social y familiar las cuales las ejercía el paterfamilias como centro del poder dentro de un conjunto de personas que eran la base de una sociedad.

El derecho de familia posee un concepto propio que es el de potestad entendiendo esto como un poder atribuido a un sujeto (progenitor, tutor) sobre otro sujeto (hijo menor de edad, incapacitado) que está sometido a esta potestad en su propio beneficio y para propiciar que se puedan cumplir las finalidades de protección no buscadas. Busca cuidar y atender el interés familiar.

Menciona que el derecho de familia "Es el conjunto de normas reguladoras del matrimonio y sus implicaciones, paternidad y filiación, patria potestad y tutela, alimentos, adopción y todo lo referente al estado civil de las personas."<sup>17</sup>

El derecho de familia es el conjunto de disposiciones que regulan las relaciones de las

---

<sup>17</sup> Belluscio, Augusto César, **Derecho de familia**. Pág. 174.



personas pertenecientes a la institución familiar entre sí y respecto de terceros, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales; el derecho de familia se considera que nace del derecho civil, sin embargo, ya que este último se tiene su base en la persona individual, las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, actualmente gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del derecho.

Expone que el derecho de familia “Es un conjunto de normas, por lo general imperativas, que traducen a la legislación ordinaria, los principios constitucionales que se refieren a la familia; regula las relaciones derivadas del matrimonio o de la convivencia estable del parentesco.”<sup>18</sup>

Para el tratadista anteriormente citado, dentro del derecho de familia existe un factor importante y se refiere a la potestad como un derecho dentro de un poder atribuido a un sujeto (progenitor, tutor), sobre otro sujeto (hijo menor de edad o incapacitado), que está sometido a esta potestad en su propio beneficio y para propiciar que se puedan cumplir las finalidades de protección buscadas.

En conclusión, el derecho de familia es el derecho que tiene todo guatemalteco de formar una familia de crear sus hijos y dentro de los derechos también están las obligaciones de cada miembro de la familia de la mujer cuidar los hijos, cuidar el hogar y cooperar con lo que sea necesario y las obligaciones del hombre de mantener lo

---

<sup>18</sup> Mizrahi, Mauricio Luis. **Familia, matrimonio y divorcio**. Pág. 330.



necesario dentro del hogar como alimentación, vestuario; son todas las normas legales que rigen las relaciones de familia, así como los diferentes actos o procedimientos que están comprendidos dentro del marco legal guatemalteco como lo es el Código Civil Guatemalteco y la Ley de tribunales de familia.

#### **4.2. La familia**

Los orígenes de la familia es decir el inicio de la familia se puede decir que se viene desde la creación del hombre cuando se posesiono en la tierra y de ahí se inicia la familia dejando una serie de acciones que conforme pasan los años se convierten en una historia importante para la humanidad. A la familia se le ha considerado como el núcleo de la sociedad sobre ella gira una serie de responsabilidades que se convierte cada día más importante dentro de la sociedad, de ella dependen los buenos modales y la buena educación que puedan manifestar los individuos.

La familia, es un grupo de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea consanguinidad, por matrimonio o afinidad y adopción que viven juntos por un período indefinido de tiempo. Constituye, como base importante de la sociedad; sin la familia, no tendría razón de su existencia.

La familia es una condición necesaria de la existencia del hombre, es la base sobre la cual está fundada la sociedad, juega un papel fundamental dentro de la sociedad, cuando se habla de sus orígenes el tema es bien extenso porque existen diferentes personajes que opinan sobre el origen de la familia, sobre la evolución que ha sufrido



durante épocas.

Es importante mencionar que en la actualidad, destaca la familia, la cual está integrada por el padre, la madre y los hijos a diferencia de la familia extendida que incluye, los abuelos, suegros, tíos, primos, por otro lado, existe otro tipo de familia como el monoparental (es aquella familia que está formada por uno de los padres y sus hijos), la madre solteras (es aquella familia en donde solo existe la madre, y sus hijos, y desde un principio, la madre asume la obligación de cuidar, mantener a sus hijos), y la familia de padres separadas (es aquella familia en donde existe la disolución de la unión, y se niegan a vivir juntos).

Refiere que familia "Es el grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen del matrimonio y de la filiación legítima, ilegítima y adoptiva."<sup>19</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de esta y del estado; la familia se constituye en el momento en que un hombre y una mujer decidieron libremente unirse en Matrimonio y que se ampliaba con la procreación de los hijos como fruto de la unión.

Expone que la familia "Es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre

---

<sup>19</sup> Rodrigo, María José y Jesús Palacios. **Familia y desarrollo humano**. Pág. 185.



sí, por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o afinidad y que constituye un todo unitario.”<sup>20</sup>

La familia es aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conversación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida; es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación.

Define a la familia como “La institución basada en el matrimonio y caracterizada por los vínculos de sangre que une a los cónyuges y sus descendientes para que cumplan con el fin de la procreación de la raza humana, teniendo como elemento preeminente el amor para realizarlo, es un conjunto organizado e interdependiente de personas en constante interacción, que se regula por unas reglas y por funciones dinámicas que existen entre sí y con el exterior.”<sup>21</sup>

En conclusión, la familia es el conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco ya sea por afinidad o consanguinidad que conviven con la finalidad de protegerse y cuidarse entre sí; es aquella que está compuesta de padre, madre y los hijos que procreen por lo tanto la familia es y sigue siendo uno de los pilares principales de la sociedad de la cual depende el aporte de hombres y mujeres dispuestos a luchar

<sup>20</sup> Morandé, Pedro. **Familia y sociedad**, Pág. 286.

<sup>21</sup> Leclercq, Jacques. **La familia**. Pág. 319.

por el bien, tomando en cuenta las exigencias de cada sociedad en la que se vive.



### 4.3. Principio de Interés Superior del Niño

El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores.

Se trata de una garantía de que los menores tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así, se tratan de superar dos posiciones extremas el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a menores, por un lado, y el paternalismo de las autoridades.

El interés superior del niño es un concepto triple es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, se trata del derecho del menor a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta, es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación. Este principio como un bien jurídico protegido por las legislaciones, que se hace tangible a la hora de tomar decisiones relativas a los derechos de la niñez y la adolescencia.



Se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña, es una norma de procedimiento ya que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las y los menores interesados, la evaluación y determinación de su interés superior requerirá las garantías procesales. La noción de interés superior, es una garantía de que los niños, tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los vulneren.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido; este principio es uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño. Así, el interés superior del niño o niña, indica que las sociedades y gobiernos, deben de realizar el máximo esfuerzo posible, para construir condiciones favorables, con el fin de que éstos, puedan vivir y desplegar sus potencialidades.

Así, el interés superior del niño indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades; esto lleva implícita la obligación de que, independientemente a las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo.

Este principio de Interés Superior, debe ser considerado, ante todas las medidas a



tomar por el Estado concernientes a los niños, es un principio de interpretación y aplicación, que está dirigido a asegurar protección integral a la niñez y adolescencia del país, tomando en cuenta su opinión, es el equilibrio entre el ejercicio de sus derechos y garantías y sus deberes, su condición específica como personas en desarrollo; además del equilibrio de las exigencias del bien común, los derechos de las demás personas y los derechos de la población guatemalteca.

Establece que el interés superior del niño “Es el bienestar de los niños prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir; dicha decisión se debe considerar según lo que más le convenga al niño en el caso concreto, a través de determinaciones que así lo indiquen, además de considerar los deseos y sentimientos del niño o niña -de acuerdo con su edad y madurez y de las necesidades físicas, emocionales y educativas de los niños.”<sup>22</sup>

Lo que indica que para poder establecer que es lo que más le conviene a un menor de edad y proteger el interés superior del niño se debe hacer una evaluación de su entorno, personas que le rodean, forma de vivir, alimentarse y educarse, de manera específica ya que no todos los casos de los niños son iguales y debe prevalecer el bienestar específico acorde a necesidades determinadas.

Manifiesta que “El interés superior del niño no es simplemente un principio jurídico; se aventura afirmando que es un principio jurídico garantista, en cuanto permite la

---

<sup>22</sup> Rivero Hernández, Francisco. **El interés del menor**. Pág. 197.

resolución de conflictos de derechos y a la vez promueve su protección efectiva, es el derecho que le asiste al niño a que su interés superior sea una consideración primordial.”<sup>23</sup>



El término principio de interés superior del niño como se ha indicado se encuentra textualmente establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en el Artículo 3. Se refiere al espíritu de la creación de esta norma, a que, en todo momento, bajo cualquier circunstancia, a quien le corresponda decidir sobre una cuestión relacionada con un menor, debe tomar en cuenta este principio.

Hace hincapié al referirse que el principio de interés superior del niño “Es el principio que puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.”<sup>24</sup>

Resulta un poco complejo para quien le corresponda decidir, y que, en todo caso, al Estado a través de la función de los jueces, que es lo mejor para un menor, pero se tiene una base. Se puede establecer que un juez tiene la facultad de decidir, sobre el monto de la pensión alimenticia para el menor, sobre con quien de los padres debe quedarse, en caso de disputa, auxiliarse con ello, de investigaciones sociales, psicológicas, psiquiátricas, médicas y de todo tipo, debido a las amplias facultades que

<sup>23</sup> Cabrera Veliz, Juan Pablo. **Interés superior del niño**. Pág. 140.

<sup>24</sup> Carreras, Mercedes. **Los derechos del niño**. Pág. 349.



la ley les otorga a los jueces de familia; es un principio rector guía, que gradualmente se fue incorporando en el sistema jurídico.

Expone que el principio del interés superior del niño “Es entendido como un conjunto de acciones y procesos, tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas, que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.”<sup>25</sup>

Esto da la pauta al Estado de que puede utilizar el principio como un mecanismo para resolver conflictos donde se vean afectados los intereses del menor. Es uno de los Principios, sobre los cuales se fundamenta la Doctrina de Protección Integral, desarrollada en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual se encuentra ratificada por Guatemala y que, además, está consagrada constitucionalmente y ordinariamente, en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Expone que el principio del interés superior del niño “Se entiende como el conjunto de lineamientos que se seguirán para poder garantizarle a los menores un desarrollo integral y una vida digna en todos los aspectos y de la manera más amplia entendible, también garantizara todas las condiciones económicas y afectivas para poder alcanzar un mayor nivel de bienestar.”<sup>26</sup>

El Artículo 5 del Decreto Número 27-2003 establece “Que el interés superior del niño es

<sup>25</sup> Escobar Gallardo, Paulina Ximena. **Interés superior de niño principio general del derecho**. Pág. 85.

<sup>26</sup> Jiménez García Joel Francisco. **Derechos de los niños**. Pág. 193.



una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez.”

Asimismo, la familia como institución aparece en la Convención de los Derechos del Niño específicamente en el Artículo 5 que establece que “El niño pertenece a ese grupo constituido como sociedad, tiene una historia que debe ser preservada, custodiada y corregida por el órgano judicial cuando se requiere. El centro de vida del niño, salvo cuestiones de evidente violación a los derechos del niño, debe ser preservado. El interés superior del niño, no limita, no condiciona a la familia en su rol de amor, educación, protección, y contención.”

Se puede concluir que el principio del interés superior del niño es uno de los fundamentos de los derechos de los menores y funciona como el eje fundamental de la protección de los mismos. Esta definición complementa lo definido en la Declaración de los Derechos del Niño y reafirma la necesidad de que el interés superior del niño sea el centro de cualquier decisión referente a la situación de conflicto de un menor y que en ningún caso puede dejarse de evaluar el entorno en el que se desenvuelve el mismo con el fin de garantizar el cumplimiento de sus derechos.

#### **4.4. Derecho de los niños y niñas a tener una familia**

Es derecho de todo menor de edad tener un núcleo familiar que vele por sus derechos y



su protección permanente, ya que dentro de las garantías que se deben brindar a los niños está la de asegurar un desarrollo integral, el cual consiste en un crecimiento sano, normal y armónico desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella ha sido reconocido igualmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual se dispuso como uno de sus derechos, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, así como no ser separado de los mismos en contra de su voluntad, salvo que autoridades judiciales lo determinen en pro del interés superior del menor. Los niños deben ser objeto de protección especial del Estado, y este debe velar por su óptimo desarrollo, en Colombia hay falencias en ese sentido ya que dicha protección no llega aun a todos los lugares del país.

La maternidad subrogada puede suponer un conflicto de derechos y obligaciones de la madre gestante y la madre biológica, que mientras no se prevean en un contrato bajo una regulación específica, las diferencias que se presenten bajo este tipo de contratos siempre serán fallados por los jueces bajo los criterios de interés superior de los niños y niñas, podría entrar a desconocer entonces la validez del contrato ya que no existe legislación sobre este.

Los derechos de los niños y niñas también se ven involucrados de cierta manera cuando hay de por medio un contrato de maternidad subrogada, problema es que no solo los derechos de las personas adultas están en el escenario, sino que el eventual



producto de la fecundación será también titular de algunos derechos a los que, de antemano, se ha renunciado sin capacidad para ello, por lo menos desde un punto de vista ético y jurídico, de acuerdo con los derechos reconocidos en la actualidad a niñas y niños. En el caso de la maternidad, más allá del contrato en sí mismo la dificultad existe en que se involucran los derechos del concebido, esto crea un escenario completamente diferente para su aplicación.

#### **4.5. Derecho a la salud reproductiva**

La salud reproductiva es el estado general de bienestar físico, mental y social y no sólo la ausencia de enfermedad o dolencias en todo lo relacionado al sistema reproductivo, sus funciones y sus procesos. Implica la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria, la capacidad de reproducirse o procrear y la libertad de decidir cómo y cuándo hacerlo.

La fecundación artificial se lleva a cabo recurriendo a terceros como donantes de gametos o a una madre subrogada. Formar una familia es una manifestación de la libertad individual y debe ser protegida pero no es un derecho humano ni es una garantía fundamental.

Define que derecho a la salud reproductiva "Es el conjunto de Derechos Humanos que regulan la salud reproductiva y todos los que inciden sobre la reproducción humana, así



como aquellos que afectan el binomio población- desarrollo sostenible.”<sup>27</sup>

La reproducción es un elemento indivisible de la naturaleza sexual de los seres humanos, es una de las bases esenciales, que otorga a la familia el estatus de tal. Esta característica humana, tratada como derecho, se encuentra contemplada dentro de los derechos reproductivos.

El Derecho a elegir el número de hijas o hijos que se desea tener, derecho a elegir el momento en el que se desea tener hijos, derecho a elegir con información, derecho de información, derecho a la consejería o asesoría en planificación familiar, derecho a desarrollar la capacidad de elegir con responsabilidad, derecho a elegir con autonomía, derecho a la confidencialidad, derecho de solicitar y recibir de forma gratuita, servicios de planificación familiar, derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación, derecho a la información adecuada y oportuna.

En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos, de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Esto implica el derecho a obtener información y utilizar el método de planificación familiar de su elección, el derecho a recibir servicios adecuados de atención en salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.

---

<sup>27</sup> Gutiérrez Barrenengoa, Ainhoa. **Gestación subrogada**. Pág. 395.



Se puede deducir que los derechos reproductivos son derechos humanos relacionados con la sexualidad; su protección y promoción deben formar parte de la existencia diaria de todas las personas; son derechos universales que se basan en la libertad, dignidad e igualdad esenciales para todas las personas; aplica a todos y todas, niños, adolescentes, jóvenes, adultos, adultas, adultos y adultas mayores y son un elemento clave para el desarrollo económico, político, social y cultural de nuestro país.

Esta concepción natural de reproducción humana ha variado en las últimas décadas ya que se ha tenido la sorpresa de ver los avances de la tecnología en todos sus ámbitos, en especial el ámbito de la biotecnología e ingeniería genética, en donde su desarrollo ha provocado crear nuevas técnicas de reproducción. Pero, ¿por qué el hombre ha buscado crear nuevas técnicas de reproducirse?; existen muchas teorías, muchos motivos o caprichos, pero principalmente se puede centrar en tratar de conservar la especie humana.

En Guatemala existe una amplia variedad de leyes vigentes que respaldan los derechos sexuales y reproductivos en relación con la salud materna, planificación familiar, educación sexual, estas están fundamentados en la Constitución Política de la República de Guatemala, Ley de Maternidad Saludable y en la Ley de Planificación Familiar.

#### **4.6. Libertad de procreación**

La familia, es la unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento



y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

En fin, existen una gran gama de cuerpos legales que en conclusión incentivan a garantizar a cada hombre y mujer, el poder tener hijos, en la cantidad que responsablemente puedan tener, en la forma que ellos consideran idónea, los Estados del mundo deberán proveerles los centros médicos idóneos para conservar la vida, a velar porque en cada rubro social, se eduque, se capacite, se concientice en relación a la capacidad reproductiva.

Refiere que la libertad de procreación “es la decisión de tener descendencia o no tenerla es un derecho humano que consiste básicamente en la libertad que tienen los individuos para decidir el número de hijos que deseen concebir, así como el espaciamiento entre ellos, o incluso no tenerlos. A este derecho se le conoce comúnmente como la libertad de procreación, que ha dado origen a la planeación familiar, la cual corresponde, en principio, al individuo, y en segundo término, al Estado.”<sup>28</sup>

Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y

---

<sup>28</sup> Ferrer Vanrell, María Pilar. **Gestación subrogada**. Pág. 284.

disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.



La Constitución Política de la República de Guatemala en los Artículos 3, 4, 5 y 47 establece que el Estado va a garantizar la vida humana, el hombre y la mujer, iguales en dignidad y en derechos pueden hacer todo lo que la ley no prohíba; tienen derecho a constituir una familia y a decidir el número de hijos según sus condiciones económicas, sociales y culturales.

El Estado, a través del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y de otras instituciones del Sector, desarrollarán acciones tendientes a promover la salud de la mujer, la niñez, con un enfoque integral de ambiente físico y social a nivel de la familia, así como la aplicación de medidas de prevención y atención del grupo familiar en las diversas etapas de su crecimiento y desarrollo, incluyendo aspectos de salud reproductiva.

De todo este apartado, se cree que el ser humano quiere subsistir, quiere prevalecer a lo largo de la historia, trascender y ser feliz, y se ha notado que la ley y el conjunto de normas nacionales e internacionales respaldan este sentir.

Entonces se afirma que la maternidad subrogada en Guatemala con el cúmulo de métodos de inseminación artificial y reproducción asistida es viable, positiva y beneficiosa, y posiblemente en un futuro no muy lejano se vean sonrisas y lágrimas en miles de padres y madres que sueñan ver a sus hijos decirles papa.



#### **4.7. Sujetos de la libertad de procrear**

Los sujetos que se encuentran en primer plano dentro de un método de reproducción humana artificial, sería el esposo y la esposa que por una causa u otra tienen la imposibilidad de fecundar de forma determinable a un feto, pero existen otras situaciones en donde un hombre o una mujer en su derecho a poder reproducirse, o hacerse reproducir, visitan a un centro especializado para con el objeto de donar su esperma, o su óvulo, o para que en dado caso le sea donado cigotos para poder fecundar, o para que otra persona (madre subrogada) engendre a un bebé.

El derecho que tiene todo ser humano a procrear una nueva vida, y a conservar su descendencia es una libertad de titularidad individual, pero de ejercicio heterosexual o conjunta, esto quiere decir que se necesita el consentimiento del hombre que dona su esperma y la voluntad de la mujer de donar su óvulo o en dado caso de proporcionar su útero para la concepción de un bebé.

#### **4.8. El derecho de familia, en relación a las nuevas técnicas de reproducción humana, y el Derecho a la procreación humana**

El ser humano, desde que es concebido por el esperma del padre y el óvulo de la madre, es objeto de protecciones y cuidados, que garantizan su desarrollo y crecimiento tanto físico, como mental, en una sociedad que día a día, se vuelve más acelerada. La persona es en sí el elemento fundamental de una familia, que a la vez se vuelve en el elemento principal de una sociedad; el ser humano durante su vida ésta investido por

un gran conjunto de derechos y obligaciones, que van a permitir la armonía social, la paz y la justicia.



Dentro de esos derechos fundamentales se encuentra, el derecho a la reproducción humana, la reproducción ha sido considerada prioridad en el mundo moderno, pero dicha prioridad ha sido añejada durante varios cientos de años. Pero qué pasa con las personas que no pueden reproducirse por padecer de alguna deficiencia física o biológica; en los capítulos anteriores se ha manifestado que una solución a ésta jaqueca social es la utilización de las nuevas técnicas de reproducción asistida, como la Inseminación Artificial, o la Fecundación In Vitro, que durante ya más de diez años le ha devuelto la esperanza y felicidad a varios miles de personas alrededor del mundo.

En Guatemala, lamentablemente no se ha puesto al corriente, de las nuevas tecnologías y avances científicos, pero llegará el día en que el Congreso de la República de Guatemala, proponga un Derecho de Familia coherente con el entorno social, político, religioso y cultural, con el objeto de garantizar en primer lugar el derecho a reproducirse, al utilizar las nuevas técnicas de reproducción humana, el derecho del menor nacido a poder crecer en medio de un ambiente familiar, el derecho a una identidad, y el derecho a la filiación.

#### **4.9. Reconocimiento del hijo que nace de un vientre de alquiler**

La procreación biológica es el presupuesto normal de la relación jurídica entre padres e hijos. Sin embargo, puede existir procreación sin filiación (niño no reconocido por



ninguno de sus padres) o filiación sin procreación (como en la adopción). El derecho ha experimentado una evolución en el nivel mundial tendiente a la equiparación de las filiaciones. Por ende, tanto hijos matrimoniales (nacidos dentro del matrimonio) como los extramatrimoniales (nacidos fuera de él) tienen los mismos derechos y deberes. Tal equiparación no existe en relación con la forma de determinar la maternidad y paternidad, y a las acciones judiciales que surgen en consecuencia.

#### **4.10. La paternidad y la maternidad en contraste con el alquiler de vientre**

Los efectos de la inseminación artificial realizada en la madre subrogada en contraste con lo regulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco en materia civil, sobre la presunción legal, que es *iuris tantum*, según lo regulado en el Código Civil, generando conflictos en el caso de que no intervenga el marido de la madre subrogada y contra la paz familiar, que no podría obviarse.

La aparición de las diversas modalidades de maternidad subrogada, suponen la intervención de diversas mujeres en el proceso de la procreación, quienes pueden participar con su material genético o a través de la gestación, o simplemente, con su voluntad de asumir la maternidad legal del nacido.

Es importante hacer mención que a diferencia de lo que sucede en el caso de la paternidad, en la que la figura del padre se suele presentar como una función social y jurídica, la maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de la gestación.



Por lo mismo, una de las primeras interrogantes es si se puede escindir la figura de la maternidad de aquel presupuesto biológico. En orden a estas ideas antes expuestas se han elaborado algunas teorías que intentan establecer la importancia que asume el factor biológico y el voluntario en la atribución de la maternidad.

A continuación, se expondrán las posturas sobre el presupuesto determinante de la maternidad.

**1. Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad:** Una nueva corriente defiende la posibilidad de una maternidad meramente social, contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación del dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que además de coincidir con la voluntad de la pareja comitente es el criterio más favorable a los intereses del menor.

En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí.

Con este nuevo postulado, los supuestos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quien desea ser la madre legal. En suma, la doctrina actual tiende a separar la maternidad del presupuesto biológico, defendiendo la existencia de una clase de maternidad basada en el acuerdo o en la voluntad.



**2. Maternidad compartida y determinación de la maternidad legal:** En cambio, en

los supuestos de locación de útero la situación es diferente, puesto que en este caso son dos las mujeres -o excepcionalmente tres- que intervienen en la procreación, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada llevando adelante la gestación.

De ello deriva la dificultad de establecer cuál de las dos mujeres ejerce una mayor influencia en la formación de su hijo, y por consiguiente, determinar quién debe ser considerada como madre legal.

Un sector de la doctrina sostiene que las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico y del elemento voluntario. Por lo mismo, la maternidad deberá determinarse a favor de la mujer que ha contribuido sea mediante su aporte genético, sea por gestación y parto, y, además, hubiese manifestado su voluntad de asumir el papel legal de madre.

Lo antes expuesto da un panorama mundial de las teorías que se manejan hoy en día sobre la forma en que puede definirse la maternidad cuando se utiliza la figura de alquiler de vientre como opción para procrear en el caso de que exista una causal que impedirá poder realizarlo de la forma común de procrear por las parejas unidas legalmente en matrimonio o unidas de hecho, en Guatemala, es indiscutible que utiliza la teoría clásica del derecho civil en la que la presunción de la maternidad es iuris tantum, en el que madre es quien lo procrea, lo concibe y lo instruye, en el ordenamiento jurídico guatemalteco, es por ello que no regula la maternidad y si regula en qué casos se presume la paternidad.



#### **4.11. Deberes y derechos que nacerían de la subrogación maternal respecto de los elementos subjetivos, responsabilidad jurídica**

Hay responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio; es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer expresan su comportamiento en forma contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados.

La responsabilidad es una obligación de segundo grado, que aparece cuando la primera no se ha cumplido; es decir, que, si una persona tiene la obligación de no causar daño y lo causa, es responsable de pagar por él. El responsable de un hecho ilícito debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan.

Por regla general, la persona que causa el daño es quien debe pagar; pero no siempre el responsable es el que originó dicho daño y, en consecuencia, otro debe responder por las consecuencias del comportamiento de personas ajenas. La responsabilidad jurídica es el género cuyos tipos son la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La subjetiva descansa en la teoría de la culpa, originada por un hecho ilícito.

En cambio, la responsabilidad objetiva se funda en que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la ración de los daños que produzca con dicho objeto, por su aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa.



La responsabilidad subjetiva comprende dos subespecies, a saber, la civil y la penal. La civil se puede conceptuar como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por un ilícito o un riesgo creado. Por su lado, la penal es el deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. La diferencia entre una y otra es la distinción entre derecho penal y derecho civil. En materia civil, al no cumplir con una obligación únicamente se causa un daño y como consecuencia el daño debe ser reparado. La sanción tiende a asegurar la acción del daño causado, o sea, una condena pecuniaria, indemnización de daños y perjuicios a cargo de su autor.

La responsabilidad subjetiva civil puede también clasificarse en contractual, si deriva de la violación de un contrato, o extra contractual, si deriva de la violación de una norma de carácter general. La responsabilidad se hace presente en las prácticas de procreación asistida especialmente en la que nos ocupa; ya que los sujetos que intervienen en la misma pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extra contractualmente, actuando con culpa o sin ella, pero de cualquier manera pueden causar daño o perjuicio a otro de los sujetos que intervienen en el proceso de maternidad subrogada.

Así, los usuarios pueden ser responsables frente a su pareja o frente al hijo, y el personal médico frente los usuarios por culpa o simplemente por riesgo creado.

Para el caso de la madre subrogada, estas consisten en:

1. Permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico,



2. Llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé,
3. Renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa.
4. Derecho a exigir el reembolso de gastos efectuados durante el embarazo y el alumbramiento, a menos de que ese dinero se haya pactado que no se reembolsara sino se le entregará por adelantado o según lo vaya necesitando.
5. Derecho a ser remunerada por el o los padres prospectivos establecido durante nueve meses y el doble de salario para los períodos pre y postnatal para la madre gestante.
6. Obligación de tener seguro médico para estar protegida ante cualquier problema. Y dentro de sus obligaciones principales tendría, obligada a no trabajar ni desempeñar actividades rudas o peligrosas.
7. Obligada a respetar la salud del nuevo ser cuidando de su cuerpo su alimentación, sus horas de descanso y ejercitación. Esto incluye prohibición de fumar, ingerir bebidas alcohólicas, drogas o medicamentos de cualquier tipo no prescritas por su médico.
8. El más importante y lamentablemente punto de discordia, debe ser obligada a entregar al niño luego del alumbramiento, ya sea por disposición legal o dándole en



adopción.

Las obligaciones y derechos asumidas por el padre biológico y su cónyuge se obligan en:

1. Pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo,
2. Asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido, y
3. Como regla general, pagar a la madre subrogada una compensación.

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

#### **4.12. Conflictos generados por la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada**

El Código Civil no regula el contrato de maternidad subrogada para aquellos casos en que la mujer adolezca de infertilidad, es decir que habiéndose realizado el estudio y



tratamiento adecuado se ve imposibilitada para concebir un hijo. Debe recordarse, que uno de los fines del matrimonio es la procreación, por lo que siendo una institución social es lógico que los padres procreen los hijos que deseen, pero si la mujer, se reitera, por uno u otro motivo, no puede concebir un hijo, y agotada toda posibilidad médica o científica para ello, se ve en la necesidad de acudir al uso del útero de otra mujer, claro con su consentimiento.

El problema radica en que existe mayor probabilidad que la relación conyugal se quebrante, cuando la mujer no puede quedar embarazada, máxime cuando el varón tiene obsesión por ser padre biológico y no concibe la idea de recurrir a otras figuras jurídicas como la adopción, pero si acepta una maternidad subrogada.

La subrogación de la maternidad, comprende la participación de una mujer que preste su útero para la fecundación, este tipo de maternidad necesita ser regulada, para evitar cualquier conflicto posterior, tales como qué papel juega la madre que subroga la maternidad; qué papel desempeña la mujer que procrea en su útero materno; así como, quien será la madre legal del hijo por nacer, en fin existen múltiples aspectos que hay que contemplar y uno de ellos, es el tema económico, porque al regularse dicha figura se debe determinar la posibilidad de indemnizar económicamente a la mujer que presta su útero durante la maternidad, así como establecer los gastos derivados del parto.

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



1. No poder recurrir a una tercera persona para solicitarle sus servicios de maternidad subrogada
2. Determinación de la filiación
3. Determinar a quién corresponde los gastos derivados de la maternidad y el parto
4. Determinación de la indemnización económica que corresponde a la mujer que presta su útero
5. Eventualidades en torno al embarazo, parto y el nacimiento del niño
6. Inscripción en el Registro Civil de las Personas

#### **4.13. Importancia de regular la figura del contrato de maternidad subrogada**

Esta medida debe adoptarse para evitar que las personas interesadas en la maternidad subrogada cometan errores garrafales o en el peor de los casos ilícitos penales, por no tener el más mínimo conocimiento sobre el tratamiento que debe darle al uso de la figura o el contrato de maternidad subrogada. El país no puede quedarse a la zaga de los últimos acontecimientos científicos en materia de procreación de niños utilizando el útero o vientre de una mujer ajena al núcleo familiar, sucedido en otros países.

Hasta hace unos años, nunca se hubiera creído que un niño podría nacer bajo estas condiciones, y además que la madre sustituta fuera fecundada con el óvulo y el



espermatozoide de otras personas, sin embargo, hoy es una realidad; de hecho la normativa civil guatemalteca se ha quedado atrás en este sentido, por lo que urge la regulación de la maternidad subrogada para darle oportunidad a aquellas mujeres que no pueden concebir sus propios hijos, pese a haberse sometido a múltiples técnicas de fertilización.

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

Como se ha mencionado, también es necesario hacer cambios a otras figuras jurídicas para evitar tropiezos a la figura jurídica de la maternidad subrogada, entre otras, la filiación, inclusive hacer cambios a la Ley del Registro Nacional de las Personas, el Código Civil y demás leyes relacionadas.

Es oportuno recordar que en la República de Guatemala el Código Civil data del año 1963, por lo que las normas relativas a la maternidad deben ser modernizadas en todo sentido, pues, así como ha cambiado la composición de la figura de la familia, también han variado las formas de procreación y maternidad, pues desde inicios del siglo se



vienen dando cambios importantísimos en las distintas técnicas de fertilización, las cuales han permitido hacer realidad el sueño de muchos grupos familiares a nivel mundial.

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

El problema de la figura de madre subrogada surge en virtud de la celebración de un contrato, en cuanto a la filiación y la patria potestad sobre el menor, además de ser evidente que el objeto del mencionado contrato es ilícito, el propósito de este trabajo no es descartar el alquiler de vientre como una opción para las personas que deseen formar una familia, todo lo contrario, lo que desea demostrar este trabajo es que al alquiler de vientre debe ser permitido, pero solamente si el mismo es regulado y no como un contrato, sino como una institución social, en cual la gratuidad y la buena fe, deben de ser la base fundamental de dicha regulación.

El derecho a formar una familia, es uno de los principios resguardados por la Constitución Política de la República Guatemala, específicamente hay dos artículos que protegen dicho derecho, el Artículo 1 establece: "Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y la familia; su fin supremo es la realización del bien común."



El Artículo 47 estatuye: “Protección a la familia. 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 a decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos.”

Ambos artículos constitucionales, desarrollan la protección a la familia, que es la base fundamental de la sociedad y además de dicha protección el Artículo 47 reconoce el derecho de las personas a decidir la cantidad de hijos que deseen procrear, pero si bien es cierto, que el derecho a formar una familia, es un derecho protegido constitucionalmente, también lo es que la dignidad y la identidad de las personas, además de la protección tutelar a la niñez, son garantías igualmente establecidas y protegidas por la Constitución Política de la República y convenios de carácter Internacional en materia de Derechos Humanos.

Respecto a esto la Convención Sobre los Derechos del Niño, establece en el Artículo 4:” Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

En el Artículo 19 numeral 1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente,



malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

La citada Convención fue ratificada por el Congreso de la República de Guatemala, el 10 de mayo de 1990, mediante Decreto Número 27-90; lo cual compromete al Estado de Guatemala a tomar las medidas legislativas necesarias para velar por la protección integral de los niños, tomando como consideración primordial el interés superior de la niñez.

Por todas estas razones y para evitar la instrumentalización del hijo como un simple objeto o mercancía, fecundado con *animus lucrandi*; degradándose la institución familiar hasta sus más hondas raíces, es fundamental, que por el interés superior de los niños y por la protección social y jurídica que se debe dar a la familia, que se regule el alquiler de vientre como una institución social de carácter gratuito, mediante normas jurídicas que establezcan parámetros que protejan a la niñez y a la familia.

Por tal motivo se debe incorporar la figura de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico de Guatemala, en virtud de cada uno de los fundamentos ya bien explicados y sobre todo bajo la fáctica y tangible realidad de que actualmente se lleva a cabo en la sociedad guatemalteca pero lamentablemente de forma negativa y totalmente desapegada a la ley, pero puede entenderse ya que se carece en su totalidad de una regulación en la que se pueda basar o fundamentar, por lo que, es deber del Estado de Guatemala a través del poder legislativo atender a las necesidades que se gestan en el



seno de la sociedad.

Es pues menester que el estado asuma la postura que le corresponde de tutelar y limitar el libre albedrío que ostenta todo ciudadano dándole las pautas y fijándole los límites dentro de los cuales puede actuar, restringiendo el principio constitucional de que todo lo que no está prohibido por ende está permitido y si bien se está a favor de su permisión no por ello se está de acuerdo en que se convierta esto en una mala práctica que lleve a desembocar en consecuencias negativas que hagan resultar lamentable la realización de procedimientos como la sustitución.

He ahí la importancia de la inclusión de la figura de madres subrogada dentro del sistema jurídico adecuándose a las leyes civiles y de familia, que posibiliten su materialización en un ambiente legal y sobre todo que genere el bien común y no el malestar de la población, peor aún su rechazo por no estar regulado.

#### **4.14. Análisis del presente trabajo**

La figura de madre subrogada es un contrato y por una cantidad de dinero, quedar embarazada y luego dar a luz a un niño o niña para la pareja que no puede engendrar niños, una vez que el niño nace, la madre sustituta renuncia a cualquier tipo de derecho de paternidad, en este caso la madre sustituta, ya sea una amiga íntima de la pareja o un miembro de la familia o cualquier mujer que la pareja a contratado puede llevar a término é embarazo.



Los padres por gestación subrogada, también conocidos como padres de intención, son aquellas personas que recurren al mal llamado vientre de alquiler para poder tener hijos. En la mayoría de los casos, no consiguen ser padres de otra forma y acuden a la gestación subrogada como solución de último recurso. En efecto, se trata de un método reproductivo complejo y costoso. Requiere la ayuda de una mujer, la gestante, dispuesta a llevar el bebé de otra persona en su vientre durante todo el tiempo del embarazo. Por esta razón, ser padres por medio de la subrogación es un proceso que hay que asimilar y preparar convenientemente.

El proceso de madre subrogada es mediante el cual un embrión concebido natural o artificialmente es implantado en el útero de una segunda mujer, para que el mismo se desarrolle hasta su nacimiento y pueda así lograr vida independiente, comprometiéndose la madre subrogada a entregar al niño al momento del nacimiento a sus padres biológicos, quienes figurarán como padres naturales y a su vez se comprometen a la manutención, gastos médicos e indemnización económica a favor de la madre sustituta.

Es importante que, en el momento de incorporar la figura del alquiler de vientre en nuestro ordenamiento jurídico, determinar si es conveniente tenerse en el registro civil del Registro Nacional de las Personas datos de la madre sustituta o de los donadores de los gametos en el caso de no ser la pareja usuaria. Consideramos que es necesario tenerse un control sobre estos dos sujetos que intervienen en la maternidad subrogada, para proteger el derecho que tiene el ser humano de conocer su origen, este registro ya sea llevado por el médico que realizó la fecundación, de forma notarial o llevado por el



Estado a través de un registro especial.

La figura de madres subrogada supone una auténtica revolución en el ámbito de la reproducción asistida, al igual que un verdadero desafío jurídico en relación con la protección de los intereses involucrados. El avance de las nuevas técnicas de reproducción ha llegado a posibilitar nuevas formas de engendrar vida, y por consiguiente de alcanzar la maternidad. Por lo tanto, la ciencia jurídica ha de reflejar dichos avances y regularlos para así consagrar la realidad social actual, que a pesar de suscitar debates en relación con las cuestiones morales, económicas, éticas y sociales, ha de tener en todo caso una regulación legislativa acorde a nuestra sociedad.

Además, es importante mencionar que los niños se encuentran protegidos en todos los aspectos de su vida a través del ordenamiento jurídico guatemalteco, es importante lograr su desarrollo pleno para el beneficio de la sociedad, al intervenir en su beneficio producirá cambios positivos para todos los aspectos de su vida ya que en esa etapa de la vida en la cual se desarrolla la mayor parte tanto psicológica como social del menor.

El no nacido (*nasciturus*) tiene derecho a la vida, es el primero y pilar fundamental de los derechos humanos, sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia posible, esto exige su respeto desde el inicio de la vida hasta su muerte. Todos los niños del mundo tienen derechos, incluso antes de nacer (derecho a la vida, a una familia, a una educación...).

Estos derechos pertenecen única y exclusivamente a la persona y son irrenunciables e imprescindibles para el desarrollo de la infancia. En un principio, estos derechos



estaban recogidos en un documento que conocemos como la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobado en 1959. Este principio deberá ser visto como una herramienta legal en la que se salvaguarde la vida del infante y con ello promover seres humanos íntegros, para esto deberán de ejecutarse decisiones jurídicas apegadas a derecho y no a los intereses particulares buscando el bienestar de la niñez.

Declaración de los Derechos del Recién Nacido 1 La declaración universal de los derechos humanos se refiere a todas las etapas de la vida. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. 1) La dignidad del recién nacido, como persona humana que es, es un valor trascendente. Los neonatos deben ser protegidos de acuerdo con la Convención de Derechos del Niño. 2) Todo recién nacido tiene derecho a la vida. Este derecho debe ser respetado por todas las personas y gobiernos sin discriminación por razones de raza, sexo, economía, lugar geográfico de nacimiento, religión u otras. Los Estados deberán tomar las medidas adecuadas para que proteger a los niños frente a cualquier discriminación

El caso es que la legislación guatemalteca no regula el contrato de maternidad subrogada, en virtud que en este sentido la normativa civil tiene dicho vacío legal, en otras palabras, no se cuenta con una ley general sobre técnicas de reproducción asistida ni tampoco una regulación para la maternidad subrogada, llamada comúnmente vientre de alquiler, debido a la total ausencia de un sistema legal que regule la maternidad subrogada en Guatemala y teniendo en cuenta que tampoco es una práctica legalmente prohibida, existe una gran vulnerabilidad de las partes que intervienen en este proceso de subrogación.



Aunque no hay evidencias, sino que se trata de un secreto a voces, lo que ocurre en Guatemala es que la gestante y los padres de intención acuerdan verbalmente que tras el nacimiento del bebé, engendrado de forma natural y no por medio de técnicas de reproducción asistida, éste será registrado en nombre de los padres de intención. Este modo de actuar es un delito penal, severamente penado con cárcel.

Actualmente las parejas y personas solteras que necesiten recurrir a la maternidad subrogada en Guatemala, deberán realizar este proceso en países extranjeros en donde sí está regulado y realizar el tratamiento de maternidad subrogada fuera de territorio guatemalteco, donde podrán recurrir a los países en donde la maternidad subrogada o vientre de alquiler está permitida para ciudadanos extranjeros como Estados Unidos de América, Canadá, Ucrania, Rusia, mismas que fueron analizadas anteriormente.

Las parejas de Guatemala pueden recurrir a estos países para tener su hijo por maternidad subrogada sin problemas legales. Parejas y personas de todo el mundo viajan a estos importantes países para concretar su proyecto de tener hijos mediante gestación subrogada. Cada país de los mencionados, tiene leyes distintas, costos distintos, y organizaciones o formas propias de trabajo. En todos ellos existen numerosas agencias de maternidad subrogada, clínicas de reproducción asistida, abogados, para dicho subrogada.

La maternidad subrogada constituye un tema controversial en aquellos países donde la figura no se encuentra regulada, como Guatemala, ya que, al no encontrarse normada



dicha figura, la madre sustituta, fácilmente puede reclamar la maternidad del niño concebido in vitro o en laboratorio, inclusive puede darse el caso que no sea indemnizada como corresponde, motivo por el cual debe regularse dicho acto.

Aunque en Guatemala este tipo de prácticas no están reguladas como tales, hay parejas que acuden a terceras personas para poder tener un bebé. Una mujer alquila su útero en el que se implanta el óvulo y el espermatozoide de la mujer y del hombre que desean ser padres. Los que justifican su práctica afirman que con esto se permite que el niño sea el hijo biológico de la pareja, puesto que la madre de alquiler tan sólo se encarga de gestar un embrión fruto del espermatozoide del padre y el óvulo de la madre.

El tema de la maternidad subrogada es de interés por su actualidad. Es un acontecimiento real, increíble, novedoso, y expansivo que enorgullece el intelecto humano e incide en el orden social imperante tanto edificándole como destruyéndole; en virtud que en Guatemala existen individuos con problemas de infertilidad y, hay ya galenos que promueven este método reproductivo sin conocerse a ciencia cierta dentro del derecho guatemalteco su aspecto de legalidad o ilegalidad.

Al incorporarse la figura de madres subrogada en la normativa guatemalteca, deberá estar regulado como contrato de naturaleza civil en virtud del cual, una mujer civilmente capaz con aptitud reproductiva acepta ser fecundada in vitro en su útero, material biológico donado por una pareja heterosexual que padece de problemas de fertilidad para procrear a un ser humano, para que aquella lleve su embarazo hasta su consecución y al momento de dar a luz, entregue al recién nacido a la pareja solicitante.



Perfeccionando este negocio jurídico ante notario en escritura pública per ser formal y teniendo como característica principal, ser consensual, ya que importa la voluntad expresada libremente por las partes, es gratuito en virtud de no cobrar la madre subrogada precio alguno por dar a luz y oneroso por cuanto la pareja debe cubrir todos los gastos existentes, naciendo de todo lo anterior un plexo de derechos y obligaciones que los elementos subjetivos deberán cumplir de buena fe.

La maternidad subrogada debe ser ubicada dentro del derecho privado, específicamente dentro del derecho civil y de familia, esto debido a que dentro de esta institución convergen relaciones familiares (paterno y materno filiales) y tomando en cuenta la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad que la institución contiene, además, existe el problema que no existe una relación en los avances de la tecnología medica con el ordenamiento jurídico guatemalteco, al no existir normas que regulen la maternidad subrogada, representando esto la posibilidad de que por no estar legalmente prohibido bien puede practicarse al libre arbitrio de cada persona interesada.

Las legislaciones internacionales, actualmente diversos países cuentan con regulación sobre el proceso de subrogación, dotándola de validez y seguridad jurídica, no obstante, existen otros países cuya legislación prohíbe expresamente la subrogación, siendo estos la minoría. La figura de madre subrogada jurídicamente no existe en la legislación guatemalteca, por lo que no hay manera de poder redactar un contrato de este tipo, del cual deviene como resultado la práctica de acciones ilegales para llevarlos a cabo.



El Estado de Guatemala, no ha adoptado una postura de repudio o abrazar la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico del país; las normas que regulan las instituciones del derecho de familia son vigentes pero el legislador al momento de ser creadas dichas normas no concibió la posibilidad de que surgieran situaciones que son absolutamente nuevas como la maternidad subrogada.

El caso, es que las mujeres que tienen problemas de fertilidad, ven con suma tristeza que es casi nula la probabilidad de poder procrear un hijo, aunado a ello, su cónyuge no acepta la idea de adoptar a un niño, ya que a la fecha existen muchos prejuicios sobre el uso de esta figura jurídica.

Sin embargo, si ven o se sienten atraídos por la idea de tener sus propios hijos mediante el alquiler de un útero o un vientre de otra mujer, máxime por el hecho que es posible utilizar su espermatozoide y el óvulo de su cónyuge, en su defecto, de otros donantes anónimos y en última instancia emplear el óvulo de la madre sustituta, por lo que definitivamente, el contrato de maternidad es la figura ideal para resolver sus problemas, no obstante, no es posible su empleo por no estar regulado en el Código Civil.

En Guatemala un buen número de mujeres no pueden concebir un hijo como consecuencia de adolecer de alguna anomalía congénita o adquirida, que les provoca infertilidad, motivo por el cual, recurren a los diversos tratamientos ginecológicos de fertilización, no obstante, no logran su propósito.



El caso es que no todos los cónyuges admiten la adopción como una opción, sin embargo, si aceptan la figura de la maternidad subrogada, sencillamente porque ellos pueden aportar el óvulo y el espermatozoide, inclusive recibir la donación de los mismos de un donante anónimo y en el último de los casos, permitir que la madre sustituta, aporte su óvulo, no obstante, como se ha insistido en el país existe un vacío legal al respecto, por lo que existe riesgo que el vínculo conyugal se disuelva si la mujer no tiene la capacidad de embarazarse.

La gestación por sustitución no viola el interés superior del niño, debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal preexistente que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Por todo ello, una de las grandes misiones que tiene hoy por hoy la justicia guatemalteca es garantizar en forma real y efectiva un derecho humano fundamental derecho a la reproducción, solo así podrá cumplirse con uno de los propósitos enunciados en el preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala al es afianzando la justicia y respetando al máximo y con premura el interés superior de los niños.



## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

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

La maternidad subrogada ha demostrado tener una trascendental importancia e interés no solo en el ámbito jurídico, cultural sino también, un relevante interés social, esto se debe a la importancia que ha adquirido en la actualidad dicha práctica, esto debido a que la República de Guatemala carece de regulación, convirtiéndose en un elemento fundamental y esencial en materia de filiación de comercio y especialmente en materia contractual.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, se consagra el derecho a la vida, derecho a la familia, y a la reproducción, es idóneo que el organismo legislativo, promueva alguna regulación que integre la figura de la maternidad subrogada, en el ordenamiento legal, juntamente con las disposiciones que garanticen la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a favor de personas que no pueden tener hijos de una forma natural, así que estas prácticas no sean realizadas por motivos comerciales, lucrativos o por moda.





## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GÓMEZ, Emilio José. **Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer.** Quinta ed., Bogotá, Colombia: Ed. Universidad Libre Sede Cartagena
- ALFRECHT, Peter Alexis. **Derecho de menores.** Tercera ed., Barcelona, España: Ed. Promociones y Publicaciones Universales, S.A., 1986.
- ÁLVAREZ AGUIRRE, María Teresa. **La protección integral de los derechos de la niñez.** Primera ed., ciudad de Guatemala: Ed. Bisel S.A., 1992.
- ARIES BAQUERO, José Antonio. **La niñez y los factores de riesgo.** Octava ed., Barcelona, España: Ed. Reus, 1999.
- ARTETA ACOSTA, Cindy. **Maternidad subrogada.** Primera ed., Cartagena, Colombia: Ed. Atenea, 2015.
- BELLUSCIO, Augusto César. **Derecho de familia.** Séptima ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2004.
- BRENA Sesma, Ingrid. **La Gestación Subrogada. ¿una nueva figura del derecho de familia?** Segunda ed., Distrito Federal, México: Ed. Buena vista, 2012.
- CABRERA VELIZ, Juan Pablo. **Interés superior del niño.** Primera ed., Quito, Ecuador: Ed. Cevallos Editora Jurídica,
- CARRERAS, Mercedes. **Los derechos del niño.** Segunda ed., Madrid, España: Ed. Tecnos, S.A., 1992.
- CHIAPERO, Silvia María. **Maternidad subrogada.** Séptima ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2015.
- D' ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores.** Cuarta ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1992.



DIAZ ROMERO, María del Rosario. **Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: Efectos Jurídicos.** Primera ed., Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2018

ESCOBAR GALLARDO, Paulina Ximena. **Interés superior de niño principio general del derecho.** Primera ed., Santiago de Chile, Chile: Ed. Hammurabi, 2019.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura. **La gestación por sustitución.** Cuarta ed., Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2014.

FERRER VANRELL, María Pilar. **Gestación subrogada.** Segunda ed., Madrid, España: Ed Dykinson, 2019

GARCÍA DEL RIO, María Estela. **La gestación subrogada.** Primera ed., Bogotá, Colombia: Ed. Ibáñez, 2010.

GONZALO FERNÁNDEZ, Codina. **Gestación subrogada.** Sexta ed., Madrid, España: Ed. Bosch, 2017.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Nuria. **Ventre de alquiler.** Tercera ed., Madrid, España: Ed. Civitas, 2018.

GUTIÉRREZ BARRENGOA, Ainhoa. **Gestación subrogada.** Noven ed., Madrid España: Ed. Dykinson, 2017.

JIMÉNEZ GARCÍA Joel Francisco. **Derechos de los niños.** Primera ed., Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, 1990.

JOUBE DE LA BARREDA, Nicolás. **La maternidad subrogada.** Sexta ed., Madrid, España: Ed. Sekotia, 2010.

LAM, Eleonora. **Gestación por sustitución.** Segunda ed., Barcelona, España: Ed. Océano, 2010.



LECLERCQ, Jacques. **La familia.** Decima ed., Barcelona, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco Manuel. **Gestación subrogada.** Tercera ed., Madrid, España: Ed. Dykinson, 2011.

LUCAS ESTEVE, Adolfo. **La gestación por sustitución.** Novena ed., Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. **Maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español.** Octava ed., Madrid, España: Ed. Dykinson, 1994

MIZRAHÍ, Mauricio Luis. **Derecho de familia.** Sexta ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1998.

MORANDÉ, Pedro. **Familia y sociedad.** Cuarta ed., Distrito Federal, México: Ed. Grijalbo, 1999.

MUÑOZ DE DIOS SÁENZ, Luis Fernando. **Vientres de alquiler.** Primera ed., Madrid, España: Ed. Civitas, 2015.

NUÑO, Laura. **Maternidades S.A. El negocio de los vientres en alquiler.** Quinta ed., Madrid, España: Ed. Civitas, 2010.

PÉREZ FUENTES, Gisela María. **La maternidad subrogada.** Tercera ed., Distrito Federal, México: Ed. Tiran Blanch, 2016.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. **El interés del menor.** Segunda ed., Madrid, España: Ed. Dykinson, 2000.

RODRIGO, María José y Jesús Palacios. **Familia y desarrollo humano.** Primera ed., Madrid, España: Ed. Alianza Editorial, 1998.



ROMERO COLOMA, Aurelia María. **La maternidad subrogada.** Tercera ed., Madrid, España: Ed. Dilex, 2016

TEJADA DE LUNA, Ricardo. **Maternidad subrogada.** Segunda ed., Distrito Federal, México: Ed. Sista, 2013.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José. **La maternidad subrogada.** Cuarta ed., Barcelona, España: Ed. Comares, 2014.

VILAR GONZÁLEZ, Silvia. **La gestación subrogada.** Séptima ed., Madrid, España: Ed. Bosch, 2018.

#### **Legislación:**

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

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

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

**Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.** Ratificado por el Congreso de la República de Guatemala el 10 de mayo de 1990.