

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure holding a book, surrounded by various symbols including a castle, a lion, and a column. The text around the border of the seal reads "ACADEMIA CAROLINA CONSPICUA" at the top and "SACRIS LITTERIS RBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA CONCIETIALENSIS INTER" around the bottom.

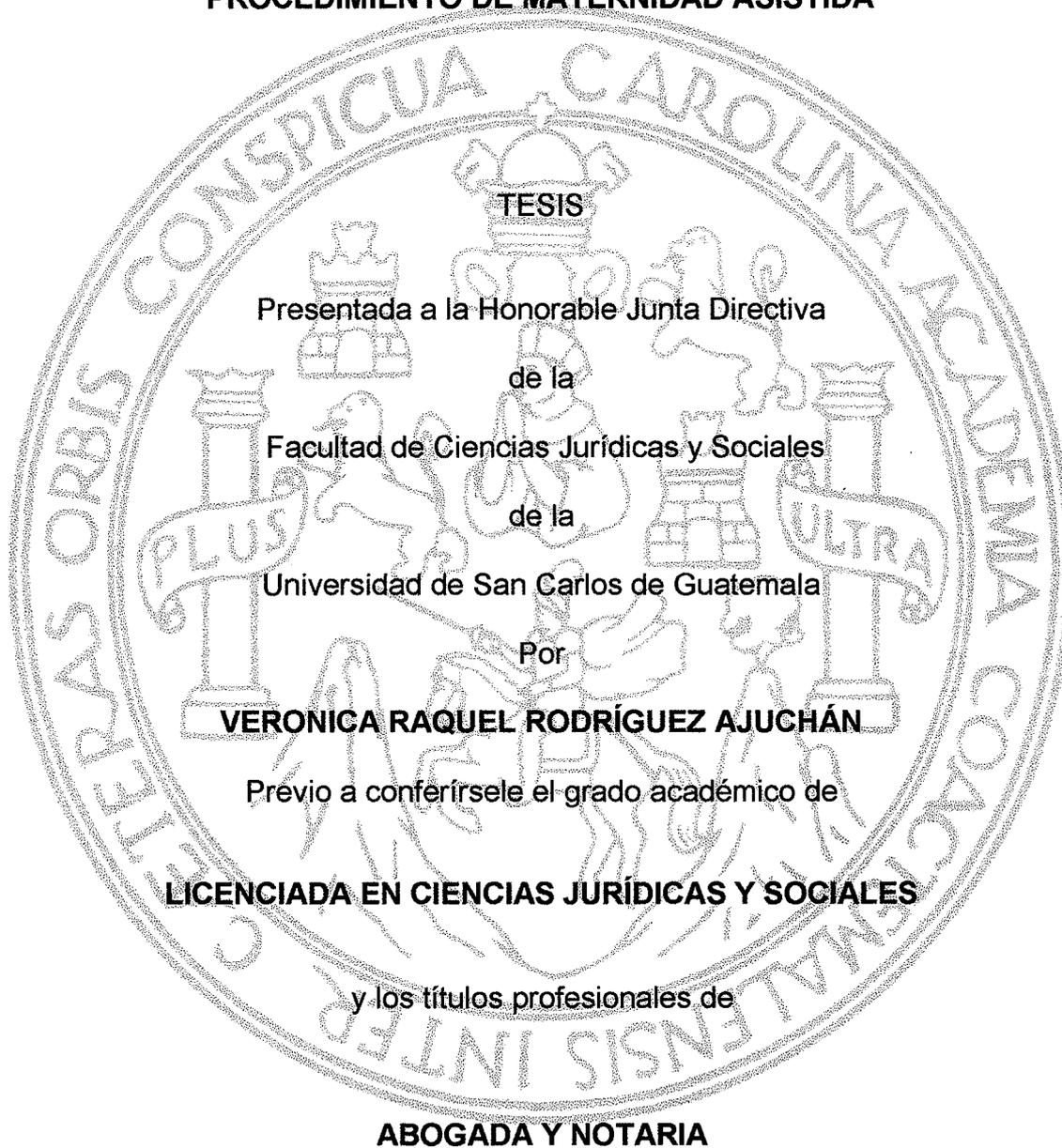
**NECESIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA PARA
BRINDAR PROTECCIÓN JURÍDICO SOCIAL A LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE EL
PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD ASISTIDA**

VERONICA RAQUEL RODRÍGUEZ AJUCHÁN

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2021

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

**NECESIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA PARA
BRINDAR PROTECCIÓN JURÍDICO SOCIAL A LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE EL
PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD ASISTIDA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

VERONICA RAQUEL RODRÍGUEZ AJUCHÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre 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 Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

Vocal: Lic. Milton Roberto Rivero González

Secretario: Lic. Fredy Roberto Anderson Recinos

Segunda Fase

Presidente: Lic. Javier Antonio Estrada Miranda

Vocal: Lic. Miguel Ángel Rocha García

Secretaria: Licda. Silvia Patricia Hernández Montes

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 28 de octubre de 2015.

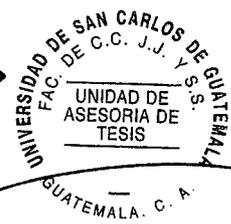
Atentamente pase al (a) Profesional, FREDY ARMANDO LEONARDO ARGUETA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
VERONICA RAQUEL RODRÍGUEZ AJUCHÁN, con carné 200816520,
 intitulado NECESIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA PARA BRINDAR
PROTECCIÓN JURÍDICO SOCIAL A LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD
ASISTIDA.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

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



Fecha de recepción 10 / 06 / 2019 f)

Asesor(a)
 (Firma y Sello)
Fredy Armando Leonardo Argueta
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 6914





Mixco, 02 de agosto de 2019

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
Presente



Atentamente me dirijo a usted para desearle éxitos en sus diferentes actividades profesionales.

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de asesor del trabajo de tesis de la bachiller **VERONICA RAQUEL RODRÍGUEZ AJUCHÁN**, intitulado: **NECESIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA PARA BRINDAR PROTECCIÓN JURÍDICO SOCIAL A LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD ASISTIDA**; motivo por el cual emito el siguiente:

DICTAMEN:

Las técnicas y métodos utilizados en la presente tesis, se han aplicado correctamente, el contenido jurídico y el contenido científico se han relacionado de una manera adecuada y pertinente, permitiendo comprobar la respectiva hipótesis.

Se han respetado los derechos de autor; con cada referencia bibliográfica consultada se ha concluido acertadamente, que es necesario regular los contratos de gestación subrogada en la República de Guatemala.

Cada uno de los temas se han redactado respetando un orden lógico, técnico y científico; con el objeto de aportar un trabajo de investigación útil ya que los temas fueron abordados de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones, doctrina y una conclusión discursiva, así como regulación legal en la materia lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

En el presente trabajo se utilizó el método analítico, ya que se estudiaron cada uno de los temas relacionados a los contratos y la gestación subrogada así como la legislación en otros países acerca de dichos temas. En cuanto a la utilización del método deductivo, en el presente trabajo fue utilizado para llegar a la conclusión de regular en Guatemala los contratos que se relacionan a la gestación subrogada con el propósito de brindar protección a las familias que se conforman de dicha forma.



El aporte científico del presente trabajo lo encontramos en la conclusión discursiva ya que la bachiller redacta que en el ordenamiento jurídico guatemalteco no existe una relación con los avances médicos actuales, no prohibiendo los contratos de gestación subrogada pero tampoco existiendo esa seguridad jurídica que delimite dichas situaciones o proteja a todas las personas involucradas en dichas situaciones. Lo que hace de suma importancia legislar sobre tan importante tema.

Aunado a lo anterior manifiesto expresamente que con la bachiller **VERONICA RAQUEL RODRÍGUEZ AJUCHÁN**, no me unen nexos de parentesco, amistad íntima o enemidad, ni cualquier otro tipo de relación que pudiera afectar la imparcialidad de este dictamen, la cual ofrezco sin ningún interés directo o indirecto.

Por lo anterior, y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de tesis de grado de la autora para que prosiga con los trámites hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación y poder optar el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo.

Atentamente,

Lic. Fredy Armando Leonardo Argueta
Asesor
Colegiado 6914

Fredy Armando Leonardo Argueta
ABOGADO Y NOTARIO
Col 6914



Guatemala, 11 de marzo de 2020

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Estimado licenciado Orellana:

Respetuosamente a usted informo que procedí a revisar la tesis del (la) bachiller VERONICA RAQUEL RODRÍGUEZ AJUCHÁN, la cual se titula: "NECESIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA PARA BRINDAR PROTECCIÓN JURÍDICO SOCIAL A LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE MATERNIDAD ASISTIDA".

La 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~~

~~Licda. Consuelo Velásquez Reyes~~

~~Docente Consejera de la Comisión de Estilo~~

cc. Unidad, estudiante.



DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser el dador de la vida y de todo cuanto he logrado hasta este momento. Porque fue, es y será mi guía durante todo este trayecto y porque sé que su gracia siempre ha estado presente en mi vida.

A MIS PADRES:

Norma Leticia Ajuchán y Felipe Rodríguez, porque siempre me han apoyado de manera incondicional y han creído en mí. También porque me inculcaron principios y valores que me permitieron ser la persona que soy y porque siempre han estado para mí. Por eso y mucho más los amo profundamente.

A MIS HERMANOS:

Lidia y Sergio, porque de una u otra forma han estado presentes y me apoyaron durante este trayecto además de que siempre creyeron en mí y me instaron a continuar.

A MI ABUELITA:

Persona incondicional en mi vida y quien siempre creyó en mí. No está presente en este momento por circunstancias de la vida pero que de haberlo hecho, estaría muy emocionada por ver culminada esta etapa académica de mi vida.

A MIS AMIGOS:

Personas que he conocido durante todo este tiempo y con quienes he compartido diversas etapas en las que cada uno ha aportado positivamente a mi vida. Por los amigos que me instaron a finalizar esta etapa académica de mi vida y que estuvieron allí para brindarme su apoyo, a quienes quizás no menciono con nombre y apellido, pero agradezco profundamente esa amistad. A las personas con quienes compartí momentos de mi etapa como estudiante y que se llevan en el corazón con mucho cariño y agradecimiento.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi *alma mater* y brindarme la oportunidad de egresar de dicha casa de estudios. Adquiriendo el compromiso de retribuir de la mejor forma posible lo brindado por esta Universidad.



PRESENTACIÓN



En el trabajo de investigación el objeto de estudio lo constituye la necesidad de regular los contratos de gestación subrogada para brindar protección jurídico social a los niños concebidos mediante el procedimiento de maternidad asistida, para que pueda ser implementada en la legislación guatemalteca, y los sujetos de estudio son las partes que intervienen en los contratos de gestación subrogada así como el Estado a través del Congreso de la República de Guatemala para la reforma de la ley específica que regula los contratos.

El tema abarca el ámbito de la rama del derecho civil, ya que a través de la regulación del contrato de gestación subrogada se puedan brindar protección jurídico social a los niños concebidos mediante el procedimiento de maternidad asistida y poder ser implementada en la legislación guatemalteca.

La tesis es un aporte, técnico y científico para los estudiantes y catedráticos que manejen el tema del derecho civil, especialmente sobre el tema de maternidad subrogada, el período histórico comprende el período de 2017 a 2018 desarrollándose la investigación en la República de Guatemala. La investigación que se realiza en el presente trabajo es de tipo cualitativo.

HIPÓTESIS



Una de las obligaciones del Estado de Guatemala es garantizar la protección integral de los niños y niñas sin distinción alguna. Por medio de los contratos de gestación o maternidad subrogada nacen niños y niñas a quienes el Estado debe garantizar su desarrollo integral; sin embargo, al no existir un medio para garantizar los derechos de los menores concebidos mediante el procedimiento de maternidad asistida, se pretende regular estos contratos lo cual garantizaría la protección jurídica social de los mismos de manera que no podrían vulnerarse sus derechos.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



La hipótesis planteada fue comprobada ya que la investigación deja al descubierto que en Guatemala se carece de una legislación adecuada que evite la vulneración de derechos de los niños y niñas nacidos mediante el método de maternidad asistida por lo que es necesario regular estos contratos para que se evite cualquier forma que vulnere implícita o explícitamente los derechos de los niños y niñas nacidos mediante dicho método de maternidad asistida.

Los métodos empleados para comprobar la hipótesis fueron el analítico y el deductivo, ya que con el primero se analizó la legislación relacionada y así proponer la regulación del contrato de la maternidad subrogada, y con el segundo se dedujo que al no estar regulado dicho contrato se comete el delito de adopción irregular.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Concepción humana.....	1
1.1. Generalidades de la maternidad y paternidad.....	3
1.2. Generalidades de la familia.....	4
1.3. El parentesco.....	7
1.3.1. Definición.....	7
1.3.2. Clases de parentesco.....	9
1.4. Filiación.....	12
1.4.1. Clases de filiación.....	14
1.5. El derecho de familia.....	18

CAPÍTULO II

2. Maternidad asistida.....	21
2.1. Procedimientos utilizados en la maternidad asistida.....	23
2.1.1. Fecundación in vitro.....	23
2.1.2. Transferencia de gametos.....	29
2.1.3. Inseminación artificial.....	30
2.1.4. Donación de gametos.....	30
2.2. Ciencias auxiliares de la maternidad asistida.....	31
2.2.1. La genética.....	32
2.2.2. Ingeniería genética.....	33
2.2.3. La eugenética.....	34
2.2.4. La biotecnología.....	35

2.3. Implicaciones éticas de la maternidad subrogada.....	37
---	----

CAPÍTULO III

3. El contrato de gestación subrogada.....	41
3.1. El contrato de estación subrogada en la legislación extranjera.....	43
3.2. El contrato de gestación subrogada en la legislación guatemalteca.....	57
3.2.1. La Constitución Política de la República de Guatemala.....	57
3.2.2. El Código Civil.....	61
3.3. Los tratados internacionales y su vinculación en Guatemala.....	65
3.3.1. Teorías sobre la incorporación de los tratados internacionales.....	65
3.3.2. Procedimiento en la incorporación de los tratados internacionales.....	68

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de regular los contratos de gestación subrogada para brindar protección jurídica social a los niños nacidos mediante el procedimiento de maternidad asistida en la legislación guatemalteca.....	71
4.1. Ventajas jurídicas sociales que brinda la regulación de los contratos de gestación subrogada.....	72
4.2. Desventajas jurídicas sociales que brinda la regulación de los contratos de gestación subrogada.....	74
4.3. Propuesta para regular el contrato de gestación subrogada en Guatemala	76
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

Guatemala no es ajena a los diversos avances tecnológicos y científicos que se viven actualmente, dentro de los cuales se puede mencionar la forma en la que es concebido un ser humano. Años atrás no podía considerarse que la concepción humana en algún momento fuera objeto de un contrato. Sin embargo, en la actualidad podemos hablar de contratos de gestación subrogada, tema que no cuenta con regulación específica en el país por lo que se hace indispensable que el Estado brinde protección jurídico social a los niños que son concebidos mediante el procedimiento de maternidad asistida.

El objetivo general de esta investigación fue establecer que el Estado garantice el cumplimiento de los derechos que poseen las niñas y niños concebidos mediante el procedimiento de maternidad asistida y brinde protección jurídico social a este segmento de la población guatemalteca que a lo largo de la historia ha sido un grupo vulnerable.

La integración de los capítulos se realizó de la siguiente manera: en el primero se desarrolló lo relacionado a la concepción humana, generalidades de la maternidad, paternidad, de la familia, parentesco y filiación; el segundo se abordó el tema de la maternidad asistida, procedimientos, ciencias e implicaciones éticas; en el tercero lo referente al contrato de gestación subrogada en la legislación extranjera así como en la legislación guatemalteca y el procedimiento en la incorporación de los tratados; y en el cuarto sobre la necesidad de regular el contrato de gestación subrogada en la legislación



guatemalteca, ventajas y desventajas jurídicas así como la propuesta para regular el contrato de gestación subrogada en Guatemala.

En cuanto a los métodos utilizados en la investigación se utilizó el Analítico, ya que se estudia cada uno de los temas relacionados a los contratos y gestación subrogada. En relación con el método deductivo, también utilizado en la presente investigación para establecer la conclusión respectiva. Con relación a las técnicas de investigación se utilizó la de observación y la de análisis documental.

Cada uno forma parte del desarrollo tecnológico y científico en la presente época por lo que es totalmente pertinente y necesario que nos informemos sobre un tema tan importante como el que se desarrolla a continuación para que podamos comprender la importancia de que exista una legislación especial que regule el tema de la gestación subrogada y con ello garantizar que no exista vulneración de derechos para los niños que son concebidos mediante el procedimiento de maternidad asistida; esperando que la investigación sirva como medio de consulta para toda aquella persona que se interese en el tema que se desarrolló.

CAPÍTULO I



1. La concepción humana

Cada vida humana inicia a través de un proceso sumamente complejo, que avanza entre continuas alternativas, hacia nuevas etapas de vida o del camino irreversible que lleva a la muerte. La inmensa mayoría de los seres humanos empiezan la aventura del vivir desde el encuentro de dos gametos, uno paterno y otro materno (es lo que se puede llamar concepción o fecundación). La penetración de un espermatozoide en el citoplasma de un óvulo permitió el momento cero, la fase inicial; empezó a existir un nuevo ser humano. Luego siguió un desarrollo regulado por leyes concretas, según etapas más o menos definidas: el desarrollo intrauterino, el desarrollo post-parto, las demás etapas hasta llegar, si todo ha ido bien, hasta la vida adulta y la vejez.

“El nacimiento es el punto de partida o fundamento de donde han de partir los derechos de la personalidad humana. Se trata de un hecho cierto, evidente, que puede fijarse con precisión y por este lado aventaja a la teoría de la concepción, porque no se sabe con certeza cuando comienza ésta. El tiempo que el feto ha vivido en el interior de la madre nada significa, nada tampoco puede valer, no era más que la madre misma, se alimentaba a sus expensas, respiraba con y la madre y por la madre, no era ser independiente y no podía ser sujeto de derecho. Pero sale de la cavidad materna al mundo y desde aquel momento, el derecho le acompaña a todas partes y le reviste con formas jurídicas que le dan personalidad”.¹ Lo anteriormente referido le otorga un gran grado de importancia al hecho del nacimiento, como el requisito indispensable para

¹Beltranena De Padilla, María Luisa. **Lecciones de derecho**. Pág. 55



otorgarle derechos y obligaciones a una persona por considerar que es el momento a partir del cual ya no depende de la madre.

Así y solo así, puede explicarse el origen de la personalidad individual del derecho. “En cuanto a los requisitos del nacimiento de una persona, se requiere en la actualidad dos condiciones: nacer vivo y viable, por lo tanto, el que nace muerto no es persona. Por otro lado, debe ser además viable, o sea tener capacidad para vivir separado de la madre”.² No es solo el hecho de nacer vivo, sino que solicita dos condiciones, también indispensables, para otorgarle personalidad a un ser humano. Indicando claramente cuales son esas condiciones que deben cumplirse, caso contrario no podría hablarse de personalidad.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 3 establece que “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”. La Carta Magna guatemalteca reconoce la personalidad del concebido y le otorga toda la protección que necesita del Estado y lo hace acreedor de todos los beneficios que, como persona, por derecho le corresponden. Además, sostiene que la personalidad comienza con el instante mismo del nacimiento, desde que el nuevo ser sale a la vida exterior con vida propia, ya que durante la concepción el feto no tiene vida independiente.

²Calixto Valverde y Valverde. **Tratado de derecho civil español.**Pág. 108.



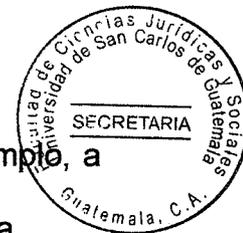
1.1. Generalidades de la maternidad y paternidad

El significado que se le da a la maternidad y paternidad son diferentes ya que para formular dichos significados se consideran distintos factores tales como el contexto familiar y los aportes de la sociedad.

La maternidad significa como una vivencia grandiosa en la cual el hecho biológico se considera como algo único e insustituible ligado a la experiencia de ser mujer. En cambio los hombres valoran la experiencia de la paternidad desde la vivencia directa con el hijo, según ellos, la afectividad como recurso para la relación guarda un papel secundario y solo se descubre una vez que el hijo nace.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el Estado se organiza para darle protección a la persona y a la familia, debiendo garantizarle el desarrollo integral a la persona, así como legitimar que el hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades, así en el Artículo 47 establece la protección a la familia promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable, así como la protección a menores, protegiendo la salud, física, mental y moral; debiéndoles garantizar su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social.

La paternidad responsable es dar vida en plenitud; tener los hijos deseados, para transmitirles vida una vida íntegra, es decir, que los padres y no otros familiares o



personas enseñen a sus hijos, día a día, no sólo con palabras, sino con el ejemplo, a ser verdaderas personas humanas; esto exige una preparación mínima adecuada.

1. 2. Generalidades de la familia

La existencia de la familia no puede abordarse únicamente como la respuesta a la necesidad de reproducción biológica de las sociedades. La reproducción de una sociedad, esto es, la incorporación de nuevos miembros en las relaciones sociales, no se realiza únicamente por medios biológicos.

Si se concediera que la familia debe reproducirse biológicamente, esta concepción de la institución que se aborda en este capítulo no serviría para calificar como familias a aquellos grupos donde un miembro de la pareja o ambos están incapacitados de reproducirse biológicamente esto sería una discriminación, ya que la familia se inicia con la unión de una pareja.

En estos casos, la función reproductiva se traslada a los mecanismos de reclutamiento socialmente aceptables como la adopción. El reclutamiento de nuevos miembros de una familia garantiza su trascendencia en el tiempo, pero no explica el por qué existen las familias. Por otra parte, la reproducción social no es la única potestad de las familias. Estas sirven como el marco donde se realiza la primera socialización de los nuevos individuos de una sociedad, por medio de lo que se llama educación. La educación de los infantes se realiza de acuerdo con el código cultural de cada sociedad.



Por otra parte, la mera consanguinidad no garantiza el establecimiento automático de los lazos solidarios con los que se suele caracterizar a las familias. Si los lazos familiares fueran equivalentes a los lazos consanguíneos, un niño adoptado nunca podría establecer una relación cordial con sus padres adoptivos, puesto que sus instintos familiares le llevarían a rechazarlos y a buscar la protección del padre biológico. Los lazos familiares, por tanto, son resultado de un proceso de interacción entre una persona y su familia lo que quiera que cada sociedad haya definido por familia: familia nuclear o extensa; familia monoparental o adoptiva, etc. En este proceso se mezclan cuestiones de orden psicológico y social, del que deriva una identificación más o menos fuerte con el primer núcleo de socialización de la persona.

De aquí que, como ocurre en otros dominios del parentesco, sea necesario hacer énfasis en el hecho de que la existencia de la familia no es un fenómeno puramente biológico: es también y, sobre todo, una construcción cultural, en la medida en que cada sociedad define de acuerdo con sus necesidades y su visión del mundo lo que constituye una familia. La estructura y el papel de la familia varían según la sociedad. La familia nuclear (dos adultos con sus hijos) es la unidad principal de las sociedades más avanzadas. En otras, este núcleo está subordinado a una gran familia con abuelos y otros familiares. Una tercera unidad familiar es la familia monoparental, en la que los hijos viven sólo con el padre o con la madre en situación de soltería, viudez o divorcio.

Para la sociología, una familia es un conjunto de personas unidas por lazos de parentesco. Los lazos principales son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio que, en



algunas sociedades, sólo permite la unión entre dos personas mientras que en otras es posible la poligamia, y vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que descienden de un mismo padre. También, puede diferenciarse la familia según el grado de parentesco entre sus miembros:

- a) Familia nuclear, padres e hijos (si los hay); también se conoce como círculo familiar;
- b) Familia extensa, además de la familia nuclear, incluye a los abuelos, tíos, primos y otros parientes, sean consanguíneos o afines;
- c) Familia compuesta, es sólo padre o madre y los hijos, principalmente si son adoptados o si tienen un vínculo consanguíneo con alguno de los dos padres;
- d) Familia monoparental, en la que el hijo o hijos viven sólo con uno de los padres;
- e) Otros tipos de familias: aquellas conformadas únicamente por hermanos, por amigos (donde el sentido de la palabra familia no tiene que ver con un parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos como la convivencia, la solidaridad y otros), etcétera, quienes viven juntos en el mismo espacio por un tiempo considerable.



Existen sociedades donde al decir familia se hace referencia a la familia nuclear, y otras en las que se hace referencia a la familia extensa. Este significado es de origen cultural y depende en gran parte del grado de convivencia que tengan los individuos con sus parientes. En muchas sociedades, principalmente en Estados Unidos y Europa occidental, también se presentan familias unidas por lazos puramente afectivos, más que sanguíneos o legales. Entre este tipo de unidades familiares se encuentran las familias encabezadas por miembros que mantienen relaciones conyugales estables no matrimoniales, con o sin hijos.

1.3. El parentesco

La palabra parentesco (de *parere*, engendrar) indica, en sentido estricto, el hecho de la generación; es decir, es el vínculo existente entre las personas que descienden de un tronco común. Este es el parentesco de consanguinidad. Sin embargo, al lado de éste existen otras clases de parentesco. Por eso, y en sentido amplio, se dice que el parentesco es “como la relación, unión o conexión que existe entre varias personas, en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión”.³

1.3.1. Definición

El parentesco se entiende como las relaciones humanas que se establecen por medio de la descendencia y del matrimonio. “El parentesco se fundamenta en las diferencias sociales y en los modelos culturales. En todas las sociedades, los vínculos entre

³Yungano Rodríguez, Arturo: **Manual teórico práctico de derecho de familia**. Pág. 110



parientes de sangre y los parientes por matrimonio poseen una cierta relevancia legal, política y económica que no guarda ninguna relación con la biología”.⁴ Es decir que el sentido de la palabra parentesco debe ser considerado de forma amplia y no limitarse únicamente a un tema biológico.

En la base del parentesco se encuentra el vínculo primario madre e hijo, al que las distintas culturas han agregado a diversas relaciones familiares. A esta unidad básica se le suman otros parientes en función de la descendencia, que conecta una generación con la siguiente de forma sistemática y que determina ciertos derechos y obligaciones para todas las generaciones. Los grupos de descendencia se pueden transmitir a través de cualquiera de los dos sexos (es decir, bilateralmente), o sólo a través de uno de ellos (unilateralmente). En los grupos de transmisión unilineal, la descendencia se denomina patrilineal si la conexión es por línea masculina, o matrilineal si lo es por vía femenina.

Existen otros métodos menos frecuentes de transmisión de la descendencia: el sistema paralelo, en el que los varones y las hembras transmiten la descendencia sólo a través de su propio sexo; y el método cognaticio, en el que se tienen en cuenta los parientes de ambos sexos, sin apenas distinción formal entre ambos.

La forma de clasificar a los parientes tiene muchas aplicaciones prácticas. Las relaciones familiares y de una sociedad condicionan en gran medida la atribución de

⁴Parentesco (antropología). Microsoft® Encarta® 2007 [DVD]. Microsoft Corporation, 2006. (consultado el 15 de marzo de 2019)



derechos y su transmisión de una generación a otra. La sucesión en los cargos y en los títulos, así como la herencia de las propiedades, van implícitas en el particular sistema de parentesco. La propiedad puede transmitirse a lo largo de varias generaciones de distintas formas: del hermano de la madre al hijo de la hermana (en sociedades matrilineales); del padre a su hermano menor (en algunas sociedades patrilineales); o del padre a su hijo (en muchas sociedades patrilineales).

Los términos de parentesco también pueden indicar la forma en que las familias de una determinada sociedad reparten la herencia de bienes y propiedades. El pueblo latmul de Nueva Guinea, por ejemplo, asigna cinco términos diferentes para designar al primero, segundo, tercero, cuarto y quinto hijo de la familia. En cualquier disputa acerca del patrimonio se espera que los hijos primero y tercero unan sus fuerzas contra los que ocupan el segundo y el cuarto lugar.

1.3.2. Clases de parentesco

Conforme al sentido amplio del concepto de parentesco, se pueden distinguirse las siguientes clases:

a) Parentesco natural: fundado en los vínculos de sangre, es el que existe entre aquellos que descienden unos de otros o tienen un tronco común. Puede ser legítimo (con base en el matrimonio), o ilegítimo (fundado en uniones extramatrimoniales). En el ordenamiento jurídico guatemalteco y especialmente el Código Civil en el Artículo 191, se le conoce como parentesco de consanguinidad y es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.



- b) Parentesco civil:** es el que se funda en la adopción, y surge entre adoptante y adoptado, y entre éste y la familia del adoptante. El Artículo 190 del Código Civil guatemalteco reconoce el parentesco civil, que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.
- c) Parentesco de doble vínculo y de vínculo sencillo:** El primero, es el parentesco por parte de padre y de madre. El segundo, sólo por parte de padre o por parte de madre. Cuando los hermanos lo son de doble vínculo se llaman germanos, cuando lo son por parte de padre consanguíneos, y cuando son por parte de madre uterinos.
- d) Parentesco por afinidad:** es el que existe entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. El Artículo 192 del Código Civil regula que el parentesco de afinidad es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos. Se llama afinidad natural al parentesco, que existe entre una persona que ha tenido unión carnal con otra de distinto sexo y los parientes de ésta. La cuasi-afinidad era la afinidad nacida de los esponsales o del matrimonio rato y no consumado. Pero el actual derecho canónico ha modificado este concepto y considera hoy como cuasi-afinidad el parentesco que nace del matrimonio inválido (consumado o no), y del concubinato público y notorio.
- e) Parentesco espiritual:** es el que existe por la administración de los sacramentos del bautismo y confirmación, desconocidos por los códigos civiles, sólo tiene

aplicación para el matrimonio canónico. Hoy, la iglesia católica sólo reconoce el que proviene del bautismo, que es el que existe entre el bautizado de una parte y el que bautiza y los padrinos de la otra.

Computación del parentesco. Para determinar el parentesco es necesario tener en cuenta estos conceptos:

Computación civil: En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o personas, descontada la del progenitor. En la línea recta, se sube únicamente hasta el tronco común. Así, por ejemplo, el hijo dista un grado del padre, dos del abuelo, tres del bisabuelo, etc. En la línea colateral, se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Así, parentesco ejemplo, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano, etc. Tanto esta computación como los conceptos de línea y grado que exponemos a continuación son los regulados por el Código Civil.

- a) Tronco, raíz o estirpe: se llama así al ascendiente común más próximo.
- b) Grado: es el número de generaciones que separan a dos personas unidas por vínculos de sangre. Se dice que cada generación forma un grado, según el Artículo 193 del Código Civil guatemalteco, el parentesco se gradúa por el número de generaciones; cada generación constituye un grado.



c) **Línea:** es la serie de grados que separa a dos personas cuyo parentesco se trata de indagar. Puede ser línea recta o colateral y la primera es la existente entre dos personas que descienden una de otra, y la segunda es la constituida entre las personas que proceden de un tronco común según el Artículo 194 del Código Civil.

La serie de generaciones o grados procedentes de un ascendiente común forma línea según el Artículo 195 del Código Civil guatemalteco la línea es recta, cuando las personas descienden unas de otras, y colateral o transversal, cuando las personas provienen de un ascendiente común, pero no descienden unas de otras según Artículo 196 del Código Civil en la línea recta, sea ascendente o descendente hay tantos grados como generaciones, o sea tantos como personas, sin incluirse la del ascendiente común y según el Artículo 197 Código Civil en línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, subiendo desde la persona cuyo parentesco se requiere comprobar hasta el ascendiente común y bajando desde éste hasta el otro pariente y de acuerdo con el Artículo 198 del Código Civil el parentesco de afinidad se computa del mismo modo que el de consanguinidad y concluye por la disolución del matrimonio civil.

1.4. Filiación

La filiación es la relación natural y jurídica que une a los hijos con sus progenitores. Se llama paternidad cuando esta relación se refiere a los padres como tales y filiación cuando se refiere a los hijos. En un sentido amplio, la filiación puede tener referencia a

la relación de parentesco y a los derechos derivados de esa relación, la que puede ser aún más allá de la relación con los progenitores.

Surge de la procreación un lazo natural: la generación, que traducida al plano jurídico, da lugar a un instituto que delimita con particulares contornos las relaciones entre procreantes y procreados. Este instituto es la filiación, de sabida trascendencia, dado que regulariza el estado civil del ser humano que integra el cuerpo político.

Es el nombre jurídico que recibe la relación o sociedad natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otra. La filiación es un estado, es decir, una posición especial ante el orden jurídico, integrada por un complejo de relaciones jurídicas entre procreantes y procreados. La filiación puede significar la descendencia en línea directa, pero en sentido jurídico tiene un significado más restringido, equivalente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo, he de aquí, que la relación de filiación se denomina paternidad o maternidad según se le sitúe al lado del padre o de la madre; y por lo tanto el autor la define como: "La relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra".⁵

Hay una noción más compleja de filiación que se define: "Como la relación existente entre una persona de una parte y otras dos, de las cuales una es el padre y la otra la madre de la primera; maternidad y paternidad, son pues, los dos elementos en que se basa la filiación".⁶

⁵Planiol Marcel y Jorge Ripert. **Compendio de derecho**. Pág. 195.

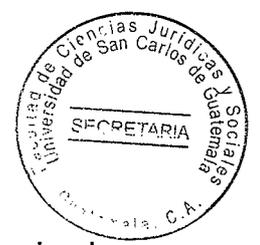
⁶Cánovas Espín, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 150.

Se tiene que distinguir la filiación como hecho natural y como hecho jurídico. El derecho no permite, en todo caso la investigación de la relación de filiación respecto a los presuntos padres, ni aun en caso de aparecer dicha relación física de filiación, permite siempre deducir las consecuencias lógicas de la misma o, aunque deduzca algunas consecuencias, no son estas siempre las mismas. Se trata pues, de una relación no meramente física o conforme a la naturaleza, sino jurídica, basada en ciertos presupuestos sociales. Filiación es: “Aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero”.⁷

Entre los fines más importantes del matrimonio, está la procreación, o sea tener hijos. La procreación trae como consecuencia la filiación, y que ésta es el vínculo que une a los hijos con los padres.

Para otros autores a la filiación la llaman paternidad, ya que afirman que ambos términos: filiación y paternidad son sinónimos, o sea, significan la misma cosa. Filiación se llama desde el punto de vista de los hijos, o sea, el vínculo jurídico que une a los hijos con respecto a sus padres y paternidad se llama desde el punto de vista de los padres, o sea, el vínculo jurídico que une a los padres con respecto a los hijos.

⁷ Puig Peña, Federico. **Op. Cit.** Pág. 91.



1.4.1. Clases de filiación

Se puede decir que las dos grandes clases de filiación se fundan en el vínculo de generación real o supuesta, así la relación de la naturaleza o generación o de la ficción de la ley (adopción). Sin embargo, la generación puede tener lugar dentro de un matrimonio o fuera de él, así se tiene en el primer caso la generación legítima y por el otro lado la generación ilegítima; por otro lado, en virtud de que el derecho autoriza, en determinadas condiciones, considerar como hijos legítimos a los nacidos fuera del matrimonio, surge una nueva clase de filiación, que es la legitimada, en total, cuatro clases de filiación: legítima, ilegítima, legitimada y adoptiva. Se debe agregar una quinta, como lo es la filiación cuasimatrimonial o cuasi-legítima (derivada de la unión de hecho legalmente reconocida). En doctrina se reconoce cinco clases de filiación y son las siguientes.

a) Filiación legítima: se da cuando alguien es hijo de padres casados, desde el punto de vista legal y moral, los hijos cuentan con el respaldo de los padres. También se conoce como filiación matrimonial (Artículos 199 al 208 Código Civil). Las leyes del país toman como base el matrimonio para la creación y desarrollo de la familia, por esto se fija en primer término la paternidad y filiación matrimonial. Con relación a este asunto, deben tomarse en cuenta la formas de determinar la paternidad: siempre se presumirá que el marido es el padre del hijo nacido dentro del matrimonio, aun cuando el matrimonio sea declarado nulo o insubsistente, si el hijo nace dentro de los términos mínimos y máximos determinados por la ley (180 días desde el día de la celebración del matrimonio y 300 días desde la disolución del matrimonio. Este precepto tiene por objeto proteger en sus derechos al nacido del



matrimonio, aun cuando existe el derecho de impugnación de parte del padre:

- b) Filiación cuasimatrimonial o natural simple:** se da cuando es hijo de padres no casados y resulta en las parejas de unión de hecho.

- c) Filiación ilegítima o natural adulterina:** cuando el padre está casado con una tercera persona distinta de la madre, o sea, los hijos procreados fuera del matrimonio. Esta clase de filiación perjudica la solidez de la familia y es causal de divorcio (Artículo 155 inciso segundo del Código Civil.).

- d) Filiación legitimada o incestuosa:** se da cuando los padres son parientes; por ejemplo: dos hermanos; del padre con la hija; o de un hijo con la madre. Este tipo de filiación está sancionado en el Artículo 236 Código Penal.

- e) Filiación adoptiva:** es la que resulta de la adopción y se encuentra regulada en el Artículo 228 del Código Civil y el modo de probar la filiación adoptiva es en la adquisición del apellido, ya que por la misma se crea un vínculo legal de familia y el adoptado es reconocido como hijo del adoptante, adquiriendo en consecuencia los mismos derechos del hijo propio, de manera que al constituirse ésta, el adoptado adquiere el derecho de usar el apellido del adoptante.

La Constitución Política de la República en el Artículo 50 establece que: “Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos...” y el Artículo 209 del Código Civil de la misma manera regula sobre la igualdad de los hijos, los hijos



procreados fuera del matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio, de esta manera toda discriminación es punible y esta tiene lugar cuando los padres no son casados, y los hijos son procreados fuera del matrimonio o de la unión de hecho no declarada. En la filiación extramatrimonial no hay plazos, el reconocimiento es la única prueba y este puede ser:

- a) Voluntario: Artículo 211 del Código Civil;
- b) Forzoso: Artículos 220 y 221 del Código Civil.

Merece especial comentario el reconocimiento en testamento. Una de las características propias del testamento es el de ser revocable, pero cuando se trata de un reconocimiento de hijo, si se hace el reconocimiento y el testamento se revoca, el reconocimiento seguirá subsistiendo, es decir, no se revoca. Lo mismo sucede si el testamento se declara nulo. Esto es un caso especial de protección del hijo. Artículos 212 y 213 del Código Civil.

Con respecto a la madre no hay reconocimiento voluntario, ya que la filiación se prueba con el nacimiento.

Cuando el padre no comparece en forma voluntaria a reconocer a un niño, puede ser obligado a que lo reconozca, de acuerdo con el Decreto 39-2008 que adiciona el numeral 5 del Artículo 221 del Código Civil en el sentido de que, si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de la prueba de ADN ordenada por juez competente, su negativa se tendrá como prueba de la paternidad, salvo prueba en contrario.



El menor de edad no puede reconocer a sus hijos, se necesita el consentimiento de los que ejercieren la patria potestad; en cambio la mujer menor de edad si puede reconocer a sus hijos, sin el consentimiento de los que ejercen la patria potestad; puesto que lleva la maternidad durante largo tiempo: Artículos 217 y 218 del Código Civil.

1.5. El derecho de familia

El derecho de familia, como el propio derecho, ha surgido como una necesidad de normar las relaciones derivadas de la familia, en las actuaciones del hombre individualmente en interrelación con otras personas y en función de derecho y obligaciones determinadas por la praxis social, a los que está sujeto el individuo para los fines de la familia.

“La familia debe ser el medio más apropiado para reintegrar al hombre a sí mismo y para lograr tal fin ha de perseguir su evolución hacia lo mejor; es pues algo proveniente de lo humano para lo humano. En ella se origina la escala de valores que regirán al ser, siendo por tanto de donde emane la superación personal en la libertad, ya que existe igualdad de naturaleza, diferencias en el grado y en el modo de superar esa naturaleza; es por ello que la familia debe respetar la originalidad y es en ese momento cuando desempeñaba su papel primordial que es el de formar a la persona del nuevo miembro de la comunidad en el espíritu propio de confianza y libertad, para luego entrar a la vida social imbuido de ese mismo espíritu, es pues la familia una comunidad de destino, hacia la meta común pero en la cual cada uno es diferente, pues son producto de la libertad que en ella rige. Por esto se dice que la familia habrá cumplido con su



misión, cuando el hombre sepa tomar su carga social, y proyectándose en esta encuentra su valor y la valoración de sus semejantes".⁸

La importancia que en Guatemala se le ha dado a la regulación jurídica de la familia, desde las Constituciones de 1945, 1956, 1965 y la actual promulgada en 1985, incluyen un capítulo específico dedicado a la familia, obligando al Estado a emitir disposiciones que la protejan.

La actual Constitución Política de la República de Guatemala, establece que la familia es el génesis de toda relación entre los humanos, ya que como elemento básico de la sociedad, sobre tal institución social recae la gran responsabilidad de sostener y promover el Estado, pues si se concibe a la sociedad como un órgano, es decir como lo concibe la teoría organista, se ve que la familia viene a ser una célula dentro de ese cuerpo y si la célula enferma, el mal avanza, hasta contaminar células sanas; de allí la necesidad de una ordenación, de una disciplina que regule con objetividad la existencia y situación de tan importante institución social, lo cual da lugar al nacimiento de normas que regulen las relaciones que resulten de la familia, en función de derechos y obligaciones que sujeten al individuo al cumplimiento de los fines de la institución de la familia.

Conforme lo apunta Cesar Eduardo Alburez Escobar: "Es únicamente en el seno familiar, en donde el ser humano encuentra la satisfacción de sus variadas aspiraciones de cariño, afecto y protección material y espiritual; es el único medio

⁸ Morales Aceña de Sierra, María Eugenia. **Derecho de familia, análisis de la Ley de Tribunales de Familia.** Pág. 1.



dentro del cual puede plasmar la educación de los futuros hombres que integrarán la sociedad, porque en ella se perpetúa la especie no solo en la niñez y la juventud, sino que en la edad adulta, y ello porque dentro del hogar se consolidan los lazos más fuertes para unir a los grupos humanos que a la larga llegan a formar una nación con todos sus elementos constitutivos. La familia es, por así decirlo, la fuente de todas las relaciones humanas y constituye, con la Nación organizada en Estado, la más importante forma social; es en, suma el elemento básico de la sociedad, la semilla de la República, como dijera Cicerón. La familia constituye el caso por excelencia de grupo social suscitado por la naturaleza. Pero esto no quiere decir que la familia sea un mero producto de la naturaleza, pues constituye una institución creada y configurada por la cultura (religión, moral, costumbres y derecho). En la configuración y regulación moral, religiosa, social y jurídica de la familia intervienen consideraciones sobre la moralidad de los individuos, sobre los intereses materiales y espirituales de los niños y sobre la buena constitución y buen funcionamiento de la sociedad. La motivación esencial de la familia en todas las variedades que esta presenta en la historia consiste en la necesidad de cuidar, alimentar y educar a los hijos".⁹

Este capítulo se refiere a que se pueda conocer lo referente a la concepción humana, así como las responsabilidades que tiene ser padre y madre, además es importante conocer sobre las relaciones familiares, tales como el parentesco para establecer lo que significa la filiación como vínculo jurídico entre el padre y el hijo o hija.

⁹El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca. Pág. 19.



CAPÍTULO II

2. La maternidad asistida

Con los cambios tecnológicos generados en las últimas décadas, algunas figuras jurídicas sin duda alguna sufren cambios drásticos, dentro de estos se puede mencionar a la maternidad.

La maternidad es una palabra que proviene de materno significa “estado o cualidad de madre, con esta afirmación se hace referencia a la reflexión existente entre madre y los hijos, pues por la madre se entiende la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y de su educación, la encargada de buscar una buena escuela de vestirlo, bañarlos, alimentarlos, entre otros”.¹⁰

De acuerdo con la maternidad puede diferirse desde cuatro ópticas las cuales son: etimológico, gramatical, biológico y jurídico.

a) Concepto etimológico: La palabra madre procede del latín mater/matris, la cual a su vez del griego matér/matrós, cuyo significado es madre. “En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme

¹⁰ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. **Maternidad subrogada**. Pág. 10.



a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta”.¹¹

- b) Gramatical:** De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, maternidad significa: Estado o cualidad de madre mientras vocablo madre tiene las siguientes acepciones: hembra que ha parido, hembra respecto de su hijo o hijos, mujer casada o viuda, cabeza de su casa.
- c) Biológico:** La maternidad antecede lógicamente a la paternidad tanto desde el punto de vista biológico como jurídico. Este autor afirma que: “La paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación. Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la integridad espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y el cuidado materno son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La relación de la paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de la maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto

¹¹Ibíd. Pág. 11



de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural”.¹²

d) Jurídico: “Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente”.¹³

Lo anterior nos permite establecer los diferentes aspectos que deben tomarse en cuenta para comprender la maternidad y como de forma integral debe incluirse cada uno de ellos al momento de legislar acerca del tema que se desarrolla.

2.1. Procedimientos utilizados en la maternidad asistida

Los avances que ha tenido la medicina en los últimos años han permitido que actualmente existan varias técnicas de reproducción asistida que buscan brindar una solución a las personas que presentan problemas de fertilidad. Las alternativas que han logrado tener una gran importancia debido a su efectividad son las siguientes:

¹²Ibíd. Pág.12.

¹³Ibíd.



2.1.1 Fecundación in vitro

Consiste en la fertilización de óvulos con espermatozoides que pueden ser de la pareja o de un donante. Luego de obtener el embrión es implantado en el útero donde continúa su desarrollo.

El Médico Kushner-Dávalos en su publicación define este proceso de la siguiente manera: “El proceso de la Fecundación In Vitro consiste en la estimulación exógena de los ovarios mediante gonadotrofinas humanas o recombinantes (sintéticas); extracción de los óvulos mediante un procedimiento quirúrgico mínimamente invasivo (aspiración folicular eco-guiada); fertilización in vitro en el laboratorio de embriología previa selección y clasificación de la calidad ovocitaria y capacitación espermática; cultivo embrionario sistemático; y transferencia de embriones en la cavidad uterina, a la espera de una implantación satisfactoria”.¹⁴

El éxito de esta técnica ha venido en aumento ya que se han establecido protocolos que hacen que las probabilidades de desarrollo del embrión sean mucho más altas. Para ello se necesita tener en el laboratorio los ovocitos y los espermatozoides en un ambiente adecuado para conseguir la fecundación. Es preciso realizar un ciclo de estimulación ovárica para conseguir suficientes ovocitos y garantizar una buena transferencia embrionaria con indicación tales como:

- a) Calidad de semen pobre, aunque suficiente para la técnica.

¹⁴La fertilización in vitro: beneficios, riesgos y futuro. RevCientCienMed, 13(2), 77-80. Recuperado http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1817-74332010000200006 (Consultado el 15 de agosto de 2018)



- b) Trompas obstruidas.
- c) Fallo de otras técnicas.
- d) Endometriosis graves.
- e) Esterilidad de causa desconocida.

Procesos: de acuerdo con el Médico Kushner Dávalos La fecundación in vitro consta de varios pasos entre ellos:

- a) **Estudio previo:** Antes del inicio de cualquier tratamiento, el equipo médico analizará la situación de cada pareja y su proyecto reproductivo, para ajustar los detalles del tratamiento.
- b) **Estimulación ovárica:** Durante esta etapa se utilizan medicamentos (hormonas llamadas gonadotropinas) que tienen la finalidad de estimular a los ovarios para que produzcan varios ovocitos maduros en lugar de uno sólo, situación que ocurre espontáneamente cada mes. Existe consenso en que las posibilidades de lograr el embarazo son mayores si se fertilizan y transfieren más de un ovocito por ciclo de tratamiento. Se permiten 3 ovocitos como máximo.
- c) **Extracción de ovocitos:** La extracción se realiza en el centro de reproducción asistida, con la paciente sedada y/o con la administración de un anestésico local, lo que permite que ella pueda participar conscientemente del procedimiento. La duración total del proceso es de alrededor de los 30 minutos. La paciente se coloca en posición ginecológica y se realiza una punción transvaginal bajo control



ecográfico, aspirándose todos los folículos, con el fin de obtener el mayor número de ovocitos posible. Tras un período de reposo, la paciente está lista para volver a su casa.

- d) **Inseminación de los ovocitos:** Una vez obtenidos, los ovocitos son catalogados en el laboratorio según su madurez. Los maduros son los adecuados para fecundarse. Simultáneamente se obtiene la muestra seminal, la cual se prepara, recuperándose los espermatozoides normales y con mejor movilidad. Después de la aspiración, se realiza la inseminación de los ovocitos con los espermatozoides (como máximo se podrán fecundar 3 ovocitos).

- e) **Cultivo In Vitro:** Se incuban juntos durante 24 horas, después de las cuales son evaluados por primera vez para confirmar si ha ocurrido la fecundación, que se reconoce por la aparición de 2 pronúcleos. El objetivo final es transferir los embriones resultantes, 3 como máximo.

- f) **Transferencia de embriones:** Una vez cultivados los embriones, estos se depositan en el interior de la cavidad uterina. Esto se produce entre el 2º y el 6º día después de la obtención de los ovocitos. La gran mayoría de las transferencias son al útero, ya que se trata de un procedimiento sencillo, que dura aproximadamente 10 minutos, se realiza sin anestesia y es muy similar a una inseminación intrauterina. En algún caso la transferencia se puede realizar a las trompas.



Este paso se realiza de forma ambulatoria. En posición ginecológica se coloca un espéculo para ver el cuello uterino. Los embriones por transferir, sumergidos en un medio de cultivo se colocan en un catéter de transferencia (tubo estéril largo y delgado). Suavemente se guía este catéter a través del cuello uterino y se deposita el contenido en la cavidad uterina.

Después de la transferencia se recomienda reposo. La paciente recibirá una medicación hormonal (progestágenos) hasta confirmar el resultado de la prueba de embarazo. Éste se realizará cuando el profesional así lo considere, alrededor de 12 días después de realizada la transferencia el cual pueden tener complicaciones tales como:

- a) **Síndrome de hiperestimulación ovárica:** el abdomen puede distenderse y los ovarios aumentan de tamaño. Pueden aparecer náuseas, vómitos, dolor abdominal. Cualquier paciente que presente estos síntomas a la semana siguiente de la aspiración folicular debe comunicarse con su médico.

- b) **Sangrado vaginal:** un pequeño sangrado indoloro puede aparecer tras la aspiración folicular o después de la transferencia y cesa a las 24 horas. No suele provenir del útero y no tiene consecuencias para la transferencia embrionaria.

- c) **Embarazo múltiple:** al obtener y transferir más de un embrión existe la posibilidad del embarazo múltiple.

- d) Aspiración folicular:** toda aspiración folicular por punción comporta dos riesgos: hemorragia e infección, si bien su frecuencia es muy baja y ambas tienen tratamiento.
- e) Aborto:** entre el 8 y el 10% de todos los embarazos espontáneos acaba en aborto. En el caso de la FIV, dicho índice oscila entre el 12 y el 17%. Entre otras causas, hay que tener en cuenta que la edad media de las mujeres que se quedan embarazadas gracias a la FIV es más avanzada que la de las mujeres con un embarazo "natural", que el control exhaustivo de estas pacientes nos permite detectar embarazos que terminarán en aborto muy precozmente, lo que pasa inadvertido en embarazos naturales.
- f) Defectos genéticos o congénitos:** se presentan en una proporción igual a la población general. En el caso de un embarazo obtenido mediante FIV "clásica", dichos riesgos no son ni mayores ni menores que en los embarazos naturales.

En todo el mundo se considera como índice de éxitos de un tratamiento de FIV el índice de embarazos tras la transferencia de embriones, es decir: ¿Con qué frecuencia se presenta un embarazo tras una transferencia de embriones? En nuestro medio la cifra media se sitúa entre el 25 y el 35%, dicho de otra manera, una de cada cuatro transferencias de embriones da como resultado un embarazo. Sin embargo y dependiendo de cuál sea el motivo que le lleva a realizar la FIV, estas cifras pueden variar, siendo un punto negativo la edad avanzada de la paciente.

Naturalmente, el índice de embarazos crece al aumentar el número de tentativas por paciente y de esta forma llegamos a la siguiente cifra de interés: tras cuatro tratamientos de FIV el índice acumulativo de embarazos se sitúa alrededor del 60%.

2.1.2. Transferencia de gametos

La transferencia de gametos consiste básicamente en la implantación del ovulo fecundado en el tubo de la trompa de Falopio, lo que permite que este método sea muy semejante a la fecundación natural. El acceso a este método no es tan frecuente ya que representa un costo muy alto.

Se explica el proceso de transferencia de gametos (TIG) de esta forma: “La transferencia intra tubaria de gametos es un procedimiento de reproducción asistida en donde la fertilización se realiza in vivo, es decir dentro de las trompas u oviductos, por eso es intra tubaria. En esencia con una pequeña operación (laparoscopía) que se efectúa a través del ombligo y un par de pequeñas incisiones adicionales en la parte baja del abdomen se coloca en el interior de una de las trompas óvulos y espermatozoides (gametos) para lograr que se realice la fecundación en condiciones naturales y se logre el anhelado embarazo”.¹⁵

Esta técnica implica varios pasos más, luego de que se realiza la Fecundación In Vitro, lo que la convierte en una opción no tan utilizada ya que es más costosa y la inversión de tiempo es mayor.

¹⁵ Pérez Peña, Efrain. **Transferencia intratubaria de gametos. Vida**, <http://www.institutovida.com/articulos/gift.asp?ID=39>, 2011 (Consultado el 20 de octubre de 2018)

2.1.3. Inseminación artificial

Es un método utilizado en un mayor porcentaje ya que arroja un alto porcentaje de éxito y el método no presenta tantas complicaciones.

Como lo han referido “se trata de un procedimiento en el cual el semen se pone en el interior del útero para que se logre la fecundación. En este proceso se utilizan medicamentos que permiten que los ovarios liberen los óvulos, para que el semen seleccionado del hombre ya sometido a un proceso de mejora pueda fecundar el ovulo”.¹⁶

2.1.4. Donación de gametos

De manera muy clara y precisa este procedimiento se explica de la siguiente manera: “Es el proceso mediante el cual una mujer cede a otra mujer o pareja sus óvulos para que se puedan utilizar. La donación de ovocitos proporciona el único modelo en el cual, la contribución a la gestación del útero y el ovocito pueden ser separados. Esta técnica ha ido creciendo y mejorando cada vez más desde su primer éxito hace aproximadamente 20 años, ya que hace posible la gestación en la mujer a pesar de la edad, de la ausencia de varios o de su funcionamiento”.¹⁷

De manera general estos son los métodos de utilización más frecuente en cuanto a técnicas de reproducción asistida se trata, con los conceptos definidos se podrán

¹⁶Marín Vélez, Gustavo Adolfo. **El arrendamiento de vientre en Colombia.** Pág. 95

¹⁷Bazaco Puerta, Tania. **Reproducción humana asistida. Donación y recepción de gametos y embriones. Cuidados de enfermería (Pregrado).** Pág. 125



analizar más claramente los siguientes aspectos que se tendrán en cuenta acerca de la maternidad subrogada.

2.2. Ciencias auxiliares de la maternidad asistida

Embriología: Ciencia que estudia la formación y el desarrollo de los embriones. El inicio de esta ciencia tiene lugar en el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide formando el huevo o cigoto y terminará con el nacimiento de un nuevo ser. En este proceso, el embrión deja de ser embrión y pasa a llamarse feto cuando se han formado todos sus órganos y estructuras principales.

La embriología proporciona importantes conocimientos sobre el origen de la vida humana, las modificaciones que se producen y el porqué de estas variaciones.

Dentro de la embriología se diferencian tres ramas: embriología comparada, embriología química y embriología moderna. La primera de ellas se dedica a comparar embriones de distintos seres vivos, la rama química sienta las bases del desarrollo ortogénico y la embriología moderna está estrechamente relacionada con la medicina, la genética y la bioquímica.

2.2.1. La genética

Es la rama de la biología que estudia lo relativo a la herencia. Se puede definir como

“la ciencia que estudia la operatividad de los genes y la manera en que éstos son transmitidos de generación en generación”.¹⁸

La genética es una ciencia, y por lo tanto como tal, implica un conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas. Entonces ¿Cuáles son estas cosas que como ciencia la genética estudia?, pues, la herencia biológica, y la variación. Y, sus principios y causas son las leyes y principios que gobiernan las semejanzas y diferencias entre los individuos de una misma especie.

Pitágoras, el filósofo griego, alrededor del año 500 antes de Cristo, especulaba que la vida humana se originaba con la mezcla de fluidos, o semen que provenían del cuerpo humano. Aristóteles postuló luego que el semen era sangre purificada, y que por ello la sangre era el elemento hereditario. Ya en 1651 gracias al descubrimiento de embriones en el venado, efectuado por William Harvey, el concepto griego se desplomó. A finales del Siglo XVII ya se sugería que los ovarios contenían óvulos y que el esperma podría contener el material hereditario masculino.

En 1865 Jorge Mendel reportó sus descubrimientos en cuanto a las características hereditarias de sus experimentos en arvejas. Pocos años después, el componente (DNA) de los genes pudo aislarse, obtenido de células de pus. A fines del siglo XIX Agust Weismann demostró que las células reproductivas eran distintas de las otras células que componen el cuerpo humano.

¹⁸Enciclopedia británica, **Genética**, 2009.Pág. 75



En 1908 se formula el principio Hardy-Weinberg que proporcionó el fundamento de la genética poblacional. El estudio de genética bioquímica se inicia en 1909 en Inglaterra. En 1927 Hermann J. Muller indujo mutaciones con Rayos-X en la mosca de la fruta. En 1947 Avery, trabajando en el Instituto Rockefeller, logró aislar el Ácido Desoxirribonucleico (ADN) de bacterias, hallazgo que muchos escépticos discutieron porque resultaba poco convincente que una molécula tan simple como el ADN pudiera guardar información genética. En 1953, Watson y Crick, dieron la genial interpretación de que ese material genético tenía la estructura de una doble hélice, en tanto en 1961 Marshal Nirenberg, pudo comenzar a leer el código genético.

2.2.2. Ingeniería genética

La ingeniería genética, es una rama de la genética que se concentra en el estudio del ácido desoxirribonucleico, el cual es un polímero que constituye el material genético de la mayoría de los organismos y está compuesto por desoxirribonucleótidos de cuatro tipos según su base nitrogenada: guanina, citosina, adenina y timina, pero con el fin de su manipulación. En otras palabras, es la manipulación genética de organismos con un propósito predeterminado. Cuando se logró comprobar que el idioma era el mismo en todos los seres vivos y el mecanismo de transmisión del código era común, nació entonces la ingeniería genética. Con ella se puede introducir material genético de otra fuente a una célula viva. Ello confirma un hecho fundamental: si el idioma genético es el mismo, todos los seres vivos somos compatibles con la información de otros seres vivos.



Lo que sigue de este enunciado, a comienzos de los años 60, es una serie de aportes técnicos para introducirse en la célula y luego encontrar su núcleo, abordarlo y llegar hasta sus cromosomas y de eso realizar un sinnúmero de manipulaciones que se concretizaron en que un ser humano pueda crear a otro ser humano mediante la manipulación de cromosomas y dándole un fin determinado, queriendo obtener los resultados humanos tal y como se ha planeado.

2.2.3. La eugenética

Palabra que deriva del griego *euque* significa bien, y el sufijo genes que se refiere a nacido, que fue acuñado por Sir Francis Galton en 1883, quien lo definió como el estudio de todos los organismos bajo control humano, que puede mejorar o perjudicar la calidad racial de las generaciones en el futuro. Históricamente, el término se ha referido a muchos sub tópicos y por ende comprende varios significados, desde la atención prenatal a las madres, le mejoramiento de la calidad genética, a la esterilización forzada y la eutanasia.

El término eugenética se usa a menudo para referirse a los movimientos y las políticas sociales influyentes durante el Siglo XX. En un sentido histórico y más amplio, la eugenesia también puede ser un estudio para mejorar la calidad de la genética humana. A veces es ampliamente aplicada para describir cualquier acción humana, cuyo objetivo es mejorar el acervo genético. La eugenética comprende el mejoramiento de la raza humana en todos sus aspectos a través de la genética. Su meta es incrementar la proporción de personas que posean una excelente dotación de material hereditario. La idea de aplicar el conocimiento hereditario para mejorar la raza humana



se remonta a los tiempos antiguos. Referencias sobre ideales de eugénica aparecen en el viejo testamento y en la república de Platón, se idealiza una sociedad en la que constantemente se efectúan selecciones con el objeto de mejorar al hombre.

2.2.4. La biotecnología

La biotecnología partió de la ciencia básica, de la bioquímica y de la biología molecular y se vale de técnicas que aparecieron en el último cuarto del siglo pasado, siendo la más poderosa de ellas la ingeniería genética. La biotecnología en una forma u otra ha florecido desde tiempos prehistóricos. Cuando los primeros seres humanos dieron cuenta que podían cultivar sus propias cosechas y criar sus propios animales, aprendieron a utilizar la biotecnología.

El descubrimiento de que los zumos de fruta fermentada en vino o la leche que podría convertirse en queso o yogurt, o que la cerveza puede ser hecha por las soluciones de la fermentación de la malta y el lúpulo, se inició el estudio de la biotecnología. Los panaderos conocieron que se podría hacer un pan blando y esponjoso y no una galleta fina. Los criadores de animales se dieron cuenta que, diferentes rasgos físicos podrían ser ampliadas o perdidos por parejas de apareamiento adecuado de los animales, dedicados a las manipulaciones de la biotecnología. Entonces, ¿Qué es la biotecnología? El término trae a la mente muchas cosas diferentes. Algunos piensan que el desarrollo de nuevos tipos de animales, otros vislumbran la posibilidad de producir cultivos que son más nutritivos y naturalmente resistentes a las plagas para alimentar a una población mundial que crece rápidamente. En su forma más pura, el

término biotecnología se refiere a la utilización de organismos vivos o sus productos para modificar la salud humana y el medio ambiente humano.

En su sentido más amplio la biotecnología es cualquier tecnología que usa organismos vivos, o parte de ellos, para hacer o modificar productos, para mejorar plantas y animales o para desarrollar organismos de variados usos, se encuentra en un momento explosivo. Se informa a diario de novedosos hallazgos y las grandes empresas transnacionales ven incrementar sus ganancias como nunca por esta tecnología que amenaza con dejar atrás a todo cuanto aportaron a la industria, la física y la química juntas, desde la segunda guerra mundial. Dentro de esta biotecnología no puede haber dudas de que la técnica genética, que ahora sólo acaba de comenzar, abre numerosas y valiosas posibilidades.

A lo largo de la historia humana, se ha aprendido mucho acerca de los diferentes organismos que los antepasados utilizaron de manera eficaz. El marcado aumento en el conocimiento de estos organismos y sus productos celulares gana la habilidad de controlar las diferentes funciones de varias células y organismos utilizando las técnicas de corte y empalme de genes, ahora es posible realmente combinar los elementos genéticos de dos o más células vivas. Así también longitudes de funcionamiento de ácido desoxirribonucleico pueden ser extraídas de un organismo y se coloca en las células de otro organismo. Como resultado, por exponer algunos ejemplos, se puede manipular las células bacterianas para producir moléculas humanas. En las vacas se puede producir más leche para la misma cantidad de alimento.



2.3. Implicaciones éticas de la maternidad subrogada

La genética ayuda a conocer el origen físico, la ética capacita para hacer juicios de acuerdo con normas de valor moral, lo que es considerado aceptable de lo inaceptable. Ahora bien, en una sociedad libre que respeta la autodeterminación del individuo, estos pueden tener convicciones morales muy diferentes, sin embargo, igualmente respetables.

La ética no puede impedir que las personas, de acuerdo con sus respectivas cosmovisiones y conciencia de valores, sean seguidoras de sistemas de normas morales muy diferentes, sin que por ello uno haya de ser éticamente inferior al otro. No se puede descalificar automáticamente a los que piensan de otra manera como irracionales o faltos de escrúpulos, sino que se puede aprender a discutir con ellos a base de argumentos, pacíficamente y sobre el fundamento de las propias valoraciones.

“Un caso ocurrido en Estados Unidos, en el que, al feto de una madre subrogada, Crystal Kelley, tras un examen médico, se le detectaron, a los cinco meses de embarazo, serias anormalidades físicas, que incluían labio leporino, quistes cerebrales y defectos cardíacos, todo lo cual podría comprometer seriamente la salud del niño, incluso su vida. Los padres contratantes solicitaron el aborto, pero Kelley, la madre subrogada, lo rechazó lo que motivó un amplio debate legal sobre a quién correspondería la decisión de abortar o no. En el debate establecido, prevalecía la opinión de que a los padres comitentes o subrogantes era a quienes les correspondía la decisión de abortar o no. A colación de este debate, salió al paso el Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos, al afirmar que no permitir a la madre



subrogada, por un contrato, tener el control de su propio cuerpo sería como instituir contractualmente la esclavitud. En seno de la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial, también se ha producido el debate sobre la gestación por sustitución, llegando a las siguientes conclusiones”.¹⁹

Gestación por sustitución comercial: Contrato comercial contrario a la Deontología médica. Atenta contra la dignidad de la mujer y del niño que nacerá. El consentimiento informado está mediatizado por la necesidad económica de la mujer, no es totalmente libre; El bebé que nace es objeto de transacción comercial, por tanto, no se contempla la consideración del llamado interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo..

Gestación por sustitución altruista: La gestación por sustitución altruista no sería aceptable desde el punto de vista ontológico. El fin no siempre justifica los medios, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos. Aun así, analizando cada caso en particular, y en el supuesto de una futura regulación legal, se podría aceptar desde la deontología la gestación por sustitución altruista si se dieran las siguientes condiciones:

Dado que el consentimiento Informado también podría estar mediatizado por presión de carácter emocional, sería necesario el control de un Comité de Ética Asistencial en el

¹⁹Pérez Artigues, Juan Antonio. **Maternidad subrogada. Problemas jurídicos y éticos del alquiler de vientres.** Congreso Extraordinario XXVI 2017. Pág. 83



proceso; que la madre subrogada tuviera ya descendencia con deseo genésico cumplido y con experiencia sobre los riesgos e inconvenientes del embarazo. Que no aportara su óvulo para evitar vínculos genéticos con el recién nacido; como todo acto médico, siempre se encontrará a disposición de los facultativos el derecho a acogerse a la objeción de conciencia tal como reconoce el Código Deontológico del Tribunal de Honor del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala.

Finalmente, añadir que no parece aceptable desde la ética y la deontología son las ferias que se producen anualmente en otros países como Madrid España en las que se exponen diferentes empresas que comercializan con la gestación por sustitución exponiendo a mujeres como objetos comerciales y a los futuros niños como meros productos de transacción comercial, atentando contra la dignidad de ambos.

Sin duda alguna el fenómeno de alquiler de vientres está tomando auge en el mundo que no escapa el Estado de Guatemala constituyéndose como la posibilidad de parejas del mundo de ser padres, sin embargo, la falta de regulación de este fenómeno afecta de forma flagrante los derechos de todos los que se encuentran involucrados en este tipo de acuerdos, se pueden vulnerar no solo los derechos de los adultos que suscriben este tipo de contratos, sino los derechos fundamentales de los niños que se encuentran directamente afectados por los hechos o decisiones que toman quienes deciden traerlos al mundo.





CAPÍTULO III

3. El contrato de gestación subrogada

El Código Civil en su Artículo 1517 señala que “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Puede notarse claramente que no se puede limitar el contrato a la creación de obligaciones entre las partes sino también a su modificación y extinción.

También puede decirse que es un convenio que se presenta en un acto jurídico bilateral con manifestación exterior de voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley.

Al igual que todos los contratos, el de alquiler de vientre también tiene unos elementos esenciales para su existencia, los cuales son:

- Las partes (la madre sustituta y los futuros padres),
- Consentimiento, y
- Entrega del recién nacido

Existen diferenciadas posiciones con respecto al precio, pago o remuneración por el alquiler de vientre, el cual dependerá del acuerdo al que se llegue entre las partes. Pero de manera generalizada, son estos elementos los que configuran el contrato de alquiler de vientre, ya cada legislación le podría añadir algunas particularidades.



Pasemos a dar un breve análisis de cada uno de estos elementos:

- **Las partes:** se hace necesario que las partes sean como mínimo dos personas (cómo se verá más adelante hay situaciones en las que no ha sido siempre necesario que sea una pareja quienes contratan).

Se tiene por un lado a la madre sustituta que es la mujer que gestará, llevará a cabo el embarazo y dará a luz al bebé; por el otro lado tendríamos a la pareja o a la persona que quiere convertirse en padre o madre, que será quien posiblemente aporte material genético, y quién o quiénes dado el caso pagarán por los gastos acordados.

Las diferentes legislaciones pueden imponer a la parte una serie de requisitos (como edad, exámenes, haber tenido hijos previamente, etc.)

- **El consentimiento:** es un presupuesto imprescindible al acuerdo que llegan las partes en el contrato.

Aquí las partes previamente han considerado una serie de condiciones, y llegan a un acuerdo para voluntariamente aceptarlas y cumplirlas. No obstante, como se verá más adelante, existen países en donde la remuneración económica es considerada un factor incluso esencial del contrato de alquiler de vientre.

Es de mucha importancia que los acuerdos y este consentimiento con la declaración de la voluntad, se realice de manera previa al primer paso para iniciar la gestación, es decir, a la fecundación e implantación del gameto. “Así lo ha dado a entender algunos proyectos donde se llega a afirmar que, en definitiva, para que haya un verdadero supuesto de maternidad subrogada es necesario que el acuerdo o contrato de



gestación sea previo al embarazo, que éste se desarrolle precisamente en base a este acuerdo, tenga su causa en él, y por tanto sea posterior al mismo”.²⁰

- **Entrega del recién nacido:** es en razón a este elemento que se ha considerado que el bebé recién nacido es el producto que se negoció. El fin un objeto de este contrato es precisamente la entrega del recién nacido, para que los contratantes finalmente puedan ejercer el derecho a la paternidad que tanto anhelan.

Es en este elemento donde muchos críticos se basan para decir que se está cosificando la vida, que no se puede vender una vida humana.

3.1. El contrato de gestación subrogada en la legislación extranjera

La Unión Europea ha rechazado el tema de la maternidad subrogada y opta por su prohibición, considerando que con su prohibición se está luchando por la no violencia contra la mujer.

“En una resolución del 5 de abril del año 2011 el Parlamento Europeo realizó una seria solicitud a los Estados miembros para “que reconozcan el serio problema de la subrogación que constituye una explotación del cuerpo femenino y de sus órganos reproductivos”. Y además en esta misma resolución “enfaticaba que las mujeres y los niños están sujetos a las mismas formas de explotación y ambos pueden ser vistos como “commodities” en el mercado reproductivo internacional, y que estos nuevos acuerdos reproductivos, como la subrogación, aumentan el tráfico de mujeres y niños y

²⁰López González, J. L., Mondéjar Peña, M. I., & Pérez Álvarez, M. P. **Nuevos materiales para el estudio transversal y en abierto de los nuevos desafíos jurídicos del derecho de familia.** Pág. 175.



las adopciones ilegales a través de las fronteras nacionales”.²¹ Aspecto importante que también debe tomarse en cuenta al momento de tratar un tema como el que nos ocupa.

La mayoría de sus estados miembros no tienen una legislación que siquiera hable del tema, y en unos pocos existe una permisión de la maternidad subrogada, tal es el caso de países como:

- a) Bélgica, en donde se puede dar la prestación del servicio en una clínica de fertilidad, sujeta a condiciones aquí está permitida de manera tácita la subrogación altruista, aunque los contratos no son de obligatorio cumplimiento y se requiere de adopción para transferir la paternidad legal.
- b) Grecia donde está expresamente facilitada la maternidad subrogada altruista y prohibida la comercial, pero sin embargo no tienen instrumentos legales sobre ello;
- c) Irlanda “también se práctica este procedimiento, aunque no existe regulación legal; en Países bajos, donde se adquiere la paternidad por adopción; entre otros”.²²

“El Parlamento Europeo condena la práctica de la subrogación, que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas

²¹Parlamento Europeo. **Resolución de prioridades y esquema de un nuevo marco político de la UE para luchar contra la violencia contra las mujeres.** 2010/2209 –INI. Estambul. Obtenido de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-20140126+0+DOC+XML+V0//ES> (Consultado el 25 de enero de 2018)

²²Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., Kin, D., Marzo, C., & Mccandless, J. **European Parliament.** [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOLJURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf) (Consultado 20 junio de 2019)



como un “commodity”; considera que la práctica de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.²³

Así, de esta manera, queda claro que el punto de vista en la Unión Europea es prohibir absolutamente la práctica de la maternidad subrogada al prestarse para la explotación de las mujeres más vulnerables en el mundo. Aunque esta sea su posición, como ya lo mencionamos, en algunos de sus países miembros se lleva a la práctica la subrogación.

d) India: La India es uno de los escenarios más populares en la actualidad que realiza la práctica de la maternidad subrogada, “calculándose que tiene al menos 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de esta modalidad”.²⁴ En razón a la popularidad adquirida por el País Hindú se le ha venido atribuyendo nombres como: la capital mundial de la gestación subrogada, la fábrica de bebés, turismo de la procreación.

En la actualidad, en la India se lleva a cabo el procedimiento de la maternidad subrogada bien sea con óvulos y espermatozoides genéticamente de quienes serán los padres

²³Lafferiére, J. N. **Centro de bioética, persona y familia.** <http://centrodebioetica.org/2015/12/parlamento-europeo-condena-la-practica-de-lamaternidad-subrogada/> (Consultado 20 junio de 2019)

²⁴Amador, Monica. **Biopolítica y biotecnología: reflexiones sobre maternidad subrogada en India.** https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/466/1370. (Consultado el 20 junio de 2019)



del futuro bebé, o bien sea con el óvulo, el esperma o ambos provenientes de la donación, dicha donación nunca podrá ser de la madre que alquila su vientre para evitar lazos de cariño con el bebé.

En el campo legal, el organismo encargado de los temas relacionados a la maternidad subrogada es el Ministerio de Salud de la India, quien emitió inicialmente la Línea guía para la reglamentación de reproducción asistida en la que se encontraba incluida la maternidad subrogada.

El gobierno de la India emitió en 2013 por parte del Ministerio de Interior unas directrices relativas a los extranjeros que tengan intención de visitar la India para la puesta en alquiler de vientres. En esta directriz se disponen aspectos como:

- El extranjero que ingresa para realizar el procedimiento de la maternidad subrogada debe pedir una visa médica para ingresar al país, la visa de visitante no es la apropiada.
- La pareja debía estar casada y no se reconocía el matrimonio gay
- Tener carta de la embajada donde se exprese que el País de origen de los extranjeros reconoce la subrogación y se admite el ingreso a dicho País de los niños producto de maternidad subrogada



- Producir acuerdo ante notario entre padres contratantes y madre sustituta
- Para regresar a su País de origen los extranjeros requieren autorización de salida, demostrando su paternidad o la custodia del menor producido por la clínica y, garantizar que se encuentran en buenos términos con la madre sustituta.

En el año 2008 la maternidad subrogada en la India se ha considerado completamente legal de acuerdo a una resolución de la Corte Suprema de la India a pronunciarse en un caso, diciendo que el procedimiento de la maternidad subrogada en ese país debía considerarse legal y el padre del bebé podría llevárselo a su país, puesto que todo el procedimiento realizado era permitido dentro de su ordenamiento. Como ya se mencionó, la maternidad subrogada es considerada una figura contractual, de igual manera se presenta en la India, estando establecidas sus condiciones en el documento que trata de las directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación; dichas condiciones consisten en:

- La existencia inicial de un consentimiento informado, en el cual las partes de manera voluntaria aceptan los términos que se encuentran establecidos dentro del temario contractual. “Las partes en el contrato son: La pareja, la clínica y la madre que alquila su vientre en el caso de que los óvulos sean de una donante también entraría ésta como parte del contrato”.²⁵

²⁵ Avatar de Andrea Rodrigo. **Babygest**. <http://www.babygest.es/india/> (Consultado el 29 de octubre de 2015).



De igual manera la madre que alquilará su vientre debe realizarse una serie de exámenes para verificar que no tenga enfermedades infecciosas o que puedan ser nocivas para el bebé que será gestado, pues debe tener unas condiciones de salud que sean favorables para la implantación del gameto y su posterior desarrollo hasta el nacimiento, además no podrá interrumpir el embarazo en ningún momento (salvo por condiciones de salud); la mujer no debe tener más de 45 años de edad y un aspecto muy importante es que su vientre no puede ser alquilado más de tres veces en toda su vida y antes del primer alquiler ya debe haber tenido por lo menos un parto. Con el cumplimiento de las anteriores condiciones por parte de la madre que alquilará su vientre la misma podrá ser parte del contrato.

- El bebé que nacerá (desde que es feto hasta su nacimiento) es considerado por decirlo de alguna manera, el producto que se va a negociar.
- Finalmente, existe el precio, que consiste en la cantidad de dinero que deberán pagar los padres del bebé que nacerá. Dentro de dicho precio se incluye la cantidad de dinero necesaria para realizar todo el procedimiento de la gestación, desde la producción del gameto, su implantación y todos los cuidados y revisiones necesarias para que el embarazo sea exitoso; se incluye el costo de los exámenes que se le realizará a la madre genética, padre genético y a la madre que alquilará su vientre; se incluye el costo de la prueba de ADN que se le realiza al bebé cuando ha nacido para demostrar la paternidad de los padres contratantes y finalmente



incluye la cantidad de dinero que se le pagará a la madre sustituta por alquilar su vientre.

“En cuanto al precio, se destaca que en la India realizarse el procedimiento de la maternidad subrogada sale muy económico, está muy por debajo de otros países que realizan la práctica, y es esta una de las razones más importantes por la cual gran cantidad de personas de diferentes partes del mundo deciden ir a este País a realizarse dicho procedimiento”.²⁶

e) México: En términos generales en México el uso de técnicas de reproducción asistida como inseminación artificial o procedimientos que ayuden a procrear están permitidas; sin embargo, cuando se trata de maternidad subrogada suelen aparecer diferentes opiniones al respecto. Para este tema en particular existe un limbo jurídico que se presta para múltiples interpretaciones, hasta el momento sólo en 4 de los Estados Mexicanos se realiza alusión al tema en su regulación jurídica; Tabasco y Sinaloa donde se encuentra permitida y Coahuila y Querétaro donde se encuentra prohibida.

“El Estado de Tabasco fue el primero en permitir la Maternidad subrogada, a esta pueden acceder únicamente ciudadanos mexicanos, cuando la madre contratante no tenga la capacidad para gestar, parejas heterosexuales legalmente casadas o que

²⁶ **Ibid.**



convivan de manera permanente como si lo fueran, también puede realizarse la gestación subrogada con carácter altruista”.²⁷

La legislación de Tabasco maneja dos conceptos según los cuales establece premisas de manejo diferentes según cada caso en particular; estos están consagrados en la Ley de Tabasco en el Artículo 92 del Código Civil de Tabasco se establece la validez del contrato de subrogación. En caso de niños nacidos como resultado de la participación de una madre sustituta gestacional, la paternidad se presume por el padre que contrata cuando él/ella registre el nacimiento del niño, ya que esta acción implica la aceptación de la paternidad.

Mientras que en el Artículo 347 del Código Civil de Tabasco establece lo relacionada a la protección de los derechos de los futuros padres; ya que se establece que a una segunda mujer que tenga participación en el proceso reproductivo, se le considera como la madre legal tanto si proporciona un óvulo o no.

Según lo anterior, se puede entender que, en el caso de la madre gestante sustituta, ésta no resulta ser la madre biológica del niño y únicamente se limita a llevar el embarazo a término y prestar su vientre para la gestación, mas no aporta material genético, por tal razón se presumirá la maternidad de la madre contratante, tanto si proporciona el óvulo como si no lo hace.

²⁷Álvarez, Natalia. **Babygest**. <http://www.babygest.es/mexico/> (Consultado el 15 de Diciembre de 2015).



Mientras que, en el caso de la madre gestante subrogada, ésta además de prestar su vientre para la gestación del menor aporta material genético; en este caso la madre subrogada será reconocida como madre legal del menor, caso en el cual deberá renunciar a la maternidad del menor en favor de la madre contratante, quien deberá adoptarlo y regirse por las normas de adopción plena.

En el Estado de Sinaloa, tal y como lo consagra el Artículo 283 de la ley sobre técnicas de reproducción asistida, la maternidad subrogada es entendida como: Artículo 283. “la maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. Es necesario para poder acceder a la maternidad subrogada en este estado, que la madre contratante tenga incapacidad para gestar y que ambos padres sean ciudadanos mexicanos; en este también se admite la maternidad subrogada de madre gestante subrogada y madre sustituta de carácter altruista. En Sinaloa, de manera particular, se encuentra permitida de igual manera la subrogación comercial. Cabe anotar que actualmente se lleva a cabo un proyecto de ley que promueve prohibir la maternidad subrogada”.²⁸

Se ha llegado a establecer que personas de múltiples países acuden a México a realizarse este tipo de procedimientos, porque al igual que en la India sale muy

²⁸ **Ibíd.**

económico, pero la diferencia radica en que es más fácil incluso en términos económicos, viajar a México que a la India.

No obstante, actualmente se encuentra vigente unas modificaciones a la ley general de salud, donde es claro que se va a tocar el tema de la maternidad subrogada a fondo, pues la presidenta de la Comisión de Familia y Desarrollo Humano afirmó que “no podemos dejar lagunas en este tema, porque sería una falta de responsabilidad legislativa, pues hablamos de seres humanos, de niños y sus familias que se ven vulnerables por estas inconsistencias legislativas”.²⁹

Pero para gran sorpresa de muchos, el 27 de abril de 2016, el Senado de este país avaló por unanimidad la regulación de la maternidad subrogada, práctica que se permitirá sólo sin fines de lucro y de lo contrario se castigará hasta con 17 años de prisión y altas multa. Sólo se permitirá la compensación de gastos médicos derivados del parto, posparto y puerperio y bajo un acuerdo previo queda prohibida la transferencia de embriones a una mujer que ya se halla sometido a dos embarazos mediante esta técnica, cuando se realiza para entregar él bebe a una persona que no sea de nacionalidad mexicana y la subrogación con fines lucrativos.

De esta manera, este país le va haciendo frente a un tema tan controversial, admitiendo la maternidad subrogada altruista y castigando fuertemente a quienes se salgan de los lineamientos establecidos.

²⁹ Lecona, L. H. **Derechos humanos y bioética**. Ciudad de México, México. <https://www.youtube.com/watch?v=y958Hmdbgfl> (Consultado el 15 de marzo de 2016).



f) Argentina: En Argentina la gestación por sustitución o maternidad subrogada no cuenta con una legislación expresa sobre el tema, sin embargo, es entendida como una práctica legal y legítima, la cual cuenta con numerosos fundamentos legales, doctrinales y jurisprudenciales que la respaldan.

“Actualmente existen dos casos hitos por medio de los cuales se ha logrado crear algo de jurisprudencia y según estos poder obtener una guía para el manejo del tema. El primer fallo se realizó en junio de 2013 y el segundo en julio de 2015. En ambos fallos se concedió la patria potestad a los padres biológicos, en el entendido de que estos son quienes tienen la iniciativa y la voluntad principal de procrear, a diferencia de la madre gestante quien simplemente se compromete a llevar a término un embarazo con la condición de entregar el niño una vez este nazca”.³⁰

Considerando lo anterior, los fallos se realizan dando prioridad al bienestar del menor y dejando un poco de lado el concepto que indica que se entenderá por madre aquella que dé a luz tal y como se señala en su Artículo 242 del Código Civil.

La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido.

³⁰TELAM [electronico]. **La justicia Argentina autorizó dos casos de inscripciones a favor de padres biológicos procreacionales.** <http://www.telam.com.ar/notas/201507/113309inscripcionpadresbiologicsprocreacional-maternidad-subrogancia.html>(Consultado el 19 de Julio de 2015).



Según lo mencionado se puede concluir que para la jurisdicción argentina resulta indispensable la regulación del tema, ya que actualmente para poder hacerlo es necesario acudir a múltiples normatividades, las cuales pueden variar según las diferentes interpretaciones, creando de esta manera un limbo jurídico que puede prestarse para la manipulación de la norma y la implementación de maniobras ilegales por medio de las cuales pueden realizarse delitos violatorios de derechos humanos.

g) Colombia: En la legislación colombiana aún no se cuenta con normas que regulen el tema, sólo existe la sentencia T-968/09, en la cual se realizó una permisión de esta técnica de reproducción asistida; sin embargo, no se hace un análisis que se pueda considerar completo respecto al tema.

Según lo dispuesto por la sentencia T968 de 2009, se reconoce que la maternidad subrogada es un contrato y por lo tanto está reconocida como una práctica legal. Según el ordenamiento jurídico no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de acuerdos; además la doctrina ha considerado que según lo dispuesto en el Artículo 42 numeral seis de la Constitución Nacional de Argentina se puede practicar la subrogación, ya que este prevé que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes”.³¹ Así, nos llevan a pensar que las técnicas de reproducción asistida están legitimadas jurídicamente

³¹Cadavid Pulgarin, Karla y Amalia Barrera Correa. **Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principal aporte internacional.** Pág. 17.



En esta sentencia la Corte Constitucional hace referencia a la maternidad subrogada o alquiler de vientre o útero estableciendo que el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer la sujeta a un pacto por medio del cual se compromete a ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de dicho recién nacido. La persona que figura como madre sustituta no aporta sus óvulos, sin embargo al finalizar el embarazo la madre sustituta entregará al bebé a quienes asumieron los gastos médicos y la remuneración que fue acordada con antelación.

Se establece también la necesidad de hacer una regulación exhaustiva y una serie de condiciones que deben tenerse presentes al momento de la realización del contrato, tales como:

1. Que la mujer contratante tenga problemas fisiológicos para concebir. Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre).
2. Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
3. Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.



4. Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante, y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
5. Que se preserve la identidad de las partes.
6. Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
7. Que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo en ninguna circunstancia.
8. Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
9. Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica.

Según lo anteriormente descrito, se podría dar a entender en términos generales que en Colombia es una práctica que está aceptada desde el punto de vista jurídico, aunque no se encuentre regulada; para ir más allá se podría decir de igual manera que la maternidad de la que habla la sentencia es con fines económicos, porque se menciona los términos económicos que se tienen en cuenta a la hora de entregar al recién nacido.



3.2. El contrato de gestación subrogada en la legislación guatemalteca

Para determinar la viabilidad jurídica de esta figura como un contrato reconocido por el ordenamiento legal de Guatemala es menester estudiar la figura en la Constitución Política de la República de Guatemala y el Código Civil, para poder armonizar ambos cuerpos legales con la práctica de la maternidad subrogada, esto con el fin de que se materialice dicho reconocimiento.

3.2.1. La Constitución Política de la República de Guatemala

En la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, un conjunto de normas adquiere unidad cuando la validez de todas ellas deriva de la denominada norma constitucional, en la cual se apoyan todas las demás. Así, el derecho regula su propia creación y establece la manera en que puede ser modificado o pueden ser sustituidas las normas que lo integran, de tal modo que, al relacionar la validez de una norma por su adecuación en otra norma de carácter superior, se llega a desembocar necesariamente en la Carta magna.

En los Artículos 46 y 175 la Constitución de la República de Guatemala, establece su supremacía al indicar que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones, exceptuándose los tratados y convenciones aceptadas y ratificadas por Guatemala en materia de Derechos Humanos, que tienen preeminencia sobre el derecho interno, y que las leyes que violen o tergiversen dichos mandatos son nulas *ipso jure*.



La validez de todo el sistema jurídico constitucional moderno depende de su conformidad con la Constitución y por ende, para que una norma no sea inconstitucional, el legislador o juez en su caso, tienen el deber de buscar en la vía interpretativa una concordancia de dicha norma con la Constitución en el Artículo 203 de la Constitución de la República de Guatemala y en los Artículos 1 y 9 de la Ley del Organismo Judicial.

Con el objeto de cubrir las necesidades de los gobernados, el legislador debe tener la visión, el tacto y la agilidad suficiente para crear o anular normas acordes a la percepción que de la realidad tenga pero debe hacerlo en armonía constitucional y recordar que el no permitir o anular una norma puede ser algunas veces un suceso grave generador de confusión o inseguridad jurídica; puede determinar de hecho, una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas. La pregunta obligada, en el eje del debate es, si la subrogación maternal en alguna medida acuerda con normas constitucionales o bien con derechos y garantías inherentes a la persona humana a tal grado que pudiese considerarse tal práctica como nula de pleno derecho.

Las principales normas de carácter fundamental que deben ser consideradas para determinar la armonía o adecuación de la maternidad subrogada en la legislación son las de materia de libertad es por ello por lo que el Artículo 4, es decir, que todas las personas ante los ojos de la ley son libres y gozan de igualdad de condiciones, el que se refiere al libre desarrollo de la personalidad y también al de la libertad de conciencia, otros artículos que tienen relación con el principio de libertad son:



El Artículo 5 Libertad de acción. “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma”.

El Artículo 17. “No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración...”

En los artículos antes descritos se establece que una persona puede realizar todo lo que la ley no prohíba, en este caso el contrato de gestación, y no puede ser penado por delito ya que no está previsto dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco con una pena.

El Artículo 44 establece que los “Los derechos y garantías que la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”.

Estos artículos establecen que se garantizan los derechos que en ella se contengan, así como los que aun no se encuentren expresamente regulados, pertenece a la esfera de los fundamentales de toda persona para lograr la felicidad y el desarrollo integral. En



estos se puede incluir la maternidad subrogada porque podría considerarse como un derecho de cuarta generación y que se ve amparada por la ley fundamental de conformidad con este Artículo, realizándose así una interpretación extensiva.

El Artículo 47. 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 espaciamiento de sus hijos” y el Artículo 52 establece que 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.

Esto permite viabilizar la figura jurídica del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, y al mismo tiempo generar doctrina en cuanto al surgimiento de principios constitucionales protectores de la libertad de escogencia en el método de reproducción, para las parejas en edad reproductiva. De esta manera nace lo que se denominara a continuación principio de libertad reproductiva, derivado de todos aquellos preceptos que estando plasmados o no en el texto constitucional hacen parte de él. Y que se tendrá como pilar para el desarrollo aplicativo del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer.

En determinadas circunstancias parece que la maternidad subrogada armoniza y parece estar conforme al principio de interpretación congruente constitucional de nuestro ordenamiento jurídico. Además, no estando regulada ni calificada como delito o



falta; y considerando que toda persona es libre de hacer todo aquello que la ley no prohíbe.

3.2.2. El Código Civil

Es insoslayable el hecho de dejar de pronunciarse acerca de la naturaleza del negocio jurídico dentro de esta tesis, en virtud de que precisamente la existencia de la misma posibilita el acaecimiento de la práctica de la maternidad subrogada al menos vista y entendida ésta como un negocio lícito y posible, ya que bajo una óptica en donde se concibe imposible y sobre todo ilegal el hecho de pactar entre personas el nacimiento de un ser humano, se hace inadmisibles tenerse como un negocio jurídico en dado caso y se le reputa un delito por no encontrarse en la esfera de lo permitido. Para ello se expondrá de forma somera algunos deslindes doctrinarios del negocio jurídico como institución jurídica, ya que es menester entender a fondo esta figura del derecho para proceder posteriormente y sobre todo la posibilidad de su incorporación el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Se considera como negocio jurídico la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de su especial tutela, sea con base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos. Se destaca el resultado propuesto con la declaración de voluntad, ésta hade seguir siendo estimada como el fundamento del negocio jurídico. Se le podría definir como: "Todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el derecho y es regulado por sus normas, en realidad la expresión es



una innovación de importancia germánica, para sustituir al nombre más clásico del acto jurídico preferido en Francia”.³²

Couture por su parte, le define como un hecho humano con el efecto de poder crear, modificar o extinguir derechos. Mientras que para Diego Espín Cánovas es una declaración de voluntad privada que tiene como objetivo conseguir un fin práctico jurídico.

La figura legal del negocio jurídico se encuentra regulada en el libro V del Código Civil puntualmente en su primera parte nominada, de las obligaciones en general los legisladores le dedicaron todo el capítulo primero, así pues, se establece en él:

El Artículo 1251: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declare su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”.

El Artículo 1252: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita”.

Por lo anterior se afirma que al celebrarse un negocio jurídico debe de concurrir para ser válido y por ende legítimo, tres elementos insuperables que serían primero la capacidad civil de las partes, segundo el consentimiento que no lleve inmerso ningún tipo de vicio y tercero el objeto sea eminentemente lícito y posible aunado la manifestación puede ser expresa o tácita, para poder realizar una armonización e interpretación para la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación

³²Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 21.



guatemalteca, se debe realizar una análisis de cada elemento que componen el negocio jurídico.

En cuanto a la capacidad civil de las partes, el Código Civil establece que, toda persona es capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declare específicamente incapaces, de la misma forma afirma que es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, dolo o de violencia. Así mismo los sujetos que intervienen en el contrato de gestación son los siguientes:

- a) **La pareja usuario:** que sería el matrimonio o unión de hecho que padezcan de problemas de infertilidad y de esterilidad, quienes ambos tanto la mujer como el hombre que forman el matrimonio o la unión de hecho son mayores de edad, por lo que gozan de su plena capacidad para poder ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones; y
- b) **La madre sustituta:** es la mujer a la cual se le realizará la fecundación del óvulo y el espermatozoide de la pareja usuario. Esta mujer debe ser mayor de edad, encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.

De esta manera ambos sujetos que participan activamente en el momento de vincularse por medio del contrato de gestación se encontrarán cumpliendo con el elemento de encontrarse con la capacidad civil requerida. En cuanto al consentimiento, este elemento se encuentra en el contrato de gestación de una forma muy clara,



cuando una mujer manifiesta su voluntad de llevar adelante la gestación de un óvulo fertilizado de otra pareja, contribuye con su declaración a formar el consentimiento necesario. Dicho consentimiento constituye uno de los elementos estructurales del contrato, cuyo objeto es la entrega del niño nacido después del parto, creándose una obligación de hacer; llevar a cabo el contrato; y una obligación de dar; entregar al bebé al momento de nacer.

En cuanto a la licitud objeto del contrato de gestación, existen varios criterios en contra ya que hay autores que consideran que la vida humana no puede ser un objeto susceptible de un contrato ya que se vulnera la dignidad humana y se considera que es contrario al orden público y a la moral.

La causa ha de ser lícita, siempre que no sea contraria a la moral y al orden público. Al no existir una regulación propia del contrato de gestación, se debe acoger a la Constitución Política de República de Guatemala, por existir derechos que apoyan la moral y jurídicamente al contrato de gestación para ser lícito. Los derechos fundamentales que sirven de cimiento para esta causa: la libertad de hacer todo aquello no prohibido, no puede ser sancionado de forma penal por no existir un delito regulado, derecho a procrear, el derecho a integrar una familia. El principio de la supremacía de la ley prevalece sobre el derecho ordinario que establece que para poder realizar el negocio jurídico debe contener un objeto lícito, atendiendo al contrato de gestación, la vida humana no es un objeto lícito y es contraria al orden público su negociación; sin embargo, al permitirlo la Constitución Política de la República de Guatemala, es susceptible que se de este tipo de contratos.



3.3. Tratados internacionales y su vinculación en Guatemala

Guatemala, ha adoptado en sus relaciones internacionales diferentes regulaciones, entre estas, se pueden enumerar los tratados en materia de Derechos Humanos, normativas internacionales a las que Guatemala se ha obligado a cumplir, requiriendo para su efectiva adopción, la transformación de estas en normas internas. Con el objeto de establecer la entrada de los tratados en materia de Derechos Humanos, en el sistema interno, es necesario partir de las siguientes bases:

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 46 literalmente indica: "Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno". La discusión intrínseca del artículo precedente radica en la literalidad de la preeminencia jerárquica de esta normativa, para comprenderla mejor, es necesario estudiar las teorías sobre la integración de estos, es decir derecho interno y derecho internacional y los rangos que pueden obtener en el sistema jurídico interno.

3.3.1. Teorías sobre la incorporación de los tratados internacionales

Existen tres teorías que tratan acerca de la incorporación de los tratados a la legislación internas de cada país para la conformación de los derechos inherentes a las personas.

a) Teoría Dualista: también conocida como pluralista según la Licenciada Carmen María Colmenares "existen dos órdenes diferentes, cada uno con sus propias



reglas, a) con sujetos diferentes: Estados-Individuos; b) tienen fuentes diferentes en su prioridad; c) las normas internacionales obligan a los individuos solo cuando han sido aprobados por los Estados a través de su órgano competente que las ratifica, incorporándolas a su sistema jurídico interno”.³³

Así mismo el dualismo “Significa que el derecho internacional y el interno componen dos ordenamientos distintos, separados e incomunicados entre sí”³⁴ Es lógico pensar, de conformidad con lo expuesto por Larios Ochaíta, que existen diferentes sujetos, procesos y fuentes, dependientes de formas distintas para su integración. Sin olvidar que la reglamentación es una, por lo que es necesario analizar la siguiente postura.

b) Teoría Monista: “Jurídicamente, concepto doctrinal que mantiene el criterio que, el Derecho Interno y el Derecho Internacional, representan manifestaciones de un mismo orden jurídico, porque la primacía del derecho interno destruye el carácter obligatorio del Derecho Internacional, que queda reducido a un aspecto de Derecho Público externo, modificable unilateralmente por cada Estado”.³⁵

La palabra Monismo de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es una concepción que es común a todos los sistemas filosóficos cuya idea es reducir los seres y fenómenos del universo a una idea única.

Por lo tanto, integran un solo ordenamiento jurídico, el problema de esta teoría, se centra en la posible existencia de conflicto entre el Derecho Interno y el Internacional,

³³ De Colmenares, Carmen María. **La supremacía Constitucional**. Pág. 74

³⁴ Ochaíta, Larios, Carlos. **Derecho internacional público**. Pág. 25

³⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 583

para lo cual se desarrollan teorías sobre la jerarquía que deberá seguirse en este caso, ya que, al no necesitar una ley posterior para su integración al sistema jurídico interno, no existe filtro legal que examine la falta de contradicción.

c) Teoría coordinadora o conciliadora: “Dichas tesis parten al igual que la monista, de la unificación de las distintas ramas jurídicas en un solo sistema, con la diferencia de que la relación entre ambas es de coordinación y no de subordinación”.³⁶

El principio de supremacía constitucional, de conformidad con el autor Manuel Osorio, es “la doctrina por la cual las normas de la constitución prevalecen sobre todas las demás”³⁷ Este principio, se encuentra contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala de la siguiente manera: el Artículo 44, establece la nulidad absoluta de cualquier normativa que limite a la Carta Magna.

En el mismo orden de ideas, el citado cuerpo legal, en su Artículo 175, prohíbe la contradicción de cualquier ley a la Constitución, decretando su nulidad de pleno derecho; este artículo complementado con el 204 de dicha norma, en la que requiere que toda resolución debe observar el principio de que la Constitución Política de la Republica prevalece sobre cualquier ley o tratado. Este principio no puede ser vulnerado en ningún momento, acarreado su incumplimiento, una expulsión del sistema jurídico de la norma que lo contradiga.

³⁶Ochaita Larios, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 26.

³⁷Ossorio Manuel. **Op. Cit.** Pág. 919.



3.3.2. Procedimiento en la incorporación de los tratados internacionales

Todo tratado internacional, celebrado con Guatemala, posee diferentes fases para su incorporación. De conformidad con el autor Larios Ochaita “la fase inicial, constituye el establecimiento de la necesidad de una regulación de las relaciones jurídicas, en relación a la Declaración de Derechos Humanos, esta, constituye únicamente la determinación del Estado, de aceptar los postulados, puesto que el contenido de la misma se encontraba, previamente determinado dentro de dicho cuerpo normativo, a esta etapa, se le denomina también como fase de negociación y en ella el representante de la nación debe contar con los plenos poderes para determinar la intención como representante del Estado. Estas facultades y procesos se contemplan en los Artículos 2 y 7 de la Convención de Viena, y 171 inciso L de la Constitución Política de la República de Guatemala”.³⁸

El Artículo 7 citado, indica que para la adopción y autenticación del texto de un tratado, el Estado debe manifestar su consentimiento mediante la designación de un representante ya sea con plenos poderes o simplemente mediante la intención de nombrar a una persona sin estos plenos poderes. El Ministerio de Relaciones Exteriores. Los plenos poderes, consisten en la documentación emanada por el órgano correspondiente, designando a una persona para representar a un estado para expresar su consentimiento; en el caso de Guatemala este órgano correspondiente sería el presidente de la República, puesto que es el único que ostenta la facultad de

³⁸ **Ibíd.** Pág. 104.



celebrar tratados, de conformidad con el Artículo 183 inciso O) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala.

La fase inicia en el Congreso de la República para su aprobación, con la posterior ratificación del presidente y finalmente con el depósito del tratado. El Ministerio de Relaciones Exteriores, prepara el expediente, para que el presidente de la Republica, en el uso de la función que establece el Artículo 183 inciso K, someta el convenio a consideración del Congreso de la Republica, quienes conforme al Artículo 171, literal i) numerales del uno al cinco, aprueben el tratado, previo a su devolución al presidente para su posterior ratificación, y proceder a su depósito en el ente correspondiente. La Fase final, consiste en la vigencia y publicación, la vigencia la determina la naturaleza del tratado y la publicación se realiza una vez entrado en vigor el tratado, de conformidad con lo establecido por el Acuerdo Gubernativo 137-2002.

Hoy día, se afronta el problema que el ordenamiento jurídico de Guatemala carece en su totalidad de regulación respecto de la maternidad subrogada, representando esto la posibilidad de que por no estar legalmente prohibido; bien puede practicarse al libre arbitrio de cada persona interesada; creándose un ambiente de libertad, ilegalidad, peligro inminente y desprotección para las personas a participar.





CAPÍTULO IV

4. Necesidad de regular los contratos de gestación subrogada para brindar protección jurídica social a los niños nacidos mediante el procedimiento de maternidad asistida en la legislación guatemalteca

La aportación de este trabajo de tesis se encuentra de alguna forma en el apartado se podría decir el más importante, en virtud de que se ha intentado desde la primera palabra dejar en claro la institución del contrato de la subrogación maternal, precisamente para que en este apartado se pueda con propiedad realizar un intento de acoplar, acomodar o ubicar a esta institución dentro del derecho guatemalteco.

Atendiendo a cada uno de los postulados que se han venido esbozando, tal preocupación desde un inicio responde a la finalidad de realizar una estructuración de la figura de maternidad subrogativa dentro del sistema jurídico de Guatemala, sino más allá, proponer sin duda alguna su inserción al ordenamiento interno guatemalteco. A decir, no ha sido ni será tarea fácil, pero se hará con miras y solamente a tenor de la estricta observancia de cada uno de los elementos positivos y negativos que conllevan intentar esta peligrosa pero fundamentada decisión.

En este sentido es importante dentro de una negociación o contrato “La voluntad exteriorizada del autor de un acto jurídico o de las partes que intervienen en el mismo es indispensable para la existencia de dicho acto. La autonomía de la voluntad ha sido decisiva para que el individuo engendre actos jurídicos a su libre decisión, aun cuando



en la actualidad cada vez se encuentra más restringida por la necesidad de proteger intereses de la sociedad. El Estado ha intervenido para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorios a las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de terceros. La voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico; es su motor principal; en los contratos, dicha voluntad se llama consentimiento y se integra con las dos manifestaciones de la voluntad de las partes que se conciertan”.³⁹

4.1. Ventajas jurídicas sociales que brinda la regulación de los contratos de gestación subrogada

Otra parte de la sociedad considera la gestación por sustitución como una técnica excepcional de reproducción humana asistida y por ello, la misma se admitiría en base a los siguientes motivos:

a) “La libertad reproductiva de las personas”⁴⁰. Se aclarara que se hace referencia a la libertad reproductiva porque en la Constitución Política de la Republica de Guatemala no aparece de manera explícita el derecho reproductivo pero considero que podría defenderse su existencia en base a otros derechos fundamentales que sí están recogidos expresamente como deber del Estado garantizarle el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana Artículo 2, ya que el tener descendencia es un hecho que supone para algunas personas un desarrollo y crecimiento personal; el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres Artículo 4, ya que una limitación

³⁹Bejarano Sánchez, Manuel, **Obligaciones civiles**. Pág. 55.

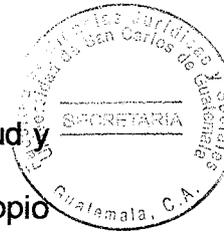
⁴⁰Emaldi Cirión, A. **El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad reproductiva**. Pág. 75



biológica no ha de suponer, en todos los casos, una limitación legal; el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la libertad e igualdad.

Una vez que se ha plasmado la posible existencia de este derecho subjetivo a la reproducción, se ha de pensar quiénes son los titulares de dicho derecho. En este sentido hay que defender el derecho a la igualdad de hombres y mujeres. En efecto, si se reconoce el derecho de la mujer a ser inseminada por los gametos de un donante, este planteamiento podría extenderse al derecho del hombre de solicitar a una mujer que aporte el óvulo y el útero para poder ser padre.

- b) El respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad para realizar contratos. El derecho debe garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados entre las partes. No obstante, hemos de aclarar que las cláusulas contractuales han de ser acordes al ordenamiento guatemalteco.
- c) La dignidad de la mujer gestante, en cuanto que hay situaciones en las que mujeres que viven con escasos recursos económicos, acudirán a la gestación por sustitución con la finalidad de poder obtener unos ingresos que le permitan hacer frente a su vida diaria. Así mismo, podrían obtener una asistencia sanitaria durante el embarazo que, quizás, no tendría de no haberse formalizado el acuerdo de subrogación materna.
- d) El derecho a la salud, el cual ha sido definido por la Organización Mundial de la Salud y por la Constitución Política de la Republica de Guatemala en el Artículo 93



establece el Derecho a la salud. El Artículo 94. Obligación del Estado sobre salud y asistencia social mientras que en el Artículo 95. Esto supondría que el propio ordenamiento jurídico deberá poner los medios para que las personas puedan tener hijos. Así mismo, este derecho estaría relacionado con el derecho subjetivo a la reproducción.

- e) El derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual es el fundamento que sirve de apoyo para completar los anteriores derechos y para que las mujeres puedan, legalmente acceder a las técnicas de reproducción asistida aun cuando no tengan pareja.

4.2. Desventajas jurídicas sociales que brinda la regulación de los contratos de gestación subrogada

La gran mayoría de ciudadanos ve con recelo la maternidad subrogada y la rechaza por considerarla una práctica inaceptable con base a los siguientes motivos:

- a) Argumentan que los contratos firmados durante esta práctica podrían encubrir la compra-venta de niños, incluso, podría ser una manera para evitar una adopción con los trámites que ello supone y con las restricciones que existen, en algunos países, para que adopten parejas del mismo sexo.
- b) “Un segundo argumento que esgrimen los opositores a esta práctica, es que la misma atenta contra la dignidad de la persona, en un sentido amplio: 1) puede atentar contra la dignidad de la mujer gestante al considerar que se le instrumentaliza y se le cosifica como mero organismo reproductor. Además, hay que



apuntar que con estas prácticas se infringen normas civiles españolas que prohíben que partes del cuerpo sean objeto de comercio. Sin embargo, a este respecto, hay quien considera que la procreación es una capacidad, no una parte, ni un órgano del cuerpo, es más, ni siquiera los gametos son considerados una parte del cuerpo y por ello, se admite su posible donación y en algunos países, su compra-venta; 2) Podría atentar contra la dignidad del hijo nacido mediante esta práctica porque implicaría para éste tener un mínimo de dos posibles madres: la gestante y la biológica o incluso, la posibilidad de tener tres madres: la comitente, la gestante y la donante del óvulo. En definitiva, se acabaría con el principio básico del Derecho Civil español: "*mater sempercertaest*".⁴¹

En relación con este tema, se tendría que reflexionar sobre la posibilidad de un derecho legítimo del menor de conocer su origen biológico como sucede en el caso de la adopción, pero no en cambio en el caso de donación anónima de gametos

c) "Posible mercantilización o comercialización del cuerpo humano que no se limita a la mujer gestante, como antes se ha mencionado, sino que se extiende a las agencias especializadas encargadas de gestionar todos los pasos del proceso: relacionar a los sujetos, formalizar los contratos, vigilar su cumplimiento y demás gestiones que se necesitan para llevar a buen puerto esta práctica".⁴²

⁴¹Igareda González, N. **La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 853/2013 sobre la gestación por sustitución**. Revista de Derecho y Genoma Humano, Pág. 171-191.

⁴²Guerra Palmero, M. **Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. "La gestación subrogada como nuevo negocio transnacional"** DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, Pág. 39-51.



4.3. Propuesta para regular el contrato de gestación subrogada en Guatemala

De acuerdo con la hipótesis planteada se puede establecer que es necesario plantear una propuesta con claridad para una reforma a la legislación vigente para conseguir la adecuación entre las normas del Código Civil dedicadas a regular la filiación y otros asuntos que han venido siendo referidos en este estudio que el Estado de Guatemala, a través del Congreso de la República de Guatemala pudiera llegar a regular esta institución de tanta importancia en los tiempos modernos.

La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico de Guatemala, en virtud de cada uno de los fundamentos ya bien explicados y sobre todo bajo la realidad de que actualmente se lleva a cabo en la sociedad guatemalteca, pero lamentablemente de forma negativa y totalmente fuera de la ley, pero puede entenderse; ya que 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 producen en el seno de la sociedad, percatarse de que en muchos países no se ha ignorado y mejor aún hasta ya se ha regulado, en unos para mal, prohibiéndola pero al menos se muestra una postura al respecto.

En este sentido se puede crear una ley específica que regule todo lo relativo a la maternidad subrogada, es pues necesidad 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, por lo que sólidamente se propugna por una inclusión pronta 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.

Primeramente una actitud de atención a lo que sucede en Guatemala, ya que se practican hace años procedimientos de esta naturaleza de forma clandestina y aun que si bien es cierto algunos han generado a muchas familias suma felicidad esto se ha llevado a cabo a todas luces al margen de la ley y en otros casos peor aún, se ha convertido como un negocio, lo cual si es verdaderamente lamentable con lo que se deja claro que no se está de acuerdo en lo más mínimo que suceda esta situación, ya que aunque en apartados anteriores se ha fundamentado la aceptación dela modalidad de la maternidad subrogada de forma onerosa no por ello se le da visto bueno a que se comercialice.

Concretamente se motiva a que la comisión encargada dentro del Congreso de la República de Guatemala, antes de presentar un proyecto de ley al pleno, programe ciertas reuniones con diferentes bloques de la sociedad a manera de escuchar a cada uno de ellos y armonizar la necesidad de su regulación y al mismo tiempo tomar en cuenta cada una de las sugerencias que se susciten, a manera de que el proyecto de ley sea incluyente y de forma integral se llegue a contar con un plexo de normas



jurídicas que en su conjunto y de forma integral sea la ley de la maternidad subrogada que regule esta institución en Guatemala.

Dentro de la ley se aconseja regular tanto aspectos generales como especiales, tales como crear la figura contractual de la maternidad subrogada, los requisitos y elementos que deben de concurrir para considerársele lícita y exigible.

Las partes que intervienen en la maternidad subrogativa, las calidades que estrictamente deben cumplir las personas que deseen participar en él, los derechos y obligaciones que emanan de ella, las modalidades en las cuales se puede llevar a cabo, este punto es muy importante ya que en muchos países se ha prohibido la forma onerosa, lo cual no parece del todo acertado, decir que sea remunerada no quiere decir que por esto se convierta en un negocio o se permita que se comercialice su realización, aceptar y permitir que al momento de darse puede acaecer gratuitamente por la persona que así lo desee o recibir cierta compensación en concepto de agradecimiento.

El Estado debe de intervenir en su labor de garante y fiscalizador de estos procedimientos, limitando el uso abusivo o desviación de la verdadera finalidad de la subrogación, crear entidades y mecanismos por lo tanto que se encargaran de llevar a cabo este control, a manera de ejemplo podemos citar que tal como se originó el Consejo Nacional de Adopciones que es la entidad encargada de tramitar en la vía administrativa todas las adopciones y es obligatorio contar una vez fenecido el trámite con la homologación de un juez de familia, se haga exactamente igual, en materia de



maternidad subrogada, crear un ente encargado de tramitar este tipo de procedimientos o de autorizar previo evaluaciones y dictámenes clínicos que estén autorizados para llevarlo a cabo, intervenir de forma directa en su realización y lo más importante decidir si procede o no realizar en una mujer la reproducción asistida que conlleva la subrogación y por ultimo como un filtro o final contralor.

Finalmente, el Tribunal de Familia decide si aprueba todo el trámite llevado a cabo en la entidad administrativa encargada de subrogaciones, a manera de que se constate que sea cual fuere la forma de llevarlo a cabo, no es por negocio que se realiza y se garantiza la vida e integridad tanto de la mujer que prestara su vientre como del futuro ser humano que se pretende traer a esta vida.

La creación de la ley de maternidad subrogada en Guatemala, se puedan establecer sanciones para prevenir actitudes ilícitas y otros para castigar drásticamente acciones antijurídicas que trasgredan toda la normativa creada para observarse en todo procedimiento, ya que se hace necesario para no solo disuadir cualquier conducta no deseada sino asegurar la correcta aplicación de la ley a través de tipos delictivos a toda aquella persona que no observe la finalidad con la que se crea esta modalidad de reproducción asistida, fuese necesario penas de multa en unos casos, inhabilitación de la licencia para ejercer para los médicos que se presten a anomalías, así como pena de prisión para quienes cometan conductas notoriamente contrarias a la buena fe con la que se permitiría realizar esta figura.



Por último, cuando haya conflicto en la entrega del menor se pueda solucionar de una manera que se utilicen todas las formas más equánimes resultantes de una subrogación maternal deberá en primer término ser resuelta por las partes involucradas y de no llegar a ningún acuerdo (preferiblemente notarial), se sujetarán a la decisión que imponga un tribunal de familia.

El juez en este caso tendrá que tomar muy en cuenta la intención y deseo inicial (causa inmediata y ulterior) del negocio en combinación con el aporte genético, la declaración de voluntad de las partes y otras circunstancias de riesgo.

En todo caso el Estado velará por los intereses de niño producto de dicha práctica y protegerlo pese a cualquier conflicto pero en dicha ley deberá adelantarse en esbozar no la forma en cómo debe resolver el juez para no violar su independencia judicial y su libre convicción, sino lo que debe tomar en cuenta como la validez del negocio jurídico, el consentimiento prestado, la intención de las partes y sobre todo hacer cumplir el contrato respetando fielmente el principio de cumplimiento de buena fe de las partes, habiendo firmado el contrato para cumplirse, será una tarea difícil para el juez, pero podrá y deberá auxiliarse de expertos no solo en bioética, genética y la ciencia de la medicina sino en peritos ya sean psiquiatras o psicólogos y sobre todo bajo la estricta observancia de protección a la vida humana, la familia y el bien común.

Lo antes expuesto, es la exposición de motivos sobre el porqué debe regularse la figura, es tarea del legislador realizar un análisis de forma profunda y determinar los artículos de forma específica que se encontrarán en el cuerpo normativo, considerando

que debe tener especial cuidado en los puntos antes expuestos para que no existan repercusiones de lo normado en la sociedad afectando las relaciones entre personas y su estado civil en el ordenamiento jurídico.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA



El punto fundamental de esta investigación es la necesidad de regular los contratos de gestación subrogada para brindar protección jurídica social a los niños nacidos mediante el procedimiento de maternidad asistida en la legislación guatemalteca, pero el Estado no ha adoptado una postura de rechazo o aceptar este contrato de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico del país; las normas que regulan las instituciones del derecho de familia son vigentes pero el legislador no pensó en la posibilidad de que surgieran situaciones que son absolutamente nuevas como la maternidad subrogada.

En la actualidad, se afronta el problema que no existe una relación en los avances de la tecnología médica 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 albedrío de cada persona interesada, creándose un ambiente de libertad, ilegalidad, peligro eminente y desprotección para las personas a participar.

El Estado debe regular el contrato de gestación subrogada en el sentido de vincularse entre sí la madre sustituta y la pareja, sin existir ánimo de lucro o beneficio excesivo de remuneración para la madre sustituta, asimismo dentro del contrato debe existir una renuncia a derechos de filiación, maternidad y a la patria potestad por parte de la madre sustituta, dejando estos derechos para su pleno desarrollo a la pareja que solicitó la maternidad subrogada.



BIBLIOGRAFÍA



ALBURES ESCOBAR, Cesar Eduardo. **El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca.** Guatemala: Ed. Tipografía Nacional, 1964.

ALVAREZ, Natalia. **Babygest.** <http://www.babygest.es/mexico/> (Consultado 15 de diciembre de 2016).

AMADOR JIMÉNEZ, Mónica. **Biopolítica y biotecnología: reflexiones sobre maternidad subrogada en India.** https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/466/1370. (Consultado el 20 junio de 2019)

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Maternidad subrogada.** Centro de Documentación, información y análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior. México. 2008.

AVATAR DE ANDREA, Rodrigo. **Babygest.** <http://www.babygest.es/india/> (Consultado el 29 de octubre de 2015).

BAZACO PUERTA, Tania. **Reproducción humana asistida. Donación y recepción de gametos y embriones. Cuidados de enfermería (Pregrado).** España: Universidad de Valladolid. 2014.

BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil.** Guatemala: Ed. Universidad Rafael Landívar. 1982

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, **Obligaciones civiles,** México: Ed. Oxford University Press Harla. 2000

BRIDART CAMPOS, German J. Y Daniel E Herrendorf. **Compendio de derecho constitucional.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, 2008

BRUNET, L., Carruthers, J., Davaki, K., Kin, D., Marzo, C., & Mccandless, J. (Mayo de 2012). **EuropeanParliament.** [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/1474403/IPOLJURI_ET\(2013\)_474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/1474403/IPOLJURI_ET(2013)_474403(SUM01)_ES.pdf) (Consultado 20 junio de 2019)

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual,** Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, (s.e.).1976.

CADAVID PULGARIN, Karla Mariana y Amalia Barrera Correa. **Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principal aporte internacional.** Pág. 17trabajo de investigación realizado para optar por el título de Abogado,



- CÁNOVAS ESPÍN, DIEGO. **Manual de derecho civil español**. España, Ed. Revista de Derecho Privado. 1975.
- DE COLMENARES, Carmen María, **La supremacía Constitucional**. Guatemala, 2005, Pág. 74
- EMALDI CIRIÓN, A. **El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad reproductiva**, (s.l.i.) Editorial Aranzadi. 2015.
- Enciclopedia británica, **Genética**, software multimedia Cd, 2009.
- GUERRA PALMERO, M. **Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional**. DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas.2018.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. **La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España**. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 853/2013 sobre la gestación por sustitución”. Revista de Derecho y Genoma Humano. 2014.
- KUSHNER DÁVALOS, Luis. **La fertilización in vitro: beneficios, riesgos y futuro**. RevCientCienMed, 13(2), 77-80. Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S181774332010000200006 (Consultado el 15 de agosto de 2018)
- LAFFERRIERE, J. N. **Centro de bioética, persona y familia**. <http://centrodebioetica.org/2015/12/parlamento-europeo-condena-la-practica-de-lamaternidad-subrogada/> (Consultado el 17 de diciembre de 2015).
- LECONA, L. H. **Derechos humanos y bioética**. Ciudad de México, México. <https://www.youtube.com/watch?v=y958Hmdbgfl> (Consultado el 15 de Marzo de 2016).
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., Mondéjar Peña, M. I., & Pérez Álvarez, M. P. (2015.). **Nuevos materiales para el estudio transversal y en abierto de los nuevos desafíos jurídicos del derecho de familia**. Madrid, España.: UAM. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico; Facultad de Derecho.
- MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo. **El arrendamiento de vientre en Colombia**. Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín. 2005.
- MORALES ACEÑA DE SIERRA, María Eugenia. **Derecho de familia, análisis de la Ley de Tribunales de Familia**. Guatemala: Ed. Universidad Rafael Landívar, 1976.
- OCHAITA, LARIOS, Carlos, **Derecho internacional público**, 7ª ed, Guatemala 2005.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2001.

Parentesco (antropología). Microsoft® Encarta® 2007 [DVD]. Microsoft Corporation, 2006. (consultado 15 de marzo de 2019)

Parlamento Europeo. **Resolución de prioridades y esquema de un nuevo marco político de la UE para luchar contra la violencia contra las mujeres**.2010/2209 -INI. Estambulgo. Obtenido de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0126+0+DOC+XML+V0//ES> (Consultado el 25 de enero de 2018)

PÉREZ ARTIGUES, Juan Antonio. **Maternidad subrogada. Problemas jurídicos y éticos del alquiler de vientres**. Congreso Extraordinario XXVI 2017

PÉREZ PEÑA, Efrain. **Transferencia intratubaria de gametos**. **Vida**, <http://www.institutovida.com/articulos/gift.asp?ID=39>, 2011 (Consultado el 20 de octubre de 2018)

PLANIOL, Marcel y Jorge Riper. **Compendio de derecho**. Puebla, México. Ed. José M. Cajica, 1946.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Madrid, España: Ed: Revista de derecho privado, 1957.

TELAM. **La justicia Argentina autorizó dos casos de inscripciones a favor de padres biológicos-procreacionales**. <http://www.telam.com.ar/notas/201507/113309-inscripcion-padres-biologicosprocreacional-maternidad-subrogancia.html> (Consultado el 19 de Julio de 2019).

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. Valladolid España: Ed. Pérez Galdós. 1910.

YUNGANO RODRÍGUEZ, Arturo: **Manual teórico práctico de derecho de familia**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicas, 1995.

Legislación:

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley número 107, 1964.



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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 17-73. 1973.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-89. 1989.

Ley de Adopciones. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 77-2007.