

**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 figure, likely a saint or religious figure, seated and holding a book. The figure is surrounded by various symbols, including a crown, a lion, and architectural elements like columns and a cross. The text "UNIVERSITAS CAROLINENSIS" is inscribed around the top half of the circle, and "GUATEMALA" is at the bottom. The title of the thesis is superimposed over the central part of the seal.

**LA BIOÉTICA DURANTE LA SUBROGACIÓN DE LA MADRE Y SUS INCIDENCIAS
EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

ANA LUCÍA DEL ROSARIO VILLAGRÁN SUN

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2024

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

**LA BIOÉTICA DURANTE LA SUBROGACIÓN DE LA MADRE Y SUS INCIDENCIAS
EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ANA LUCÍA DEL ROSARIO VILLAGRÁN SUN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2024

**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: Vacante
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Blanca Maribel Álvarez Paredes
Vocal: Licda. Amalia Azucena García Ramírez
Secretario: Lic. Ignacio Blanco Ardón

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Heidy Johana Argueta Pérez
Vocal: Lic. William Armando Vanegas Urbina
Secretario: Lic. Jorge Vidal Díaz Alvarado

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
20 de mayo de 2022.**

Atentamente pase al (a) Profesional, **CARLOS HUMBERTO VÁSQUEZ ORTIZ**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **ANA LUCÍA DEL ROSARIO VILLAGRÁN SUN**, carné 200717916 intitulado: **LA BIOÉTICA DURANTE LA SUBROGACIÓN DE LA MADRE Y SUS INCIDENCIAS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA.**

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.

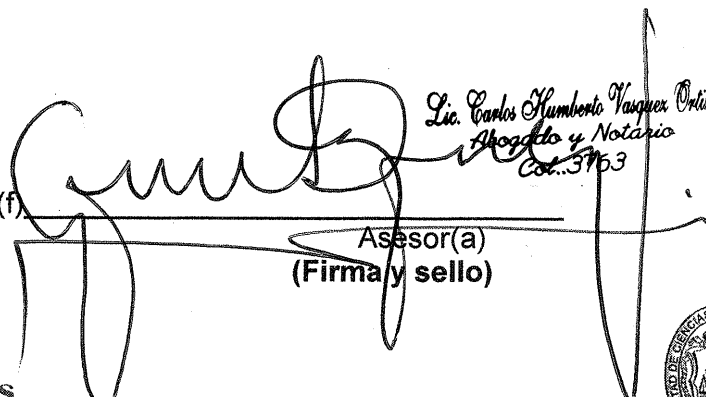

CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS

Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 15 / 02 / 2023

(f)


Asesor(a)
(Firma y sello)

Lic. Carlos Humberto Vasquez Ortiz
Abogado y Notario
Col. 3763

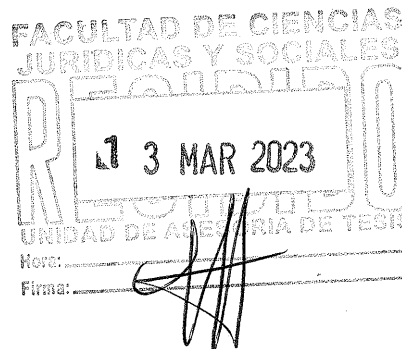


LIC. CARLOS HUMBERTO VÁSQUEZ ORTIZ
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 13 de marzo del año 2023

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

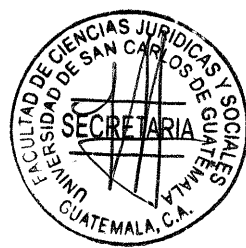


Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Respetuosamente me dirijo a su persona para hacer constar que asesoré el trabajo de tesis del estudiante **ANA LUCÍA DEL ROSARIO VILLAGRÁN SUN** de acuerdo con el nombramiento de fecha veinte de mayo del año dos mil veintidós, intitulado: **“LA BIOÉTICA DURANTE LA SUBROGACIÓN DE LA MADRE Y SUS INCIDENCIAS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA”**, para lo cual se llevaron a cabo los cambios y sugerencias pertinentes al trabajo de tesis.

Declaro que con la sustentante no me une parentesco alguno dentro de los grados de ley, emitiendo el siguiente dictamen:

- a) Se ha llevado a cabo una investigación que destaca por su significativo aporte en los ámbitos técnico y científico, cubriendo un amplio espectro de contenidos doctrinales y normativos, centrada en la bioética aplicada a los casos de subrogación gestacional y sus repercusiones en el marco legal de Guatemala.
- b) En el desarrollo de la tesis, los métodos de investigación empleados están vinculados directamente con los capítulos presentados, así como con la formulación, presentación y verificación de la hipótesis. Para la elaboración de la introducción y la conclusión discursiva, se recurrió a los métodos inductivo y analítico, complementados con la utilización de técnicas deductivas y sintéticas.
- c) En cuanto a los objetivos del estudio, es esencial destacar que el análisis de las incidencias jurídicas emergentes en este campo resulta crucial. La hipótesis planteada inicialmente fue confirmada, ya que la investigación realizada por la autora expone los principios jurídicos que sustentan dichas incidencias en los procesos de subrogación materna en Guatemala.
- d) Los distintos capítulos de la tesis facilitaron la comprensión de los criterios técnicos y jurídicos que sustentan las afirmaciones efectuadas. La contribución científica del tema es esencial y se fundamentó en contenidos contemporáneos.

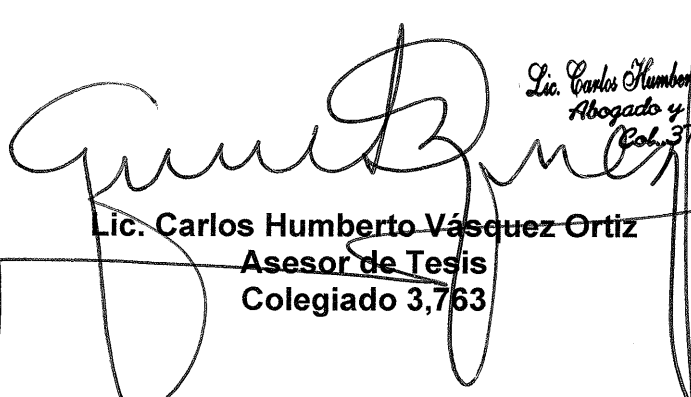


LIC. CARLOS HUMBERTO VÁSQUEZ ORTIZ
ABOGADO Y NOTARIO

- e) Respecto a la conclusión discursiva, esta se vincula estrechamente con el contenido del estudio investigativo, evidenciando un nivel apropiado de síntesis jurídica correspondiente al objeto de estudio. Asimismo, la bibliografía empleada para la redacción de la tesis resultó pertinente y adecuada para el tratamiento del tema.

Manifiesto que la tesis presentada por la sustentante satisface adecuadamente los requisitos estipulados en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. En consecuencia, **EMITO UN DICTAMEN FAVORABLE** para que prosiga con el procedimiento correspondiente, a fin de ser evaluada por el Tribunal Examinador durante el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.


Lic. Carlos Humberto Vásquez Ortiz
Abogado y Notario
Colegiado 3,763
Lic. Carlos Humberto Vásquez Ortiz
Asesor de Tesis
Colegiado 3,763



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

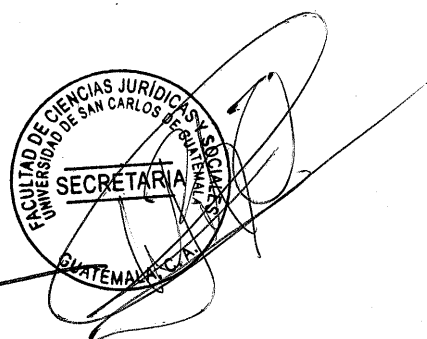
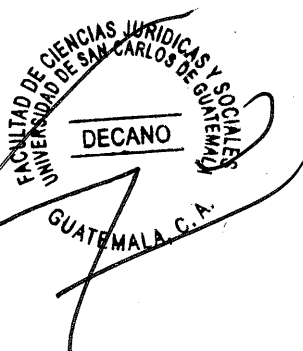


D.ORD.OCT. 72-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, dieciocho de octubre de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ANA LUCÍA DEL ROSARIO VILLAGRÁN SUN, titulado LA BIOÉTICA DURANTE LA SUBROGACIÓN DE LA MADRE Y SUS INCIDENCIAS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/AFCV



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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





DEDICATORIA

A DIOS Y A LA VIRGEN:

Porque solo tomada de su mano he llegado tan lejos, estoy segura que no me abandonara en cada paso que de en la vida y siempre me he sentido acompañada hasta en los momentos mas oscuros de mi vida.

A MIS PADRES:

Hector Rolando Villagran Recinos y Ana Cristina Sun Vega, por no desmayar nunca y ser mi soporte durante toda la vida, por su crianza, su amor sus enseñanzas y ayuda, por ser mis mejores amigos cuando mas sola me he sentido y por ser el refugio para mi y mi hijo.

A MIS HERMANOS:

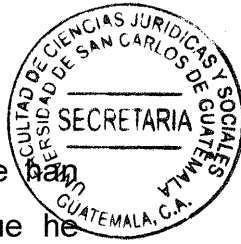
Jose Luis, Hector David y Hector Gabriel por siempre permanecer a mi lado y creer en mi cuando ni yo podía, por darme alegrías durante toda mi vida y ser un pilar fundamental para llegar a esta meta.

A MI HIJO:

José Pablo, quien es la razón de levantarme cada mañana, por demostrarme cada día que no estoy sola y por enseñarme lo que es el amor incondicional.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:

Katerin Rodas, Lucia Lopez, Maria Fernanda Pozuelos, Andres Cuyun y Tatiana Ramirez por ser la familia que Dios me ha permitido elegir a lo largo de la vida, por ser quienes sin ningún



interés han sostenido mi mano y no me han
permitido desmayar en ningún paso que he
dado, por confiar y creer en mí.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y a
la Facultad.

PRESENTACIÓN



La infertilidad, tanto del hombre como de la mujer, son casos más comunes de lo habitual ya que está directamente relacionada con la edad, peso, condición física general, genética y otro factores los cuales hacen que concebir un bebe sea muy difícil o casi imposible para ciertas parejas; debido a esto alrededor del mundo se han desarrollado diferentes métodos y prácticas clínicas que permiten la concepción controlada.

Muchas parejas recurren al uso de métodos que les permitan llegar al sueño de ser papas, lo cual se inicia con el uso de un ovulo y un espermatozoide para realizar una fecundación en un laboratorio que llega al vientre de la madre como un ovulo ya fecundado, esto es una manera diferente a la natural que comúnmente se da entre hombre y mujer, este procedimiento al llevar una manipulación de parte del hombre se convierte en sujeto de derecho, ya que estamos creando una vida la cual estará sujeta a derechos y obligaciones.

Debemos abordar la necesidad de incorporar a nuestra legislación Guatemalteca los principios fundamentales de la bioética y su aplicación, crear una ley que respalde la aplicación de la bioética en el ámbito legislativo Guatemalteco y que aporte los cambios necesarios al derecho positivo que nos permitan estar a la vanguardia de la investigación científica, así como la regulación de las entidades existentes en la Republica que ya realizan procedimientos los cales se ven envueltos dentro de los principios de la bioética.



HIPÓTESIS

La Bioética durante la subrogación de la madre es una realidad en muchos países en los cuales las prácticas de la subrogación materna se ha vuelto mas común a lo largo de los años, mujeres emigrantes guatemaltecas han figurado como madres sustitutas sin tener ningún respaldo que les ayude a tener un embarazo digno y mucho menos un parto fuera de riesgo, así mismo muchos niños que nacen a raíz de la subrogación materna corren un riesgo emocional y mental al existir el peligro latente de enterarse que quienes creen sus padres, biológicamente no lo son, así mismo existe el riesgo de que la madre que subroga el vientre desee incumplir y no entregar al bebe al finalizar el embarazo.

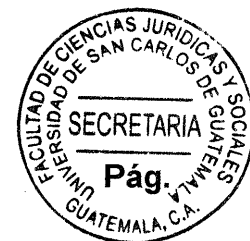
Para solucionar este problema deberá decretarse la Ley Reguladora de la Bioética durante la subrogación materna en Guatemala. Asimismo deberá exigirse a las entidades que prestan cualquier servicio de reproducción asistida en Guatemala aplicar esta normativa a razón de su implementación en la legislación guatemalteca haciendo de esta un derecho no solo vigente sino positivo, y deberá hacerse una revisión constante del cumplimiento de la misma tanto en las entidades existentes así como en las nuevas que deseen prestar este tipo de servicios en Guatemala.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Después de llevar a cabo el análisis pertinente del derecho internacional a través de la interpretación del derecho comparado relativo a la bioética y la subrogación materna se hace evidente la necesidad de regular dicha practica de manera inmediata debiéndose tomar en cuenta que ya existen centros que desarrollan estas maneras de fertilización asistida y el vacío legal que nuestra legislación contiene no permite que exista ningún tipo de control en cuanto a la práctica actual de este tipo de procedimientos.

Asimismo es de suma importancia resguardar la vida, integridad y desarrollo propicio tanto para la madre que subroga su vientre así como el futuro del feto por nacer creando entes y regulaciones encargadas que satisfagan la necesidad de un control riguroso del desarrollo de ambos para así asegurar la finalidad de la Constitución Política de la Republica de Guatemala el cual es el bien común.



ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. La bioética.....	1
1.1. Origen de la bioética.....	2
1.2. Fundamentos y principios de la bioética.....	8
1.3. La bioética y el derecho.....	11
1.4. El alcance de la bioética.....	15

CAPÍTULO II

2. Los derechos humanos y la bioética.....	19
2.1. Antecedentes.....	19
2.2. La dignidad de la persona y la bioética.....	22
2.3. La libertad y la ética.....	25

CAPÍTULO III

3. La legislación guatemalteca.....	29
3.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	29
3.2. Decreto Ley 106 Código Civil.....	30
3.3. Decreto Número 17-73 Código Penal.....	33

CAPÍTULO IV

4. La subrogación materna y sus tipos.....	37
4.1. Subrogación gestacional.....	42
4.2. Subrogación tradicional.....	43
4.3. Derecho comparado.....	44
4.4. Aspectos legales donde se propone la incorporación de la bioética durante la subrogación materna en la legislación guatemalteca.....	58
 CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	 69
BIBLIOGRAFÍA.....	71

INTRODUCCIÓN

La preservación de la integridad del sistema de justicia y la garantía de un proceso legal justo son pilares fundamentales en cualquier sociedad democrática. Sin embargo, en Guatemala, nos enfrentamos a una problemática creciente: la contaminación de la prueba como consecuencia de prácticas arbitrarias por parte de los actores involucrados en el sistema judicial. Este fenómeno plantea serias implicaciones para la administración de justicia y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En el contexto guatemalteco, la contaminación de la prueba se manifiesta a través de diversas prácticas que comprometen la autenticidad y veracidad de la evidencia presentada ante los tribunales. Desde la adulteración de pruebas hasta la coacción de testigos o la obstrucción de la justicia, estas acciones ponen en riesgo la integridad del proceso legal y socavan la confianza en las instituciones judiciales.

Es crucial abordar esta problemática de manera integral y proactiva, analizando sus causas, identificando sus consecuencias y proponiendo soluciones efectivas para fortalecer el sistema de justicia en Guatemala. En esta investigación, nos proponemos explorar en detalle las implicaciones de la contaminación de la prueba en el sistema judicial del país, así como plantear medidas concretas para prevenir y enfrentar este desafío.

A lo largo de este estudio, examinaremos las prácticas arbitrarias que contribuyen a la contaminación de la prueba en Guatemala, evaluaremos su impacto en la administración de justicia y los derechos de los ciudadanos, y presentaremos recomendaciones para mejorar la transparencia, imparcialidad y eficacia del sistema legal. Por ende, esta investigación busca contribuir al fortalecimiento de las instituciones judiciales y al resguardo de los principios fundamentales de justicia y equidad en el país.

En esta investigación, se analizarán diversos aspectos del sistema judicial en Guatemala, centrándose en el derecho penal, los principios rectores de este ámbito legal, el papel de



la prueba en el sistema judicial y la problemática específica de la contaminación de la prueba.

El primer capítulo explorará los fundamentos del derecho penal en Guatemala, desde su evolución histórica hasta su papel actual en el mantenimiento del orden social y la garantía de la justicia en el país. En el segundo capítulo, se examinarán los principios fundamentales que rigen la aplicación del derecho penal en Guatemala, destacando su importancia para asegurar un ejercicio justo del poder punitivo del Estado.

El tercer capítulo se centrará en el papel crucial de la prueba en el sistema judicial guatemalteco, analizando los tipos de pruebas admitidas y los procedimientos para su presentación y evaluación. Finalmente, el cuarto capítulo abordará la problemática de la contaminación de la prueba en Guatemala, examinando cómo las prácticas arbitrarias por parte de los actores pueden afectar la calidad y veracidad de la evidencia presentada ante los tribunales. Se propondrán medidas y soluciones para abordar esta problemática y fortalecer el sistema judicial en el país.



CAPÍTULO I

1. La bioética.

El diccionario de la Real Academia Española define la bioética como: “Estudio de los problemas éticos originados por la investigación biológica y sus aplicaciones, como en la ingeniería genética o la clonación”. Sin embargo, el termino bioética en sí mismo no es tan limitado, podemos encontrar otras fuentes de información que robustecen esta definición y abarcan un campo más extenso, por ejemplo: según el Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de Bioética, 2012 se define como: “El estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y de la salud, examinadas a la luz de los valores y de los principios morales”. Dentro de esta definición se empieza a ahondar en la necesidad de relacionar la bioética a la conducta humana siendo así necesaria la unificación de ambos conceptos.

En lo antes expuesto encontramos implícito un aspecto legal que si bien no se menciona directamente lo podemos aunar a los principios morales mencionados, adicionalmente encontramos en esta definición las ciencias de la vida, y dentro de ellas se encuentra la medicina, abarcando temas como uso de fluidos corporales, trasplante de órganos, inseminación artificial y por supuesto el tema principal de esta disertación el cual es la subrogación materna, siendo esta una práctica cada día más común en la reproducción humana asistida no solo en Guatemala sino en muchos países a nivel mundial siendo la única diferencia la falta de la regulación de la misma en el país.



1.1. Origen de la bioética.

La ética se puede definir como la reflexión crítica sobre los valores y principios que guían nuestras decisiones y acciones. El término bioética es un neologismo acuñado por Van Rensselaer Potter en 1971 (en su libro: *Bridges to Bioethics for the Future*), donde el autor incluía. “La disciplina que combina el conocimiento biológico con los valores humanos¹”

La reconocida Enciclopedia de Bioética (coordinada por Warren Reich) define la bioética como “el estudio sistemático del comportamiento humano en las ciencias de la vida y la salud, examinando dicho comportamiento a la luz de valores y principios éticos”. Hoy abarca no solo aspectos tradicionales de la ética médica, sino también la ética ambiental, debatiendo los derechos de las generaciones futuras, el desarrollo sostenible, etc. (De hecho, el libro de Porter trata cuestiones éticas relacionadas con las perspectivas ambiental y evolutiva, pero desde entonces el término bioética se ha utilizado principalmente para referirse a la nueva ética médica y la ética de los nuevos avances en biomedicina).

En 1972, André Hellegers fundó el Instituto Kennedy de Bioética en la Universidad de Georgetown (Washington, DC), el primer uso del nuevo término por parte de una institución académica. Según Warren Reich (1993), el término bioética se ha impuesto con éxito porque es muy esclarecedor y poderoso: “Sugiere un nuevo enfoque, un nuevo encuentro

¹ Bustis Pueche, José Enrique. **El derecho civil ante el reto de la nueva genética**. Pág. 11.

de la disciplina, en una nueva forma y un nuevo foro que tiende a neutralizar la ideología ideológica". tinte que la gente asocia con la palabra moral.

El objetivo de la bioética "fundada" por el Centro Hastings y el Instituto Kennedy fue fomentar el debate y el diálogo interdisciplinario entre la medicina, la filosofía y la ética, y está significativamente actualizado. Ética de la medicina tradicional. Pero ¿cuáles fueron las circunstancias y hechos que dieron origen a la bioética moderna? Está claro hoy que un factor decisivo es la aparición de una serie de "paradojas" creadas por el propio progreso de la medicina y la tendencia a ampliar los beneficios para la salud

La jerarquía es un rasgo definitorio que estructura la delincuencia organizada. Estas entidades operan bajo un esquema jerárquico donde las decisiones emanan de los líderes hacia los niveles inferiores. Esta estructura piramidal garantiza que las órdenes se ejecuten de manera eficiente y que exista un control estricto sobre las operaciones.

Para muchos estudiosos de la disciplina, la génesis de la bioética (aunque ese nombre aún no se usaba en ese momento) ocurrió en 1962, cuando se tomó la decisión en Seattle (WA) de formar un comité de laicos (en lugar de médicos) para decidir qué pacientes en ese momento preferirían beneficiarse de la máquina de hemodiálisis recién inventada. La pregunta de fondo es ¿por qué los avances médicos crean una nueva discriminación médica?, ¿Quiénes son los candidatos y cómo se seleccionan?. La novedad se basa



precisamente en que las respuestas a estas preguntas no recaen en los médicos, sino en los representantes de la comunidad².

Aunque el Código de Nuremberg abordó por primera vez el tema de la experimentación en humanos, en la década de 1960 quedó claro que incluso en una sociedad democrática, la misma investigación biomédica en humanos plantea una serie de preguntas que deben ser manejadas de la manera más adecuada. En 1972 se reveló el llamado "Caso Tuskegee", un estudio hasta entonces secreto en el que 400 individuos de raza negra habían dejado de recibir tratamiento contra la sífilis (pese a que ya existían tratamientos efectivos) para estudiar la evolución de la naturaleza de la enfermedad³.

El Congreso estableció la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos en las Ciencias Biomédicas y del Comportamiento. En 1978, el comité emitió el llamado "Informe Belmont", que contenía pautas para la protección de las personas que participaron como sujetos de experimentación biomédica sobre la base de principios de autonomía, beneficencia y justicia.

A partir de 1967, con el primer trasplante de corazón, surgió la pregunta de cómo definir la muerte clínica. En 1968, la Harvard Medical School publicó un artículo proponiendo un nuevo criterio basado en la muerte cerebral. Esto, a su vez, se ha relacionado con algunos casos dramáticos de coma irreversible, lo que ha suscitado debates sobre la eutanasia y el "derecho a morir solo o a la propia muerte". En 1975, Karen Ann Quinlan entró en un

² *Ibíd.* Pág. 12

³ *Ibíd.* Pág. 14

coma irreversible y permaneció en estado vegetativo. Los padres al ver el sufrimiento de su hija solicitan que la desconectaran del respirador para que pudiera morir en paz. Tras un rechazo judicial, la Corte Suprema de Nueva Jersey apeló citando el "derecho a una muerte digna y pacífica" para autorizar la desconexión. Se reconoció por primera vez que las propias técnicas de soporte vital plantean cuestiones éticas acerca de mantener a las personas en un estado vegetativo y nunca recuperar la vida consciente.

Una de las recomendaciones en la participación de la Corte Suprema en el caso de Quinlan fue que los centros hospitalarios están en la obligación de crear "comités de ética" para abordar conflictos de este tipo. Han surgido pautas sobre la reanimación y si se deben usar tratamientos extremadamente costosos para mantener con vida a los recién nacidos con anomalías graves o alguna enfermedad congénita.

Uno de los principales factores del cambio hacia la bioética fue la crisis del concepto paternalista de caridad médica heredado de la tradición hipocrática. El médico ya no puede imponerse (ni siquiera con benevolencia) al paciente, sino que debe informar al paciente para que pueda ejercer su inalienable autonomía y consentir el tratamiento. En 1972, Estados Unidos promulgó la "Declaración de derechos de los pacientes". Las necesidades y preferencias de los pacientes deben defenderse enérgicamente, especialmente frente a tecnologías poderosas que a veces se ven con sospecha y con instituciones.

La ubicuidad de los servicios de salud en la mayoría de los países occidentales hace necesario considerar cómo financiar y distribuir de manera justa los recursos limitados, y



cómo regular el acceso de los ciudadanos a las diferentes tecnologías. ¿Cómo satisfacer las necesidades básicas de salud de todos los ciudadanos? Pero ¿qué son las necesidades básicas? ¿Cuál es la diferencia entre lo esencial y lo accesorio?

En los últimos años, los avances en genética y el desarrollo del Proyecto Genoma Humano, combinados con las tecnologías reproductivas, han ampliado aún más el campo de la bioética, obligándonos a buscar respuestas a nuevos desafíos.

Cuestiones sobre reproducción humana asistida. Estatuto ético del embrión y del feto. ¿Existe un derecho individual a procrear?

Encuestas genéticas y sus aplicaciones potencialmente discriminatorias, privacidad genética y la propensión a desconocer las enfermedades incurables

Modificación genética de la línea germinal. ¿Es ético 'mejorar' la naturaleza humana?

El concepto de clonación y singularidad individual; el derecho a no poseer un producto diseñado por otra persona.

Cuestiones derivadas de la mercantilización de la vida (p. ej., patentes biotecnológicas).

El desarrollo de la bioética fue en sus inicios un fenómeno exclusivamente estadounidense.

Daniel Callahan, fundador del Centro Hastings, resumió los factores que contribuyeron a

la aceptación de la investigación bioética en los Estados Unidos. Si bien algunos de los bioeticistas más destacados eran teólogos o creyentes, el análisis inmediatamente dejó de lado la religión en favor de una bioética secular que pudiera operar en un mundo plural y con amplia variedad de pensamientos y creencias. El discurso de la bioética se basa principalmente en los derechos civiles, el pluralismo ideológico y busca consensos y estrategias frente a esta diversidad cultural⁴.

Esto significa que la bioética en los Estados Unidos utiliza un lenguaje de "estatutos" y "directrices" capaces de tratar temas complejos. Esto no es tanto una búsqueda de un terreno común como una cuestión de llegar a un consenso sobre temas específicos sobre la base de diferentes tradiciones. Esto se ha reflejado en juntas de revisión institucional, comités consultivos presidenciales o del Congreso.

La bioética estadounidense está estrechamente relacionada con la ola de liberalismo político que prevalece entre las élites educadas que reconocen como propio el lenguaje de los derechos y libertades individuales en una economía de mercado.

Más recientemente, sin embargo, la propia bioética estadounidense ha comenzado a darse cuenta de las limitaciones y dilemas de un enfoque excesivamente sesgado de los derechos individuales y ha intentado introducir cuestiones de justicia distributiva, sin olvidar que su propósito no es estrictamente lograr la armonía sino una crítica lógica y necesaria.

⁴ Blanco, Luis Guillermo; Andorno, Roberto. **Bioética y bioderecho: Cuestiones actuales**. Pág. 45.

1.2. Fundamentos y principios de la bioética.

La bioética como ciencia a lo largo de su desarrollo ha llegado a la conclusión de la necesidad de crear fundamentos que le permitan regular y estandarizar su estudio dentro de parámetros morales y legales los cuales son:

Valor absoluto de la persona: Surge de la idea kantiana de que el hombre no es sólo un medio, sino un fin en sí mismo. Sin embargo, nos encontramos ante cuestiones que aún no han sido consensuadas: si en función del estatus ontológico conferido al no nacido (embrión, feto) se requieren las mismas consideraciones que la vida humana nacida. La determinación del estado embrionario no depende únicamente de datos biológicos, sino que se basa en consideraciones sociales y culturales que no son compartidas por todos, y si bien esto no debe dar lugar al relativismo, se debe alentar una mayor exploración y debate.

Los valores humanos son una institución o “a priori” que sirven de marco de referencia para el desarrollo de la bioética. Por lo tanto, las personas tienen dignidad. De aquí se sigue que todas las personas merecen la misma y absoluta consideración y respeto.

Los cuatro principios de la bioética fueron acuñados en diferentes etapas de su desarrollo y son utilizados aun en la actualidad, estos son:

Principio de no maleficencia: Este principio ha sido formulado en la medicina hipocrática:

Primum non nocere, es decir, ante todo, no hacer daño al paciente. Se trata de respetar la integridad física y psíquica de la vida humana. Está relacionado con el avance de la ciencia y la tecnología, ya que muchas tecnologías causan daño o riesgo. Al evaluar el balance de daños y beneficios, uno puede ser culpable de la falacia de suponer que los dos son iguales en magnitud o reducibles al análisis cuantitativo. Un ejemplo actual es evaluar el daño que pueden causar los organismos manipulados genéticamente o evaluar las terapias génicas que pueden afectar negativamente a las personas.

Principio de beneficencia: Se basa en la obligación de hacer el bien. Este es otro principio clásico de Hipócrates. El inconveniente radicaba en que, hasta hace poco tiempo, los médicos podían imponer su propia forma de hacer el bien sin el consentimiento de sus pacientes (el modelo paternalista de la relación médico-paciente). Así, en la actualidad este principio se modera respetando la autonomía de los pacientes, sus valores, cosmovisión y aspiraciones. No es legal imponer nuestra propia buena voluntad a los demás.

Este principio positivo de beneficio no es tan impactante como el principio negativo de evitar el daño. No se puede buscar un resultado positivo a costa de causar daño: podemos exponer, el “bien” de la experimentación en humanos (el avance de la medicina) no se puede lograr sin el consentimiento de los sujetos, y de ninguna manera sometiéndolos a riesgo. Excesivamente o causarles daño. Como decía Hans Jonas mientras los seres humanos tengan interés en el avance de la ciencia, nadie puede obligar a otro a sacrificarse por ello. De esta forma, la Doctrina del Bien apoya el concepto de innovación y

experimentación en beneficio del futuro de la humanidad y ayudar a otros, especialmente a los más vulnerables, a alcanzar mayores niveles de bienestar, salud, cultura, etc. en sus propios términos propios intereses y valores.

Este principio (junto con el principio de justicia) también puede utilizarse para fortalecer la obligación moral de transferir tecnología a países vulnerables para salvar vidas humanas y satisfacer sus necesidades básicas.

Principio de autonomía o de libertad de decisión: Puede definirse como el deber de respetar los valores y elecciones personales de cada persona en aquellas decisiones fundamentales que le conciernen. Al tomar sus propias decisiones, asume lo correcto e incluso lo incorrecto. De aquí deriva el consentimiento libre e informado en la ética médica actual.

Principio de justicia.: Incluye la distribución equitativa de cargas y beneficios en áreas clave de bienestar y evita la discriminación en el acceso a los recursos de salud. Este principio pone límites a la autonomía porque afirma que la autonomía de cada individuo no amenaza la vida, la libertad y otros derechos fundamentales de los demás.

Los conflictos pueden ocurrir no solo entre miembros contemporáneos de una misma nación, sino también entre miembros de diferentes naciones (por ejemplo, uso desigual de los recursos naturales básicos), e incluso se discute la justicia para las generaciones futuras.

Enfocado al ámbito médico el principio de justicia requiere que cada paciente sea tratado en consecuencia, es decir, todo aquello que por principio se merece el ser humano. Este principio da soporte al ideal de brindar atención médica de alta calidad a todas las personas de manera equitativa. También se deben considerar los principios de equidad para los costos de atención médica.

En ocasiones surge un conflicto ético en el proceso asistencial, situación en la que los valores de un participante no se alinean con los de un tercero y hacen más difícil la toma de decisiones. En estas situaciones en particular, la aplicación de los cuatro principios de la bioética puede ayudar a encontrar soluciones.

1.3. La bioética y el derecho.

A raíz de todos los debates sostenidos se llega a la conclusión de que entre bioética y derecho hay dos posibles tendencias:

Legalista y rigurosa: tratar de crear leyes extremadamente detalladas que se ajusten a cada situación que se supone que se presente "pero con riesgos, ya que algunos ven avances tecnológicos que permiten descubrir lagunas legales o que surjan ciertas paradojas, o permitir soluciones no previstas por el espíritu de la Ley"⁵.

⁵ *Ibíd.* Pág. 50

Abierta e inductivista: se reconoce que no podemos predecir todos los avances y todos los escenarios posibles que las tecnologías que se desarrollan a un ritmo tan rápido traerán en el futuro. Pero aún existe la evidente falta de una ley general que reconozca principios claros sin entrar en demasiados detalles lo cual hace imperativo la creación de la misma. Hay espacio para que la jurisprudencia incorpore paulatinamente el espíritu de derecho a la luz de los nuevos contextos científicos y sociales.

Para algunos autores, “la forma común de vida o de comportamiento de una sociedad está constituido por un diálogo entre la ética cívica (conjunto de valores compartidos por las sociedades democráticas), el derecho positivo y las instituciones políticas. La principal tarea de la bioética es inspirar formas de vida que respeten las necesidades básicas de la vida y alcancen expresiones legítimas sólo cuando sea inevitable. Una dificultad es distinguir lo que es un requisito básico (un derecho exigible) de lo que es un deseo o preferencia subjetiva (cuya satisfacción jurídica no puede reclamarse). Esto plantea la pregunta de quién tiene acceso a ciertos servicios médicos ya qué servicios básicos tiene derecho una persona. Por ejemplo, ¿la sociedad está obligada a ayudar a cualquier individuo a recurrir al TAR (terapia antirretroviral)”⁶.

Los autores han plantado un dilema específico en la sociedad norteamericana respecto a la relación entre derecho y bioética: “Es como si el público se enfrentara a un dilema simple pero severo: si crees que algo es moralmente cierto es importante, mantenlo con usted.” Vaya a la corte o apruebe leyes, pero si piensa que las cortes deberían ser excluidas, o

⁶ *Ibíd.* Pág. 55



que no debería haber leyes, entonces cálese y déjelo a la elección privada. Cuando decimos que "las elecciones son privadas" en este país, queremos decir una cosa: se supone que no debemos hacer juicios morales sobre las elecciones de los demás, y mucho menos la condena moral pública de las prácticas de diferentes grupos.

El punto es que el tabú contra la discusión seria de los usos morales de la libertad y la distinción entre elecciones morales responsables e irresponsables ha llevado simultáneamente a que muchas moralejas sean elaboradas en los tribunales y arraigadas en decisiones legales. Sorprendentemente para Callahan, por ejemplo, fue la decisión judicial que tuvo amplia repercusión en los medios de comunicación y moldeó la mente de muchos ciudadanos declarando que "si mi vida como un niño fue la situación termina y perderé mi dignidad" Así, el legalismo puede definirse como la transformación de las cuestiones morales en cuestiones jurídicas; la prohibición del debate moral por temor a que se transforme así; y la elevación de los juicios morales de los tribunales a la categoría de normas morales.

Callahan, no culpa a los jueces, sino a la iglesia demasiado sectaria o complaciente, las universidades demasiado atrapadas en la profesionalización o las guerras culturales, los medios de opinión los medios de izquierda están ociosamente ocupados atacando a la derecha religiosa, y atacando las libertades políticamente correctas del ala derecha de los activistas y la vida política interesados sólo en atacar a los opositores.



Gilbert Meilaender aceptó el desafío de Callahan al reconocer que un punto clave es que la gente tiende a pensar que las leyes existen para facilitar las elecciones que hace cada individuo. Crea "un ideal del yo que no tiene más contenido que elección" (Callaghan). Para Meilaender, la discrepancia no es solo el legalismo, sino el hecho de que consideramos que la ley está obligada a salvaguardar nuestras elecciones privadas, eliminando así una amplia gama de cuestiones morales de la consideración pública. Y pon los siguientes ejemplos:

¿Se tiene en cuenta el bien del feto como parte del bien común?

¿Se acepta que un ciudadano conceda el derecho a otro de quitarle a él la vida?

¿Eliminar al que sufre es un buen método de eliminar el sufrimiento?

Estas son cuestiones éticas y legales. Pero su respuesta dependerá del valor que pretendamos otorgar a las garantías jurídicas para ejercer nuestra autonomía en relación a otras formas que nos puedan colocar en un "área gris" del debate. Lo necesario es una adaptación de la ley que perciba a los humanos como algo más que entidades aisladas con deseos y elecciones. Es necesario esclarecer (y criticar) una antropología fundamental que ve al hombre como sujeto de deseo, aislado de los demás, supuestamente capaz de una libertad ilimitada, preocupado sólo por su propio narcisismo y la expresión de su voluntad.

“Es irracional concluir que la ley está obligada a permanecer ausente sobre ciertos temas, como el aborto y la eutanasia, la maternidad subrogada y la inseminación artificial ya que ellos conllevan implicaciones sobre el significado de ser miembro de una sociedad”.⁷

1.4. El alcance de la bioética.

La bioética no sólo trata las cuestiones morales en el ámbito de la biomedicina, sino que además incluye:

Cuestiones epistemológicas: modelos explicativos sobre la conducta humana (p.ej. debate entre el determinismo biológico y la influencia ambiental), metáforas y modelos sobre el papel de los genes, etc.

Cuestiones ontológicas (estatuto de lo humano al comienzo y al final de la vida; estado vegetativo persistente; relación entre la dotación genética y la identidad del individuo, etc.).

La bioética se desarrolla en el contexto de una sociedad pluralista, ajena a los grandes relatos unificadores de tipo religioso o ideológico. Por lo tanto, la bioética es una ética civil que se sustenta en la racionalidad humana secularizada, capaz de ser compartida por todos, en un terreno filosófico neutro. Como dice Marciano Vidal (1989) "más allá de un ordenamiento jurídico y deontológico, y más acá de las convicciones religiosas".

⁷ *Ibíd.* Pág. 55



Es una ética laica, racional, que formula la dimensión moral de la vida humana en cuanto ésta tiene de repercusión para la convivencia ciudadana en general.

Pero con la consciencia de las limitaciones de la razón, es decir, evitando el racionalismo ingenuo.

Es una ética pluralista: acepta la diversidad de enfoques, desde los que se intenta construir un acuerdo moral en una unidad superior.

Es una ética "mínima" (Adela Cortina), es decir, el mínimo común denominador moral de una sociedad pluralista, que garantiza al mismo tiempo la diversidad de proyectos humanos (culturales, religiosos, etc.). En esta línea se situarían igualmente los intentos del teólogo Hans Küng de una Ética Mundial por medio del diálogo de las distintas religiones, que pudiera llegar a unos acuerdos sobre valores y fines vinculantes. En cuanto ética mínima, no puede aspirar a ser totalizadora, y por lo tanto no se identifica con la visión de ninguna religión, que plantea cosmovisiones opcionales. En cuanto ética común, sus contenidos no pueden depender de simples preferencias personales, sino que reflejarían cierto grado de consenso social derivado de la racionalidad.

Sus contenidos se van descubriendo tras evaluación y discusión crítica, por sucesivas convergencias surgidas de la común racionalidad humana. Se trata, pues, de una ética dinámica y enraizada en la historia, que acepta moverse provisionalmente en la duda y en la perplejidad, pero que avanza hacia niveles cada vez mayores de búsqueda del bien y



de la justicia para toda la humanidad, contrastando sus conclusiones continuamente con la realidad de cada momento y de cada cultura.

En resumen, la actual bioética pretende ser universal, alejada de los puros convencionalismos o preferencias personales, consciente de las limitaciones de la razón humana y atenta a los contextos culturales concretos.



CAPÍTULO II

2. Los derechos humanos y la bioética.

Los derechos Humanos han ido surgiendo como respuesta a las realidades de los pueblos y buscando convertirse en garante de la integridad, libertad y dignidad de los ciudadanos. Los antecedentes más lejanos de los Derechos Humanos lo remontan al IUS NATURALISMO que presuponía los derechos de todos los seres humanos desde una fundamentación teónoma, que nos asume iguales y entiende su origen en dios y la naturaleza y no en la ley, distinto al IUS POSITIVISMO que valora la norma jurídica con independencia de su significación ética y moral.

2.1. Antecedentes

Aquí podría sentarse el primer nodo del debate conceptual, recogido ya por Sófocles en Antígona en el siglo V antes de Cristo, cuando ésta última apelando al derecho natural (Iusnaturalismo) entierra a su hermano Polinices, contrariando la orden del rey Creonte, que había ordenado como castigo dejar su cadáver sin sepultura a la entrada del pueblo para que los cuervos y perros dispusieran de el (Iuspositivismo).

Es evidente que esta interpretación corresponde a la mentalidad religiosa de la época que recorre el trecho de acción de los griegos y Romanos que posteriormente es recogida por

la tradición judeo cristiana dando fundamento a la ley natural como fundamentación de sus propuestas morales.

El segundo nodo de la corriente que tratamos con anterioridad viene dado por los subsiguientes cuestionamientos a los derechos naturales que siglos después fueran desarrollados y defendidos por Santo Tomás de Aquino.

Fueron varios los siglos de luchas y aportes al tema llegando a delinear dos importantes vertientes relacionadas a la génesis de los derechos humanos: Una en Inglaterra con la Common Law o Derecho común y otra en Francia con la revolución Francesa de 1789.

Estos antecedentes adquieren vigencia en la historia por normar y ordenar jerárquicamente los derechos adquiridos, primero los dados por la Revolución Francesa "derechos del hombre y el ciudadano" (1789) y luego por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) de las Naciones Unidas.

En ese recorrido arribamos a la propuesta de tres generaciones de Derechos Humanos gracias a las propuestas de muchos actores siendo el referente más cercano la propuesta hecha por Karel Vasak en 1979. Hasta el momento el ordenamiento había establecido de manera bastante consensuada la existencia de una primera generación de Derechos Fundamentales: Los Civiles y Políticos, una segunda que incluía a los Económicos, Sociales y Culturales y cercanos a los años 80 se incluyeron como de tercera generación los vinculados a la Solidaridad, al Progreso Social, Ciencia Tecnología, Medio Ambiente,



entre otros, lo cual indicaba que los nuevos cambios sociales demandaban también de incluir nuevos derechos.

Una constante en la racionalidad de los Derechos Humanos es que acompañan a las realidades sociales imperantes. Pero había que tener en cuenta que estas realidades sociales son dinámicas y varían con el tiempo y las circunstancias se proponen como derechos obligan y se ajustan como modelos a desarrollar bajo el consenso de los Estados firmantes.

Quizás el momento más novedoso lo ha constituido la modernidad donde aun manteniéndose un contexto social arrítmico y asimétrico en el desarrollo de los pueblos es el momento donde la ciencia y la tecnología han tenido el mayor crecimiento de su historia y por tanto han requerido de una revisión de las propuestas vigentes en materia de derecho y descubierto que su alcance no tiene las previsiones de los nuevos cambios.

Esto hizo que rápidamente se hablara de la necesidad de estructurar Derechos de cuarta y quinta generación debido a los cambios tan drásticos que habían sufrido los anteriores, reformulando los de la tercera con estas dos nuevas categorías. Para Javier Bustamante la cuarta generación involucra los relativos a las nuevas tecnologías, mientras Helio Gallardo habla de la quinta generación.

La carta de Derechos Humanos Emergentes emitida en Barcelona en 2004 se incluye en esta dinámica de reclamos de espacio desde la sociedad civil exigiendo que el fruto de los



movimientos sociales y de la dinámica de la modernidad se incluyan como reclamos convertidos en derecho. "Surge de las experiencias de los hechos de la sociedad civil y global"

2.2. La dignidad de la persona y la bioética.

En el panorama cultural actual, la concepción filosófica personalista en sus diferentes corrientes es la que mantiene el primado y la intangibilidad de la persona humana, considerada como valor supremo, punto de referencia, fin y no medio.

Dentro de las diversas posiciones, la que pensamos más fundamentada es la que remite la persona al ser: la persona humana "es digna" porque "es más". Sólo a partir de este fundamento es posible construir una bioética plenamente respetuosa con la dignidad última de la persona humana.

Esta dignidad es la que exige el máximo respeto y una efectiva tutela, en el terreno de la bioética, desde el momento de la concepción al de la muerte natural, y siempre que se muestre necesitada de ayuda.

Esta concepción responde más plenamente al propio ser del hombre, y explica mejor la relación existente entre dignidad de la persona y libertad, no como valores divergentes sino complementarios.

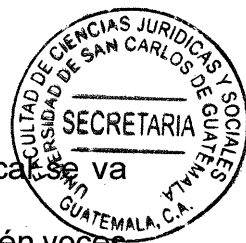
La cuestión principal y radical, a la hora de establecer una base sólida de las normas éticas para el desarrollo de la investigación científica y de los cuidados de la salud, es fundamentar y ahondar en el sentido de la dignidad humana. La dignidad del hombre se funda en que "es persona", en su ser personal: entendimiento y voluntad, autoconciencia de sí y autodeterminación de sí, actúa libre y consciente.

El término "persona", en la tradición clásica, apunta a una realidad sobresaliente, lo más sobresaliente que existe en el universo es el ser inteligente con entendimiento racional.

Por otra parte, la palabra "dignidad" significa también, fundamental y primariamente "preeminencia", "excelencia". "Digno es aquello por lo que algo destaca entre otros seres, debido al valor que le es propio. De aquí que hablar de la "dignidad de la persona" es una redundancia intencionada, para resaltar o subrayar la especial importancia de un cierto tipo de seres".

Por eso se ha reservado el nombre para el hombre. Digno es aquello que debe ser tratado con "respeto", es decir, con "miramiento", por su intrínseco valor. Hoy nadie se niega a reconocer que todo hombre es "persona". En la historia se ha discutido si la mujer o los negros, o los esclavos, eran personas. Se trataba de dilucidar o de confundir según los casos la igualdad o desigualdad radical entre todos los seres humanos.

Hoy, al menos, pocos se atreven a poner en duda la igual "superioridad" de que todos los humanos gozamos sobre los demás seres vivos. En la práctica, muchas veces se olvida,



o se niega incluso de modo tácito, pero obviamente la idea de "igualdad" radical se va imponiendo en todo el mundo, al menos en el plano teórico, aunque existen también voces discordantes en cuanto a la "superioridad" frente a los animales, como en las actuales teorías de Singer, con cierta difusión en Estados Unidos y sin embargo contestadas en Europa.

Las expresiones "dignidad humana", "dignidad personal", "derechos humanos", están siendo muy empleadas, pero en ocasiones sin una debida e intensa valoración del ser humano. En la práctica se niega la igualdad de derechos, lo cual equivale a negar la igualdad de "ser" o de "naturaleza" a los seres humanos no nacidos, o nacidos con alguna deficiencia notable, o a los enfermos que suponen una carga para la familia o la sociedad, a los deficientes mentales, etc.

A la vez, la investigación científica y médica, con ocasión de los más recientes adelantos en la investigación, como la manipulación genética o la fecundación "in vitro", por ejemplo, puede tender a considerar al ser humano, al paciente, como una "cosa", como un "objeto", como un medio o instrumento para el beneficio de la propia investigación científica, del progreso general de la humanidad o de la medicina, etc.

Las distintas concepciones antropológicas, que están en la base de los diferentes modos de fundamentar la bioética, deben proporcionar una protección adecuada de

La clasificación de la conducta criminal es fundamental para comprender y abordar adecuadamente los actos delictivos desde diversas perspectivas. Esta categorización no

solo facilita el análisis criminológico y jurídico, sino que también guía el tratamiento apropiado en términos legales.

Ese valor primordial de la dignidad humana. Es la pieza clave para poder también examinar los diferentes sistemas filosóficos y valorar sus resultados.

2.3. La libertad y la ética.

Antes hemos señalado que es manifestación de la libertad la indiferencia, también respecto a las normas éticas o al respeto de su propia dignidad o de la dignidad de los demás. Es cierta esa radical indiferencia, incluso respecto a lo que se le presenta como bien, incluso frente a sí misma.

Pero también señalábamos que si la libertad se establece como criterio ético absoluto acaba en negación de sí misma, autodestruyéndose. La libertad se refuerza precisamente en la actuación conforme a unas normas éticas dentro de los límites enriquecedores de la relación con otras libertades, con el respeto a la dignidad personal de los otros y la propia.

Se autodestruye la propia dignidad personal si se rechaza la dignidad de los demás. Es imposible quitar desde fuera la dignidad de una persona: la tiene por sí misma, aunque no se le reconozca o se pisotee; pero sí es posible destruir la propia dignidad desde la libertad personal.

Por esto, una libertad solitaria no funda la ética, toda ética surge desde la comunicación entre libertades. La moral no se agota en la creación del bien y del mal por parte de una libertad solitaria, pues la creación comporta diferencia de libertades y comunicación. Obrar moralmente es responder de un modo u otro a las diferencias de tal comunicación. El acto moral esto es, la determinación del bien y del mal es siempre "respuesta" dentro de una comunicación entre libertades.

La ética, por esto, no es un sometimiento del hombre a un plan necesario determinado de antemano, que subordinaría la libertad personal a la necesidad. El hombre es capaz de actuar éticamente sólo desde la libertad. El respeto a su propia dignidad como persona y a la dignidad de los demás, a las demás libertades, está en la base de la ética: se aceptan esas libertades no como enemigos contra los que luchar, sino como poderes creadores que deben ser defendidos.

"Respetar a otra libertad es declararla -crearla- buena. El respeto de la otra libertad implica un reconocimiento del valor de su poder creador"; En último término, la indiferencia misma de la libertad no puede ser considerada como un bien moral, puesto que es previa a toda diferencia de bien y mal. Antecede a toda ética. Es decir, caben dos éticas posibles: "una consiste en negar todo -incluida la diferencia entre el bien y el mal y refugiarse en la nada de la indiferencia (moral de liberación)..., y la otra consiste en afirmar la diferencia más allá de la diferencia principio-principiado: de ese modo puede afirmar otros poderes fuera de la unicidad del principio."⁸

⁸ Agustín Victoriano. **Bioética y derecho**. Pág. 55.

La primera, la ética de liberación desemboca en una ética del dominio, pues liberarse de los demás poderes sin dejarles influir en la propia libertad, no es posible sin dominarlos. Si la libertad es el principio; si consolidar la indiferencia de la libertad frente a los otros poderes es la meta moral buscada, entonces la libertad ha de convertirse en déspota solitaria de todo lo ajeno, pues ése es el único modo de lograr la indiferencia. Por el contrario, la segunda ética posible considera la indeterminación de la libertad sólo como inicio, como condición de moralidad, pero no como término: la unidad no se alcanza entonces negando toda diferencia, sino creando la unidad, buscando desde la libertad el bien.

Por esto, las normas éticas no obstaculizan o limitan el ejercicio de la propia libertad. Las relaciones que se establecen entre libertades, dentro de un actuar regido por normas éticas, es enriquecedor para la persona. Esa comunicación de libertades crea unas relaciones, en orden al bien común, sociales, de educación, aprendizaje, de creación de la ciencia, etc.; relaciones necesarias pero aceptadas libremente, enriquecedoras de la propia libertad.

La libertad hace referencia directa a un orden moral, a la responsabilidad de sus actos libres en la relación con las demás libertades, y por tanto, a unos deberes y a unos derechos, que yo mismo y los demás hemos de respetar. El respeto a la dignidad del hombre, por el hecho de ser persona y libre, es el fundamento de toda ética, de todo deber ser, y de todo reconocimiento jurídico de esos derechos y deberes de la persona.



Ahondando en el tema de la ética nos permite reconocer el ámbito y la razón por la cual la bioética debe pertenecer a todo ordenamiento jurídico ya que basándonos en lo anteriormente expuesto se hace evidente la necesidad de la incorporación de los principios de la ética en la sociedad actual tomando en cuenta los avances tecnológicos que han acaecido y los cuales cada día representan un reto no solo para la sociedad sino para la regulación legal.

CAPÍTULO III

3. La legislación guatemalteca.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar leyes vigentes y positivas que reflejan la importancia de la incorporación de la bioética a nuestro ordenamiento jurídico, dichos cuerpos legales se encuentran estrechamente ligados a los lineamientos que la bioética propone con el fin de salvaguardar la dignidad, el respeto, y sobre todo la importancia del ser humano de ser tratado como hombre y no como objeto de estudio o experimentación, siendo así que se deben señalar aquellas mas importantes las cuales son fundamentales en el estudio de la bioética como un posible cambio que nuestro país debe incorporar para la regulación de dichos principios fundamentales he inherentes del ser humano.

3.1. Constitución Política de la República de Guatemala.

La Constitución Política de la República de Guatemala es la ley suprema dentro de nuestro territorio, está en su preámbulo otorga a la persona una primacía como sujeto y fin del orden social, asimismo reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad.

En su capítulo único también expone que “el estado se organiza para proteger a la persona y a la familia siendo su fin supremo la realización del bien común”. Lo anteriormente

expuesto da la pauta inicial para la necesidad de regular la subrogación materna dentro de nuestro ordenamiento jurídico debido a que durante este proceso no vemos una familia común la cual procreara un hijo de ambos, sino que vemos la intervención de una tercera persona que crea una figura jurídica adicional a la cual no estamos familiarizados.

En el capítulo uno del mismo ordenamiento jurídico el estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona. Esta aseveración dentro de la Constitución Política de la Republica de Guatemala nos lleva a la búsqueda de la regulación necesaria para asegurar que estos principios se cumplan en su totalidad no solo para el feto sino para los padres de este.

3.2. Decreto Ley 106 Código Civil.

También cabe señalar que la familia no solo se encuentra regulada dentro de nuestra Constitución Política, también podemos encontrar dentro de otras legislaciones bases fundamentales que nos permiten llevar un lineamiento necesario sobre los derechos y obligaciones de esta. Asimismo, definiciones y preceptos que conteniéndose en nuestra legislación vigente y positiva nos abren los ojos a las lagunas legales que poseemos para la regulación y sobre todo para la resolución de un conflicto a futuro sobre este tema, a continuación encontraremos señalado contenido de nuestro código civil que restringe la aplicación de una ley más moderna y adecuada al avance tecnológico en cuestión, así como una legislación que asegure derechos de un producto de reproducción asistida

dentro de la familia a futuro que no será necesariamente su familia biológica o que solo compartirá material genético con uno de los progenitores.

En el Código Civil dentro de su libro uno y capítulo uno podemos encontrar que “la personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que esta por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad”. Dentro del código Civil podemos encontrar el inicio de la vida, como y cuando se considera según la ley guatemalteca.

Dentro del mismo ordenamiento jurídico en su capítulo tres podemos encontrar que la ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado y el civil, que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado. Esto nos hace evidente la necesidad de la inclusión de una figura que defina al feto nacido de una concepción donde no se comparte material genético de alguno de los padres ya que no es una adopción, pero no es un nacimiento de padres biológicos.

Para ahondar más en la definición del parentesco el mismo código civil nos da directrices que hacen posible la ubicación de las personas que nos rodean como parientes o no parientes, el parentesco de consanguinidad es aquel que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, el parentesco de afinidad es el vínculo de un conyugue con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos, el parentesco se gradúa por el número de generaciones; cada generación constituye un grado.

La serie de generaciones o grados procedentes de un ascendiente común forma línea, 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 otra, en línea recta, sea ascendente o descendente, hay tantos grados como generaciones, o sea tantos como personas, sin incluirse la del ascendiente común, en línea colateral los grados se encuentran igualmente por generaciones, subiendo desde la persona cuyo parentesco se requiere comprobar hasta el ascendiente común y bajando desde este hasta el otro pariente, el parentesco de afinidad se computa del mismo modo que el de consanguinidad, y concluye por la disolución del matrimonio.

Si realizamos un análisis de lo anteriormente expuesto podemos identificar que no existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico un parentesco que contenga substancialmente elementos que determinen que los padres de un feto fecundado y creado haciendo uso de un vientre de alquiler puedan poseer derechos sobre el mismo.

También cabe resaltar que en El Código Civil en su capítulo cuarto podemos encontrar la paternidad y filiación matrimonial, dentro de este nos señala acciones específicas que el padre puede tomar para al momento de existir una presunción de paternidad, por ejemplo, según el artículo 199. "El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque este sea declarado insubsistente, nulo o anulable".

Se presume concebido durante el matrimonio:

El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados;

El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Asimismo, en el artículo 200 se señala. "Contra la presunción del artículo anterior no se admiten otras pruebas que la prueba molecular genética del ácido desoxirribonucleico (ADN), así como de haber sido físicamente al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia".

El artículo antes mencionado le permite al hombre comprobar su paternidad por medio de el uso de la tecnología moderna, sin embargo en el caso de la mama que alquila un vientre y no utiliza su ovulo para la procreación de su hijo no se le señala manera de poder hacer esta prueba para comprobar la maternidad o relación consanguínea del feto.

3.3. Decreto Número 17-73 Código Penal.

Debemos tomar en cuenta que el alquiler de vientre debería ser un convenio, contrato o pacto en el cual también se debe tomar en cuenta la posibilidad de la pérdida del producto durante la gestación, sin embargo se sabe de antemano que la pérdida de un bebe o un aborto no solo puede ser algo natural, sino también un acto de voluntad de una de las partes por lo tanto es importante resaltar aquellos delitos que el Código Penal señala y

analizar de que manera se puede tipificar dentro de estos un aborto provocado por la madre que esta subrogando su vientre ya que esto violentaría el derecho de los padres que están pagando este alquiler de vientre y así mismo debería existir un requerimiento de cuidados que la madre que subroga su vientre debe tener dentro del término de gestación, para esto debemos analizar los siguientes artículos.

En su capítulo tres dedicado al aborto podemos encontrar el concepto de aborto como "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Asimismo, encontramos dentro de este ordenamiento jurídico os tipos de aborto dentro de los cuales se encuentra:

Aborto procurado. "La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo causare, será sancionada con prisión de uno a tres años. Si lo hiciere impulsada por motivos que, ligados íntimamente a su estado, le produzcan indudable alteración psíquica, la sanción será de seis meses a dos años de prisión".

"Aborto con o sin consentimiento. Quien, de propósito causare un aborto, será sancionado:

Con prisión de una a tres años, si la mujer lo consintiere.

Con prisión de tres a seis años, si obrare sin consentimiento de la mujer.

Si se hubiere empleado violencia, amenaza o engaño, la pena será de cuatro a ocho años de prisión".

“Aborto Calificado. Si a consecuencia del aborto consentido o de las maniobras abortivas consentidas, resultare la muerte de la mujer, el responsable será sancionado con prisión de tres a ocho años. Si se tratare de aborto o maniobras abortivas efectuadas sin consentimiento de la mujer y sobreviniere la muerte de esta, el responsable será sancionado con prisión de cuatro a doce años”.

“Aborto terapéutico. No es punible el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, previo diagnostico favorable de por lo menos otro médico, si se realizó sin la intención de procurar directamente la muerte del producto de la concepción y con el solo fin de evitar un peligro, debidamente establecido, para la vida de la madre, después de agotados todos los medios científicos y técnicos”.

“Aborto preterintencional. Quien, por actos de violencia ocasionare el aborto, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la ofendida, será sancionado con prisión de uno a tres años. Si los actos de violencia consistieren en lesiones a las que corresponda mayor sanción, se aplicara esta aumentada en una tercera parte”

“Tentativa y aborto culposo. La tentativa de la mujer para causar su propio aborto y el aborto culposo propio son impunes”.

“El aborto culposo verificado por otra persona será sancionado con prisión de una a tres años, siempre que tal persona tenga conocimiento previo del embarazo.”



Los delitos contenidos dentro de nuestro Código Penal y anteriormente mencionados no poseen un señalamiento específico si el aborto se da dentro de un proceso de alquiler o subrogación de vientre, sin embargo, debido al adelanto de la tecnología y dicha situación específica nuestro ordenamiento jurídico debe contemplar una posible modificación a dichos delitos teniendo especificaciones que permitan tipificar el aborto dentro del desarrollo de la gestación durante la subrogación materna

La regularización de la bioética se hace evidente al analizar los artículos antes expuestos ya que ninguno de ellos nos permite conocer lineamientos sobre una posible litis en este tema, adicionalmente en nuestro país ya se desarrollan estos procedimientos y hay centros de fertilidad y de reproducción humana asistida habiendo un vacío legal el cual a largo plazo puede afectar no solo a los padres biológicos, donadores de espermias o madres sustitutas, también llegara a afectar al producto de tal procedimiento de una manera directa he irreversible al no señalar en una legislación vigente y positiva derechos y obligaciones de todas las partes que intervienen en dicho proceso.

Atendiendo al principio penal de ser de ultima ratio no podemos descartar que dentro del desarrollo embrionario reconocemos la vida humana desde su concepción y eso conlleva también la penalización de la interrupción de la misma si esta fuese suscitado por un particular o la madre con la intención única de causar un tipo de agravio hacia los padres contratantes.

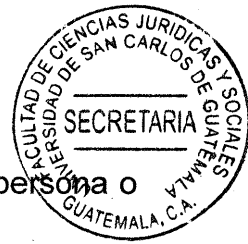
CAPÍTULO IV

4. La subrogación materna y sus tipos.

Desde un punto de vista tradicional y biológico, la maternidad se entiende como un estado exclusivamente femenino, es el resultado de un proceso físico entre un hombre y una mujer que desencadena un proceso biológico o adopción. Sin embargo, en la actualidad, el progreso científico y los avances en la tecnología de reproducción asistida han generado nuevas manifestaciones sociales de la maternidad y figuras jurídicas que la revelan un cambio en los estatutos comunes que definen este concepto.

Así que nombres como, madre de subrogación, madre sustituta, maternidad sustituida, embarazo por contrato, gestación subrogada y otros términos referentes a solicitudes que se hace a la mujer con el fin de concebir un hijo en su vientre, el cual será de quien lo solicite, mostrándose una realidad cada vez más común que representa una alternativa de solución para madres y/o padres de personas o parejas que no pueden concebir y/o tener un hijo debido a diferentes factores que pueden ser biológicos de ambos padres o de uno de ellos.

Esta posibilidad de fecundar un óvulo en un laboratorio y concebir un hijo en un vientre diferente al de la mujer que será legalmente la progenitora de dicho feto se debe dar a través de la tecnología reproductiva, este es un proceso complejo, no solo en el campo de la medicina, sino sobre todo en los campos de la bioética, el derecho y la sociedad.



Para algunas fuentes es la práctica por la que, con un previo acuerdo con otra persona o pareja, una mujer queda embarazada con un óvulo ajeno al suyo y da a luz a un bebé para esa otra persona o pareja, las cuales se convierten en padres del bebé. El óvulo utilizado para la gestación suele proceder de la madre intencional o de una donante de óvulos.

En la década de 1970, la subrogación marcó el comienzo de una nueva y controvertida forma de formar una familia gracias a la inseminación artificial. Uno de los precursores de esta nueva forma de formar una familia en Estados Unidos siendo el abogado Noel Keane. En Michigan, en 1976, un amigo de su hermana le cuestiona a Keane si podía hacer que una mujer recibiera por inseminación un espermatozoides de un hombre y concibiera un hijo para él y su propia esposa ya que que esta pareja no podía concebir. Keane colocó un anuncio en el periódico estudiantil y se puso en contacto con una mujer dispuesta a aceptar el arreglo. Fue entonces cuando Keane negoció y redactó el primer convenio formal entre una pareja casada en los Estados Unidos y una madre sustituta. Keane abrió una clínica y comenzó a trabajar en el negocio de la subrogación.

Uno de los casos más notorios fue el llamado "Baby M" en 1985, cuando los Stern contrataron a Mary Whitehead para concebirlos, utilizando el producto de la inseminación artificial del semen de Mr Stern. El contrato incorpora el compromiso de la madre de la portadora de no tener un vínculo madre-hijo con el bebé, así como la obligación de abortar si la amniocentesis revela anomalías en el feto. El precio ofrecido es en USD 10.000.



Cuando nació la bebé M el 27 de marzo de 1986, pero la madre portadora (que también era dueña del óvulo) se negó a dársela a los Stern, el Sr. Whitehead reconoce a la niña como su hija. La madre sustituta afirma que no puede deshacerse de su hija lo cual es comprobado por un informe psiquiátrico en el cual se establece que el consentimiento otorgado en la firma del contrato no se prestó con pleno conocimiento de las circunstancias y de las consecuencias derivadas del mismo. Asimismo, estudios de su personalidad establecieron la presencia de ciertas claves psicológicas que le habrían impedido entregar a su hija.

El juez de primera instancia de Nueva Jersey entregó la custodia de la niña a los Stern y encontró válido el contrato. La madre sustituta apeló el fallo, y la Corte Suprema del estado revocó posteriormente el fallo que anunciaba el contrato, aunque se reservó la tenencia a favor de los Stern, afirmando que podrían brindarle al bebé M un mejor hogar socioeconómico. Diez años después, el tribunal reconoce a Mary como madre biológica y le otorgó el derecho a visitar a la bebe.

En 1982, el Dr. Sacha Geller fundó CEFER (Centro de Investigación en Tecnologías Reproductivas) en Francia, una asociación destinada a conectar parejas infértiles con madres de alquiler. Así, en la ciudad de Montpellier en 1983, una mujer dio a luz a un hijo de su hermana gemela que sufría de infertilidad.

En el Reino Unido, en 1987, la Sra. Kim Cotton aceptó convertirse en madre sustituta utilizando la técnica de inseminación artificial utilizando el semen del marido de la futura



pareja. El acuerdo se alcanzó gracias a los esfuerzos de la agencia de la Asociación de Padres Subrogados, que recaudó 14.000 libras esterlinas. Un funcionario del Departamento de Servicios Sociales del gobierno apeló a la corte, que decidió mantener a la menor bajo custodia hospitalaria hasta emitido el fallo por el juzgado de menores. Posteriormente, el Alto Tribunal Civil de Londres dictaminó que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente proceso de adopción.

En Nueva Gales del Sur, Australia, ha habido casos en los que las madres sustitutas se negaron a entregar a sus hijos a las parejas previstas. Comprensión integral de los temas planteados, con un mínimo de introspección en los mismos.

Las consecuencias que vive una persona que es madre subrogada la podemos apreciar el de esta manera, transcribimos lo que dijo una madre que prestó su vientre en alquiler, al diario El País (España) el 6 de agosto de 1984: "Al principio era fácil percibirme como una persona idealista. Pero cuando noté sus primeros movimientos, pude sentir que estaba empezando a arrepentirme. A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para hijos y herederos. No quiero que mi hijo tenga que estar a la altura de esas expectativas, o que se sienta presionado a estar a la altura de los deseos y sueños de otras personas".

Como consecuencia de el caso anterior se aprueba una ley en el estado de Victoria que no les permite a los donantes de esperma u ovulo reclamar el estado de paternidad o maternidad respectivamente.



En 1994, una pareja japonesa a la que se le había negado la adopción debido a la edad y problemas de salud contrató el útero de una mujer estadounidense para llevar un embrión producto del óvulo de un donante y el esperma de el esposo de la familia. En particular, la legislación japonesa prohíbe la práctica, por lo que el esperma tuvo que ser trasladado desde Tokio a la ciudad de San Francisco en Estados Unidos, donde se fertilizaron 17 óvulos donados por un estudiante estadounidense y luego se trasplantaron a una mujer de 30 años. El costo de aplicar la técnica es de unos \$80.000.

La experiencia en Italia nos muestra un caso único en el que una mujer dio a luz a su hermano porque su madre no podía físicamente (por problemas de salud) hacer frente al embarazo y quería tener un hijo de su nueva pareja. Al respecto, la doctrina del país indica que, en principio, Su Código Civil establece que la maternidad requiere de un presupuesto de parto, y por tanto, la madre será quien lleve a cabo el embarazo. Sin embargo, algunos autores tienden a pensar que tal mujer que quiere un hijo (maternidad psicológica) y aquellos que enfatizan la relación más importante entre madre e hijo durante el embarazo son francamente opuestos, esta situación debe compararse con la madre subrogada. El conflicto prevalecerá debido a que las posturas son antagónicas y no existe manera de buscar una decisión salomónica a esta situación.

Más recientemente, el 17 de febrero de 2000, un juez del Tribunal Civil de Roma da la autorización a una pareja a utilizar los servicios de una madre sustituta. En este caso nos encontramos ante una mujer que no podía concebir a pesar de poder producir ovocitos debido a deformidades en sus genitales. Entonces, en 1995, la pareja recurrió a la

inseminación artificial y se dedicó a congelar embriones mientras esperaban encontrar una mujer para implantarlos; una amiga se ofreció como voluntaria para el puesto en 1999.

Pero, Durante este período, la Federación Italiana de Médicos aprobó un código moral que prohibía expresamente la "subrogación". Dadas las circunstancias, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió al juzgado para que se autorice la implantación de embriones en la madre de alquiler. El fallo confirma la petición, argumenta que se ha procedido a la intervención "Por amor, no por dinero" ya que los embriones fueron congelados durante cuatro años. Sin embargo, según la ley italiana, el niño será hijo de la persona que lo dio a luz, y la mujer seguirá sin reconocerlo y, por lo tanto, se hace posible a la madre no genética poder reconocer al bebé.

Dependiendo de la relación genética entre la madre gestante y el bebé podríamos decir que la subrogación materna se divide en dos tipos:

4.1. Subrogación gestacional.

Actualmente, la subrogación gestacional se da cuando el padre o la madre subrogada lleva un feto que consiste en espermatozoides y óvulos de los futuros padres o semen de donante u óvulos de donante, a través del proceso de fertilización in vitro para formar un embrión. Cual fuere el caso, con el tipo de subrogación gestacional, la madre gestacional no está relacionada de ninguna manera genéticamente con el bebé que está gestando. Hay varias razones por las que esta opción se está volviendo más común, la mayor de las cuales es

que existe una menor posibilidad de confusión o vacío legal para los futuros progenitores de un niño producto de una subrogación materna tradicional.

Asimismo, puede ser que la madre sustituta, los futuros progenitores o ambos se sientan cómodos con la necesidad de no confrontación sobre el lugar de la madre sustituta en la vida del bebé sustituto. Finalmente, cuando sea posible, la subrogación gestacional ofrece la oportunidad de que la futura madre quien finalmente será la madre legal de el bebe esté relacionada genéticamente con su hijo. La opción gestacional también puede ser la única opción para las familias que trabajan a través de una agencia de subrogación, ya que muchas agencias tienen políticas contra la subrogación tradicional.

4.2. Subrogación tradicional.

La subrogación tradicional era el único tipo de subrogación posible y se daba cuando la madre subrogada fertilizaba sus propios óvulos con espermatozoides de un donante o del futuro padre. En este tipo de gestación, la madre subrogada cede voluntariamente y con conocimiento anterior los derechos de paternidad a los futuros padres, sin embargo es la madre genética del producto que está gestando ya que comparte material genético con el. La subrogación tradicional suele ser la opción acertada para una familia cuando los futuros padres no tienen la posibilidad biológica de proporcionar un óvulo viable.

Los futuros progenitores que tratan de concebir con una madre subrogada de manera tradicional tienen la obligación de dejar muy en claro desde el inicio de la relación que tanto

la madre subrogada como los padres están en un acuerdo con las expectativas de la relación. Asimismo, es importante que todas las partes que intervengan posean profesionales que les acompañen en el auxilio legal y estos estén familiarizadas con las leyes estatales de ser necesario, ya que existen estados que no permiten la subrogación tradicional o no la reconocen, también los arreglos tradicionales de subrogación no son legalmente viables en todos los estados o países.

No existe respuesta que se considere correcta o incorrecta al cuestionamiento de que madre sustituta ya sea gestacional o tradicional es a decisión más acertada para cada familia en específico, pero no debemos olvidar que en Estados Unidos así como en otros países, las leyes específicas a la subrogación pueden cambiar entre estados y de un país a otro. Antes de dar comienzo una relación de subrogación es importante tener claro los derechos y obligaciones derivadas de este en cuanto a los involucrados en la relación.

4.3. Derecho comparado.

Las regulaciones varían ampliamente entre países. Los países europeos que prohíben explícitamente la subrogación son España, Francia, Italia, Alemania, Suiza y Suecia. Los países que proporcionan un marco legal para ello incluyen: Portugal, Grecia, Gran Bretaña, Bélgica y los Países Bajos, aunque hay pequeñas diferencias. Así, por ejemplo, en Bélgica se exige que sea de manera altruista, debe existir una relación biológica entre uno de los dos progenitores y debe haberse comprobado la imposibilidad de los progenitores de concebir con ninguna tecnología de reproducción asistida.

Asimismo, en los Países Bajos, donde los contratos económicos son nulos y sólo pueden ser altruistas, la madre de alquiler tiene la posibilidad de conservar al bebé, el material no puede ser proveído por la madre gestante, sino que debe ser proporcionado por el padre y la madre de intención, y debe ser aprobado por un comité nacional.

Francia ha estado muy activa en el debate, lanzando una campaña internacional en apoyo de la decisión del gobierno francés de legislar contra la concesión de la ciudadanía a los niños concebidos a través de esta técnica para desalentar la práctica de los ciudadanos franceses.

Canadá:

En Canadá, se encuentra dentro del marco legal, está regulado y controlado por el Ministerio de Salud. La ley no hace distinción entre parejas heterosexuales, como tampoco para parejas homosexuales, lesbianas, hombres y mujeres. Asimismo, se puede acceder sin aportar ninguna carga genética, tampoco de quien provenga la misma.

La filiación se obtuvo a través de una decisión judicial a favor de los padres de intención, lo que les permitió adquirir directamente la ciudadanía española y canadiense, adquiriendo así también los derechos de todas las partes involucradas. Las mujeres embarazadas en Canadá no reciben ninguna compensación económica porque eso significa beneficios por tener un hijo. Esta forma de subrogación se conoce como "subrogación altruista". Según la Ley de Reproducción Humana Asistida de Canadá, aprobada en 2004, a las mujeres embarazadas solo se les reembolsan los gastos incurridos previa presentación de una

factura a una agencia especializada y se limitan a una lista de bienes y servicios (medicamentos, procedimientos médicos, transporte a clínicas).

Colombia:

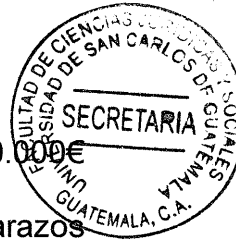
Si bien en Colombia no es una actividad regulada desde el punto de vista legal, una sentencia de la Corte Constitucional (Ley T-968 de 2009) la reconoció como una práctica legal. Todo ello está respaldado por el artículo 42 de la Constitución, que habla de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y el artículo 1602 del Código Civil, que tipifica los contratos como ley de las partes. En este sentido, la subrogación uterina sería un contrato celebrado legalmente de común acuerdo.

Cuba:

A fines de septiembre de 2022, Cuba legalizó la práctica en un referéndum con el 66,87 % de la población a favor del proyecto de ley, con la condición de que no se logre ningún pago, regalo u otro beneficio. La subrogación fue excluida de manera destacada en las consultas populares que precedieron al desarrollo del código.

Estados Unidos:

En los Estados Unidos, este procedimiento está avalado en algunos estados y restringido en otros. Los estados donde se considera legal el tipo de contrato son Florida, California, Illinois, Arkansas, Massachusetts, Nebraska, Nevada y Maryland, mientras que otros estados como Arizona, Michigan, District of Columbia, Arkansas Bama, Delaware, Indiana, Iowa, Kansas, Louisiana , Dakota del Norte, Nueva Jersey, Washington o Nueva York están



prohibidos. En los estados donde la práctica es legal, un bebé puede costar entre 120.000€ y 160.000€, siendo necesario un presupuesto mínimo de 200.000€ para embarazos gemelares.

Las primeras repercusiones públicas de esta práctica se produjeron en 1986 en el caso "Baby M". El caso surgió de un acuerdo entre dos residentes de Nueva Jersey, William Stern (esposo de Bessie Stern) y Mary Beth Whitehead, quienes acordaron usar el semen de William Stern (provisto para su óvulo) concebido y asignó sus derechos de paternidad a Bessie Stern. Sin embargo, una vez que nació el bebé, Mary Beth Whitehead decide conservar a su bebé y esconderse, los Stern la llevaron a juicio. En última instancia, la Corte Suprema de Nueva Jersey declaró inválido el acuerdo, y la subsiguiente asignación de los derechos de paternidad de Mary Beth Whitehead a Bessie Stern, por lo que los padres del bebé fueron William Stern y Mary Beth Whitehead. Sin embargo, la Corte Suprema remitió el tema de la custodia a los tribunales inferiores, que decidieron, en el mejor interés del menor, que decidió otorgar la custodia a la pareja casada.

Debido a dicha situación, algunos estados como Washington DC, ya existen leyes que contemplan y regulan dicha práctica, asimismo en California se cuenta con jurisprudencia desarrollada la cual fue establecida entre 1993 y 2013 y dentro de ella existen lineamientos para esta práctica.

La legislación varía de un estado a otro y hay cuatro situaciones posibles: un estado donde la ley lo permite, un estado donde está permitido, pero con ciertas restricciones, un estado



donde ninguna ley lo permite o lo prohíbe, un estado donde la ley lo prohíbe y es castigado. Los aspectos legales varían dentro de los estados donde se puede hacer cumplir. Hay órdenes pre-nacimiento y órdenes post-nacimiento, y en estados con órdenes pre-nacimiento, la existencia de órdenes post-nacimiento no es necesaria, pero, aun así, a veces existe por ratificación. Si no hay una orden pre-nacimiento, es absolutamente necesario tener una orden post-nacimiento para que el bebé sea reconocido como hijo de los futuros padres. La elección de una mujer embarazada debe tener dos direcciones, una es que la mujer embarazada tiene que elegir una familia, y la otra es que la familia tiene que aceptarla.

India:

En 2005, el Gobierno de India aprobó el borrador de Directrices Nacionales para la Acreditación, Vigilancia y Regulación de Clínicas de 2002. En 2013, se prohibió la gestación subrogada para parejas del mismo sexo y familias monoparentales. En 2015, el gobierno prohibió el pago a mujeres portadoras de embriones de terceros.

En 2016, la Lok Sabha, la cámara baja del parlamento indio, propuso y aprobó un proyecto de ley de subrogación, proponiendo que solo las parejas indias heterosexuales que hayan estado casadas durante al menos 5 años y tengan problemas de infertilidad obtengan subrogación no remunerada. Sin embargo, el proyecto de ley caducó debido a la suspensión indefinida de la sesión parlamentaria. El proyecto de ley fue presentado nuevamente y aprobado por Lok Sabha en 2019, pero necesita la aprobación de Rajya

Sabha, la cámara alta del parlamento de la India, y el asentimiento del presidente antes de convertirse en ley.

México:

En México esta practica esta permitida para familias monoparentales, heterosexuales he incluso extranjeros Esto deriva de la resolución de la Corte de Justicia de la nación.

En México, el 27 de enero de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) publicó el Documento de Jurisprudencia 08/2017, el cual pasó a ser de presentación obligatoria a partir del 30 de enero del mismo año. Aquí, la SCJN establece que "la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita a la vida conyugal, sino que se extiende al nacimiento y crianza de los niños y niñas a elección de los padres.

Reino Unido:

La subrogación en el Reino Unido está regulada por la Ley de Acuerdos de Subrogación de 198539 y la Ley de Embriología y Fertilización Humana de 1990. La subrogación comercial, incluida la intermediación, está prohibida por ley. Un acuerdo de subrogación no se puede hacer cumplir legalmente, por lo que el sustituto retiene los derechos reproductivos del niño, ya sea que se firme el acuerdo o no.

Con el consentimiento de la madre sustituta, la filiación del niño puede transferirse mediante una orden parental o una orden de adopción. Algunas de las condiciones para obtener una orden de paternidad son:



Los solicitantes deben estar casados, en una unión civil o en convivencia (incluyendo parejas del mismo sexo). Las personas solteras no pueden solicitarla.

El embarazo no puede haberse producido mediante contacto sexual.

El niño debe vivir con los padres intencionales desde el nacimiento de este.

En el momento de la solicitud de transferencia al menos uno de los padres intencionales debe estar domiciliado en el Reino Unido.

Los solicitantes deben tener al menos una conexión genética parcial con el niño.

La solicitud debe realizarse durante los 6 meses que siguen al nacimiento del niño.

La gestante no puede dar su consentimiento a la transferencia hasta al menos 6 semanas después del nacimiento.

Se debe demostrar que no ha habido ningún intercambio de dinero o beneficio que se salga de los gastos razonables del proceso

Rusia:

La gestación subrogada, incluida la comercial, es legal en Rusia y está disponible para casi cualquier adulto que quiera ser padre. Incluye parejas heterosexuales casadas, no

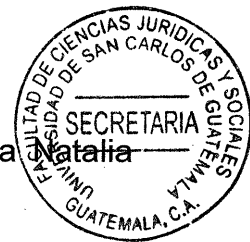


casadas, solteras y solteros. Existen ciertas indicaciones médicas para la gestación subrogada: ausencia de útero, deformidad del útero o del cuello uterino, adherencias uterinas, dolencias físicas que contraindiquen el embarazo, intentos repetidos de FIV fallidos cuando se produjeron embriones de alta calidad, pero una vez implantados, el embarazo no materializar.

En Rusia, el primer programa de subrogación se lanzó en 1995 en el Centro de FIV adjunto al Instituto de Obstetricia y Ginecología de San Petersburgo. En general, los rusos dan la bienvenida a la gestación subrogada: un caso reciente de una famosa cantante y una famosa mujer de negocios viendo públicamente a mujeres embarazadas fue bien recibido por los medios de comunicación.

El registro de los niños nacidos mediante subrogación se rige por el Código de Familia de Rusia (artículos 51 y 52) y el Código de Ciudadanía (artículo 16). Las mujeres embarazadas deben dar su consentimiento para el registro del recién nacido. No se requieren resoluciones judiciales ni procedimientos para este fin. El nombre de la madre sustituta nunca aparece en el certificado de nacimiento. No es obligatorio que el niño esté vinculado genéticamente con al menos uno de los padres previstos.

Un niño nacido de una gestante encomendada a una gestante por una sola persona soltera o una pareja heterosexual se registra según una analogía legal (artículo 5 del Código de Familia), que puede requerir una decisión judicial. El 5 de agosto de 2009, un tribunal de San Petersburgo finalmente resolvió una disputa sobre si las mujeres solteras podían



recurrir a la gestación subrogada, lo que obligó al Registro Civil a registrar a Natalia Gorskaya, de 35 años, como la madre de su "hijo probeta".

Un tribunal de Moscú dictaminó el 4 de agosto de 2010 que un hombre soltero que se inscribiera en un programa de subrogación por donación de óvulos podía registrarse como el padre del niño, lo que lo convirtió en la primera persona en Rusia en defenderlo ante un tribunal. un padre. La maternidad del niño no aparece en el certificado de nacimiento y el padre está registrado como su único padre. Más tarde, varios tribunales rusos fallaron en el mismo sentido, confirmando así que una persona sin pareja, independientemente de su género u orientación social, tiene el derecho a ser padre o madre en Rusia a través de la gestación subrogada, por ejemplo en casos de soltero. El padre de un vecino de San Petersburgo que se cree que es el único padre de mellizos que nació por subrogación.

La legislación convierte a Rusia en un país objetivo para quienes viajan a otro país en busca de tecnología no disponible en sus respectivos países. Los futuros padres viajan a Rusia cuando tienen la edad suficiente para donar óvulos o buscar la subrogación. En Rusia, los extranjeros tienen los mismos derechos de reproducción subrogada como los rusos. En un lapso dentro de los tres días posteriores al nacimiento, las parejas interesadas recibirán un certificado de nacimiento ruso en el que figuran tanto el padre como la madre. Ucrania.

La subrogación, incluida la subrogación comercial, es totalmente legal en Ucrania. El nuevo Código de Familia de Ucrania (artículo 123, párrafo 2) establece que si un embrión

producido por un cónyuge se transfiere a otra mujer, el cónyuge se convierte en padre del niño, incluso en los programas de subrogación. El punto 3 del artículo establece que los cónyuges pueden utilizar los ovocitos donados para la fecundación in vitro. En todo caso, se supone que el embrión procede del cónyuge. De esta forma, luego de aceptar la aplicación de tecnología de reproducción asistida, el cónyuge ejercerá la patria potestad sobre el hijo nacido a través de dicha tecnología sin restricción alguna. El aspecto médico del problema está regulado por la Orden del Ministerio de Salud de Ucrania No. 771 del 23 de diciembre de 2008.

En 2013, con la promulgación de una nueva ley, la Resolución n.º 771 del Ministerio de Salud de Ucrania perdió su vigencia. La subrogación y la donación de óvulos en Ucrania actualmente se encuentran reguladas por la Resolución del Ministerio de Salud de Ucrania No. 787

Después del nacimiento, a la pareja se le emitió un certificado de nacimiento ucraniano que los identificaba como padre y madre. La relación genética incompleta con el recién nacido no importa si se recurre a la donación. Si solo está relacionado por sangre con el padre de intención, la madre sustituta debe renunciar al nacimiento con el fin de que la madre de intención adopte al bebé.

Si ninguno de los padres puede proporcionar un gameto, la subrogación no puede llevarse a cabo porque debe estar genéticamente vinculada al menos a un cónyuge (generalmente

el padre). Asimismo, también estarían prohibidas las parejas del mismo sexo y las madres o padres solteros.

España:

En España, en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Tecnologías de Reproducción Humana Asistida, la ley deja sin efecto el contrato de gestación subrogada para que la filiación corresponda a la de los padres biológicos. En España, sin embargo, se puede conceder la paternidad a favor de un hijo nacido por gestación subrogada si la Directiva de la Dirección General del Registro y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre el sistema de inscripción de la filiación de las personas nacidas por gestación subrogada, este contiene una serie de requisitos necesarios para los padres sustitutos.

En España empezó con los llamados casos cero en 2009, cuando cobró relevancia por la generalización de su práctica, al dejar de ser un procedimiento reproductivo oculto, en ocasiones incluso a la propia familia.

Dos sentencias del 26 de junio de 2014 del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo solicitan al Ministerio de Justicia que ordene al consulado español que reinscriba en el registro civil a los bebés nacidos por gestación subrogada en el extranjero tras una sentencia del Tribunal Supremo en febrero. Ese mismo año, los bebés nacidos con esta técnica no podían ser registrados como españoles porque la práctica es ilegal en España. El mismo tribunal fue un paso más allá el 20 de octubre de 2016, al dictar sentencia para reconocer la igualdad de derechos laborales a los padres de hijos nacidos en el extranjero

mediante la tecnología de la gestación subrogada, reconociendo por primera vez el derecho a recibir prestaciones de maternidad de la seguridad social.

El 19 de mayo de 2017, el Consejo de Bioética de España publicó un informe sobre los aspectos éticos y legales de la gestación subrogada, en el que se concluía que la práctica era rechazada por motivos éticos y el Tribunal Supremo se pronunciaba sobre la inscripción de los bebés nacidos mediante esta práctica, a pesar de ignorar otras posteriores sentencias en contrario del mismo tribunal. Como señaló el profesor. de Verda, el informe es claramente partidario de mantener la nulidad del contrato de gestación a través de la sustitución establecida en el art. el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, entendiendo que los citados contratos son contrarios a la dignidad de la mujer y al interés superior del niño. Como tal, dijo, “viola la dignidad de una mujer al hacer de su cuerpo, durante nueve meses, una mera herramienta para la gratificación de los deseos de otra persona.

En cualquier caso, esto es cierto para las madres sustitutas comerciales, pero (para la mayoría de este comité) también para las madres altruistas. En ambos sentidos, el momento posterior al parto desencadena la ruptura de la relación más fuerte conocida dentro de los humanos, la cual es el vínculo que une a la madre y al bebe, porque se basa tanto en la voluntad como en el cuerpo. Asimismo, va en contra del interés superior del niño, ya que extingue el vínculo materno después del parto y pone al niño en riesgo muchas veces grave de cosificación”.

Pero, también, llama la atención del Estado sobre la necesidad de intervención para garantizar que "Un contrato de subrogación es nulo independientemente de donde se

celebre". Condena "aprovecharse de la laxitud de las leyes de algunos países en los que los ciudadanos españoles celebran este tipo de contratos en el extranjero y luego pretenden inscribir la paternidad de los hijos así obtenidos en el Registro Civil español", señalando que "este tipo de contrato e inscripción es incompatible con La opinión de la Corte Suprema es contradictoria, y la Corte Suprema se pronunció al respecto en 2014 y 2015, declarándola nula, así como las demás consecuencias que de ella se derivan". En vista de ello, recomienda a España que promueva en la comunidad internacional medidas encaminadas a una prohibición general de la gestación subrogada, así como reformas legales para que "la nulidad de estos contratos se aplique también a los contratos celebrados en el extranjero, con referencia específica a las "sanciones por participar en tales Posibilidades de las instituciones para esta actividad".

Grecia:

En 2002, Grecia permite la introducción de la Ley 3089/2002 sobre Reproducción Humana Médicamente Asistida, incorporando reglas específicas que permiten la subrogación, dotándola de un marco legal y regulando la transferencia de filiación.

La ley griega únicamente regula la técnica si no existe un vínculo genético entre la mujer embarazada y el embrión. Además, solo debe ser utilizado por mujeres en las que se haya determinado médicamente que es poco probable que queden embarazadas. Asimismo, las dos partes femeninas involucradas deben ser residentes de Grecia.

En 2014, Grecia abrió nuevos caminos en su legislación de reproducción asistida al abolir la obligación de residir permanentemente en el país para mujeres embarazadas y parejas con problemas de fertilidad.

Portugal:

En Portugal, desde 2014 se encuentra en estudio un proyecto de ley que culminó con la aprobación del Decreto 27/XIII el 13 de mayo de 2016 con el apoyo del Bloco de Esquerda. Sin embargo, el presidente Marcelo Rebelo de Sousa vetó el proyecto de ley el 7 de junio de 2016, alegando que no brindaba las garantías adecuadas para los bebés o las madres subrogadas, y finalmente fue promulgado el 30 de julio de 2016. Se han establecido normas y se ha establecido la subrogación desinteresada para las mujeres subrogadas. Las que no tienen útero o han demostrado ser incapaces de concebir.

El 1 de agosto de 2017 entró en vigor la Ley N° 25/2016, de 22 de agosto, por la que se regula la maternidad subrogada o gestación subrogada para mujeres que no pueden concebir por ausencia de útero, determinadas lesiones o enfermedades de este órgano, o cuando "la situación clínica lo justifique". La normativa aparta a los homosexuales, que no tendrían acceso a dicho tratamiento. La ley fue declarada inconstitucional en 2018 pero fue aprobada en 2021 luego de agregar el derecho al arrepentimiento de las mujeres embarazadas. Con votos para Socialistas, Bloque de Izquierda (BE), PAN Animalistas, Liberales, Verdes y Diputada Independiente Joacine Katar Moreira.

4.4. Aspectos legales donde se propone la incorporación de la bioética durante la subrogación materna en la legislación guatemalteca.

Existen diferentes áreas en las que la bioética debería tener una inferencia directa, sin embargo nos limitaremos a presentar aquellas que son específicas para este proceso durante la subrogación de la madre debido a que hemos delimitado dicha situación como eje fundamental de esta investigación con el fin de priorizar a la familia y el desarrollo de la misma dentro de este proceso ya que es el eje central y fundamental de la sociedad.

Aspecto Notarial: Teniendo el conocimiento previo de la bioética como el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y de la salud, examinadas a la luz de los valores y de los principios morales podemos deducir que el ámbito notarial es el primero en el que se podría proponer un ajuste en cuanto a la necesidad de crear contratos que contengan cláusulas específicas para las personas que donan sus gametos para una futura reproducción asistida, tanto espermatozoides como óvulos pueden ser donados y esto crea una relación genética directa con una persona ajena a la relación familiar que se desea crear a futuro.

Como resultado de la investigación previamente hecha se señalan a continuación los aspectos propuestos a tomar en cuenta en la redacción de un posible contrato de donación de gametos:

¿Qué es la donación de gametos? En términos generales se considera la donación de gametos como la donación de semen para la extracción de espermatozoides o la donación de óvulos es un acto altruista, secreto y anónimo, con compensación económica las donaciones podrán destinarse a tecnologías de reproducción asistida que se realizarán a mujeres que lo necesiten, siempre que sean científica y clínicamente factibles así como previamente indicado por un profesional de la salud.

¿Cuál es su finalidad? Permitir el tratamiento de parejas en las que el varón o la mujer tenga algún problema hormonal, algún defecto genético, problemas de salud, obesidad que hacen imposible la reproducción natural, o de mujeres sin pareja masculina que desean una gestación.

Requisitos generales:

Para ser donante de semen. Los donantes deben tener al menos 18 años (no más de 50 años), gozar de buena salud física y mental y tener plena capacidad. Su estado psicofísico debe cumplir con los siguientes requisitos:

Protocolos de estudio obligatorios para los donantes, incluyendo sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias. Acreditar, razonablemente y de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos disponibles al momento de su realización, que no padecen enfermedad hereditaria o infecciosa transmisible a su descendencia.



Para ser donante de óvulos. Los donantes deben tener al menos 18 años y no ser mayores de 35, gozar de buena salud física y mental y tener plena capacidad. Su estado psicofísico debe cumplir con los siguientes requisitos:

Tener una función ovulatoria normal, No padecer malformaciones, infecciones y/o enfermedades genéticas hereditarias, no ser adoptada, ya que es imprescindible conocer los antecedentes médicos de los familiares cercanos, no haber dado a luz a más de 6 hijos.

Procedimiento: En ambos casos los procedimientos serán completamente diferentes, pero se sugiere deben ser detallados, para este efecto se han tomado dos ejemplos de contratos vigentes en distintos países. En el caso de la donación de semen para la extracción de espermatozoides o material genético, la muestra debe obtenerse por masturbación y se recoge en un recipiente estéril, tras 3-5 días de abstinencia sexual y en condiciones de asepsia.

En el caso de la donación de óvulos existen dos tipos de procedimientos posibles a utilizar:

Estimulación ovárica: La estimulación ovárica consiste en la administración de medicación hormonal con el objetivo de provocar un desarrollo folicular múltiple en los ovarios de la donante. En otras palabras, los ovarios serán capaces de producir y madurar varios folículos ováricos a la vez y, por tanto, será posible conseguir un número elevado de óvulos en la punción.

Para ello, la donante deberá administrarse la medicación hormonal diariamente a través de unas inyecciones suministradas por la clínica y siguiendo las pautas marcadas por el ginecólogo.

Cada protocolo de estimulación es diferente en función de cada mujer. En general, la estimulación ovárica suele durar unos 8-10 días aproximadamente. Durante este tiempo, la donante deberá acudir a la clínica cada dos días más o menos para hacer las revisiones de la estimulación. El ginecólogo comprobará cómo va el crecimiento de los folículos y determinará cuál es el mejor día para hacer la extracción de los óvulos.

Punción folicular. La punción ovárica o folicular es una intervención quirúrgica muy sencilla para poder extraer los óvulos de la donante. Se realiza bajo anestesia y tiene una duración aproximada de 30 minutos.

Durante la intervención, el ginecólogo irá cuidadosamente pinchando los folículos y aspirando el líquido de su interior, donde se encuentran los óvulos maduros. A continuación, la mujer estará un tiempo en reposo en la sala de recuperación, pero no es necesario el ingreso hospitalario. Por tanto, la donante de óvulos podrá irse a casa ese mismo día, unas horas después de la punción, y seguir su rutina habitual. Aproximadamente unas dos semanas después de la donación de óvulos, la mujer volverá a tener la menstruación, lo cual marcará el final del ciclo de donación y el inicio de un nuevo.



Compensación económica. En ninguno de los casos es necesaria una compensación económica debido a que previamente se ha hecho énfasis en que es un acto voluntario y altruista, sin embargo sin alteración a las condiciones altruistas y sin ánimo de lucro de la donación de gametos, los donantes serán, en su caso, estrictamente indemnizados por las molestias físicas, gastos de viaje y mano de obra que puedan derivarse de la donación, sin que dicha compensación sea necesariamente un incentivo económico o pago por servicios prestados.

Finalizada la redacción de conocimientos esenciales para la donación de gametos se propone aunar al contrato cláusulas compromisorias a no buscar ninguna manera de tener contacto con los bebés que pudiesen ser el resultado del uso de dichos gametos así como una posible sanción económica, también el derecho de poner a disposición de las autoridades a las personas que incumplieren con esta cláusula contractual.

Asimismo, debemos presentar las cláusulas principales propuestas para un contrato de subrogación materna o alquiler de vientre. El contrato se firmará ante notario en escritura pública y deberá contener ciertos puntos básicos y necesarios además de los datos generales de las partes y las especificaciones del contrato a celebrar. La forma final del contrato depende tanto del notario que lo redacte como de las condiciones de las partes. Dentro de las consideraciones a tomar en cuenta se pueden enumerar las siguientes:



Si el contrato fuese a darse de manera onerosa se describirá la cantidad de pago y la forma, tiempo y lugar de este, de no ser así se debe colocar dentro del contrato que el alquiler de vientre será de forma gratuita.

En el caso que la madre de alquiler necesitare un aborto terapéutico se debe determinar que esta decisión será tomada por todas las partes involucradas así como la terminación del contrato existiendo o no algún resarcimiento económico de parte de la madre gestante. El pago de costas medicas total quedara cubierto por la pareja contratante así como cualquier gasto emergente que sean necesarios para asegurar la salud de la madre que subroga el vientre y del futuro bebe.

La aceptación y anuencia de la madre sustituta a la realización de todos los procedimientos médicos necesarios para la culminación exitosa de todas las etapas de la subrogación materna, asi como el compromiso de no ingerir sustancias nocivas que pudiesen perjudicar al embrión, y el cambio de hábitos que pudiesen poner en riesgo al mismo.

La entrega delo bebe al momento del parto a sus padres y el acuerdo de la proporción de leche materna en caso fuere necesario y si todas las partes estuvieren de acuerdo por un periodo no mayor a 8 meses ni menor a 6.

Aspecto civil y penal: Tomando en cuenta los antecedentes presentados y el impacto que la Bioética durante la subrogación materna tiene en el mundo debemos ajustar nuestro ordenamiento interno a estas prácticas que ya están siendo ofrecidas como servicio en

nuestro país, sin embargo podríamos catalogarlas como prácticas “clandestinas” debido a la falta de regulación sobre la misma, asimismo el estado no ofrece ningún respaldo que asegure a los ciudadanos que estos centros de fertilidad tengan los requisitos necesarios tanto médicos como psicológicos para brindar la asistencia optima a todas las partes que intervienen en este proceso.

El Estado de Guatemala debe implementar leyes específicas en esta materia y posicionarse para proteger a los ciudadanos guatemaltecos y brindarles lineamientos dentro de los cuales puedan actuar, así el principio constitucional el cual nos da a entender que se puede realizar todo aquello que la ley no prohíba quedaría controlado y limitado por la ley, esta es la razón por la que la gestación subrogada se ha convertido en una mala práctica con lamentables consecuencias negativas.

Por lo tanto, se debe velar por la creación de procedimientos que cumplan con la bioética durante la subrogación materna y deben ser incorporados al ordenamiento jurídico de manera oportuna actualizado el Código Civil, que permita concretar en el ámbito jurídico, y sobre todo, que genere intereses comunes, no una inquietud popular y, peor aún, su ostracismo por no estar gobernada.

En Guatemala, los procedimientos de esta naturaleza se han llevado a cabo en secreto durante muchos años, y si bien es cierto que algunos han traído mucha alegría a muchas familias, es claro que esto se hace al margen de la ley, y en otros casos se ha convertido en una empresa verdaderamente desafortunada, lo que demuestra que la falta de

regulación de la misma ha causado que el embrión se vea como un producto meramente comercial convirtiendo a la madre sustituta en un instrumento de lucro.

Los legisladores deben prestar especial atención al aspecto de la paternidad al formular las leyes para la ubicación de la agencia de gestación subrogada, Porque se debe establecer que la relación paterno-filial, padre-hijo y materna se establecerá entre la pareja usuaria y el menor nacido por gestación subrogada, y este último no tiene relación con la madre que alquila el vientre y lo acoge, esto evitara posibles derechos a futuro que la madre subrogada crea tener sobre el menor.

Dentro del ámbito penal es necesario poseer una perspectiva mas amplia sobre la posibilidad de la creación de una figura delictiva o la modificación de una existente que permita la incorporación de la madre sustituta como portadora de la responsabilidad de una vida en su vientre la cual si bien esta gestando no podrá tratar como su hijo debido a la responsabilidad contractual existente.

Asimismo, debemos señalar una pena en la cual puede incurrir esta madre sustituta al momento de la práctica de un aborto que no necesariamente sea terapéutico ya que el control de la vida del futuro bebe lo tendrá la mama sustituta.

Por último, se debe señalar el método de resolución de conflictos. Cualquier disputa que surja de la gestación subrogada debe resolverse mediante negociación entre las partes. Si la negociación fracasa, lo mejor es llevar a cabo un juicio y las partes en dicho caso estarán sujetas a la decisión del juez. En este caso, el juez debe ser competente en la rama de

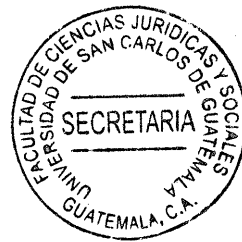
familia, lo que debe tener en cuenta la intención original y el deseo inicial del acuerdo, las cuales se combinan con condiciones específicas como la contribución genética y la declaración de voluntad de las partes.

Si el conflicto fuera en el ámbito penal todas las partes están sujetas a la decisión de un juez por lo cual deben conocer aquellos motivos por los cuales se pudiese presentar una litis durante este proceso, nuestro ordenamiento no puede permitir que la madre sustituta o los padres contratantes puedan tomar acciones unos en contra de otros de manera dolosa por el simple hecho de que esta figura no se encuentra regulada, asimismo el estado debe garantizar también la seguridad del bebe mediante medidas de coerción que puedan obligar a la madre a llevar los cuidados necesarios y de existir negligencia de su parte para el cuidado del embrión durante la gestación esta sea sancionada de acuerdo a una ley específica que permita la tipificación del delito cometido.

En todos los casos, el estado debe velar por el interés del niño como consecuencia de las referidas prácticas y protegerlo en toda circunstancia o conflicto, en la citada ley debe pasar a esbozar la forma en que los jueces de cada rama debe resolver para no vulnerar su independencia judicial y su libertad para condenar, se debe tener en cuenta la validez del negocio legítimo, el consentimiento prestado, las intenciones de los padres y lo más importante la fiel ejecución del contrato, respetando el principio de buena fe por ambas partes, esto será para los jueces una tarea titánica, pero pueden y deben contar con la ayuda de expertos, no solo en bioética, genética y ciencias médicas, sino también expertos,



ya sean psiquiatras o psicólogos y ante todo tomara estrictamente como base los principios de protección de la vida humana, la familia, el bien común y los bienes jurídicos tutelados.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Se hace evidente la necesidad de establecer regulaciones claras y específicas en la legislación guatemalteca que aborden todos los aspectos éticos relacionados con la subrogación gestacional. Esto incluye la protección de los derechos y la dignidad de las gestantes subrogadas, así como los derechos y el bienestar de los niños nacidos a través de la subrogación. La importancia del consentimiento informado en la subrogación gestacional no puede ser subestimada. La legislación debería garantizar que las gestantes subrogadas comprendan plenamente los riesgos, implicaciones y responsabilidades involucradas en el proceso, y que tomen decisiones de manera autónoma y con conocimiento de causa.

Cualquier legislación relacionada con la subrogación gestacional debe poner un fuerte énfasis en proteger el bienestar de los niños nacidos a través de este proceso. Esto implica garantizar que sus derechos y necesidades sean atendidos, tanto durante el proceso de gestación como después del nacimiento.

Finalmente la regulación de la subrogación gestacional debe lograr un equilibrio delicado entre proteger los derechos y el bienestar de todas las partes involucradas y respetar la libertad reproductiva de los individuos. Es fundamental encontrar un enfoque que garantice la seguridad y la ética sin imponer barreras injustificadas a aquellos que desean recurrir a la subrogación gestacional de manera responsable y ética.





BIBLIOGRAFÍA

ALONSO BEDATE, Carlos, coordinador; MAYOR, Federico, coordinador. **Genética.** Barcelona, España, Ariel, 2003,

BALLESTEROS, Jesús (Ed.); APARISI MIRALLES, Ángela. **La humanidad in vitro.** Granada, España, Comares, 2002,

BARRA, Rodolfo Carlos. **La protección constitucional del derecho a la vida.** Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1996,

BLANCO, Luis Guillermo; ANDORNO, Roberto. **Bioética y bioderecho: Cuestiones actuales.** Buenos Aires, Argentina, Universidad, 2002

BUSTOS PUECHE, José Enrique. **El derecho civil ante el reto de la nueva genética.** Madrid, España, Dykinson, 1996

Legislación:

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

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

Código Civil de Guatemala Decreto Ley Número 106 del Congreso de la Republica de Guatemala. 1963.