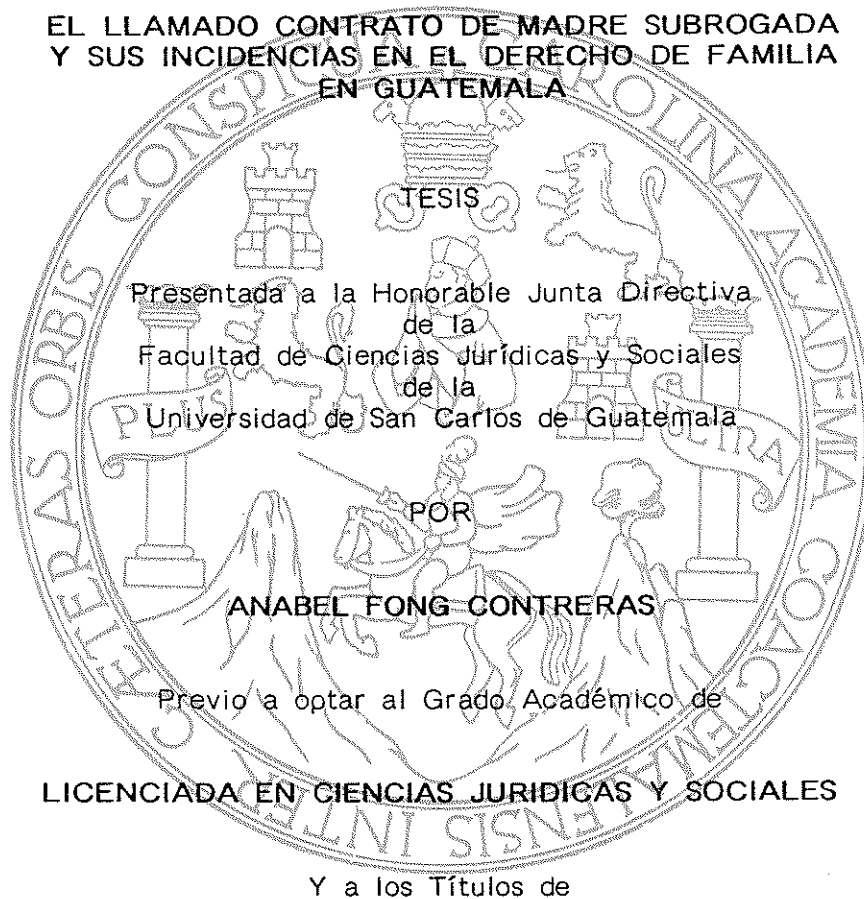


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**EL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA
Y SUS INCIDENCIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA
EN GUATEMALA**



Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

ANABEL FONG CONTRERAS

Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los Títulos de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Abril de 1995

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

185
4

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

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Erick Fernando Rosales Orizábal
VOCAL V	Br. Fredy Armando López Folgar
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

DECANO	
(en funciones)	Lic. Ronán Arnoldo Roca Menéndez
EXAMINADOR	Lic. Edgar Mauricio García Rivera
EXAMINADOR	Lic. Eunice del R. Mendizábal Villagrán
EXAMINADOR	Lic. César Landelino Franco López
SECRETARIO	Lic. Ricardo Alvarado Sandoval

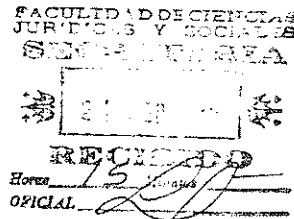
NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

RODRIGUEZ DE VILLATORO
ABOGADO Y NOTARIO
Edificio Valenzuela 14 Calle 6-12, Zona 1
vel - Oficina 402 - Teléfono: 274-58
Tel. 310088



Guatemala, 20 de Febrero de 1,995.

Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad
de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.



Señor Decano:

Cumpliendo con la providencia de fecha 24 de Agosto de 1,994 procedí a asesorar a la Bachiller ANABEL FONG CONTRERAS, en su trabajo de Tesis titulado "EL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA Y SUS INCIDENCIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA".

Al respecto puedo indicar que se procedió a reformar el plan de investigación y así mismo se adecuo el título del mismo.

En su elaboración se emplearon técnicas modernas de investigación; la bibliografía consultada fue amplia y las leyes aplicadas las adecuadas.

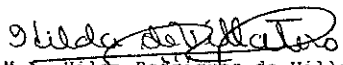
En relación al trabajo puedo indicar que es un tema controversial, ya que la ciencia médica y la legislación no se ponen de acuerdo, por lo que hasta la fecha no existe un criterio unanime en relación a este contrato claramente atípico, donde el avance social y científico van mucho más rápido que las normativas, debido a que se da sobre una realidad, la de un matrimonio infertil que desea a toda costa un hijo para satisfacer muchas razones.

A pesar de que el contrato objeto de estudio se aplica en otros países más desarrollados, en Guatemala quizá pudo o puede darse algún caso, pero dadas las implicaciones sociales, económicas y legales que conlleva no se le dió publicidad.

El trabajo lleva una parte médica que se realizó en un lenguaje sencillo y científico. Y se hizo un análisis comparativo del contrato estudiado, en países desarrollados y altamente desarrollados.

Por lo que al emitir dictamen el mismo es **FAVORABLE**, para que el trabajo pueda ser discutido en examen público de tesis, previo a emitir dictamen del señor revisor.

Se suscribe de usted respetuosamente,

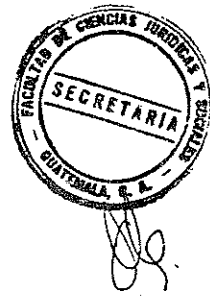

Licda. M.A. Hilda Rodríguez de Villatoro
Asesora de Tesis.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

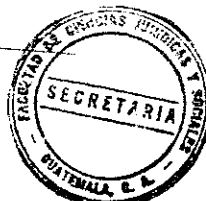
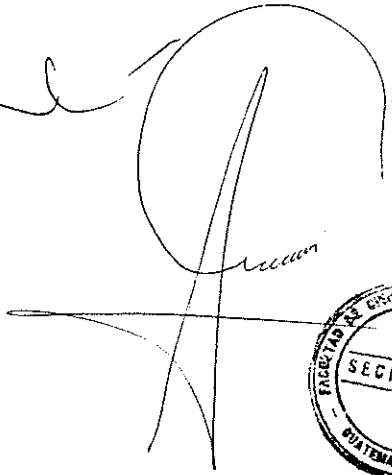

Edificio Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, febrero veintitres, de mil novecientos noventi-
cinco. -----

Atentamente pase al Licenciado RONAN ARNOLDO ROCA MENENDEZ,
para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la Bachi-
llero ANABEL FONG CONTRERAS y en su oportunidad emita el dic-
tamen correspondiente. -----

[Handwritten signature]



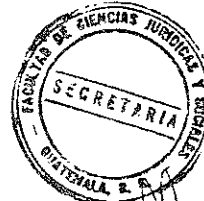
Ronán A. Roca M.

ABOGADO Y NOTARIO

avenida 13-54, Zona 1 - Local 409

Teléfono 536190

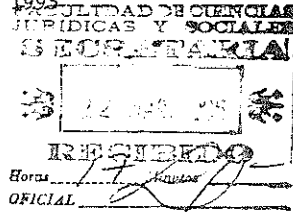
Guatemala, C. A.



971-95

Guatemala,
21 de marzo de 1995

Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



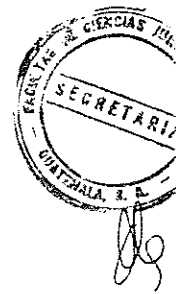
Señor Decano:

Pláceme informarle que, atendiendo su Providencia de fecha 23 de febrero del corriente año, procedí a REVISAR el trabajo que con fines de graduación elaboró, bajo la Asesoría de la Licenciada Hilda Rodríguez de Villatoro, la Bachiller ANABEL FONG CONTRERAS titulado "EL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA Y SUS INCIDENCIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA", de consiguiente, al emitir el Dictamen requerido en la citada providencia, OPINO que el trabajo, de suyo interesante, satisface los requisitos de forma y fondo requerido por el Reglamento respectivo; consecuentemente debe aprobarse como tesis de su autora para ser discutido en el examen donde se le conferirán los Títulos de Abogada y Notaria y el Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Siendo propicia, aprovecho la oportunidad para manifestarle al señor Decano las muestras de mi más alta consideración y aprecio.

Lic. Ronán Arnaldo Roca Menéndez

RARM/neder.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:

Guatemala, marzo veintidos, de mil novecientos noventicinco.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la Bachiller ANABEL FONG CONTRERAS intitulado "EL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA Y SUS INCIDENCIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA". Artículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis. -----



[Handwritten signature]





DEDICATORIA

A Dios

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

A mis Catedráticos

A mis Hermanos:

- Edgardo Arturo Duarte C.
- Rene Mauricio Duarte C.
- Carlos Osberto Fong G.
- Enrique Luis Fong C.

Y muy especialmente, a mis padres:

- Maria Esther Contreras Duarte
- Luis Enrique Fong Fuentes

INDICE

EL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA Y SUS INCIDENCIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA

- INTRODUCCION	Pág. i
CAPITULO PRIMERO	
<i>EL NEGOCIO JURIDICO CONTRACTUAL</i>	
A. ASPECTOS GENERALES	1
1. Definición de Negocio Jurídico.	1
2. Definición de Contrato Civil.	2
3. Elementos del Contrato:	3
a. Elementos Esenciales	3
b. Elementos Naturales	3
c. Elementos Accidentales	3
4. Clasificación de los Contratos:	4
a. Primera Clasificación	6
b. Segunda Clasificación	8
5. Efectos de los Contratos:	10
a. Obligtoriedad	10
b. Relatividad	11
B. LA TRANSMISION DE LAS OBLIGACIONES	11
1. La Subrogacion	12

CAPITULO SEGUNDO

EL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA

A. EVOLUCION HISTORICA DEL CONTRATO DE MADRE SUBROGADA	15
1. La Infertilidad	17
2. Causas de infertilidad:	17
a. Factores en el Varón	18
b. Factores en la Mujer:	20
1) Factor Cervical	20
2) Factor Tubárico	20
3) Factor Peritoneal	20
4) Factor Ovárico	20
5) Factor Psicoógeno	21
6) Factor Inmunológico	21
7) Factor Uterino	21
3. La Fertilización in vitro:	22

a.	Obtención y Capacitación de los gámetos masculinos y femeninos.	22
b.	Fertilización y División del Cigoto in vitro	23
c.	Transferencia Embrionaria	23
4.	Protocolo Clínico:	25
a.	Etapa de Selección	25
b.	Etapa de Sincronización	27
c.	Etapa de Obtención de Oocito	28
d.	Etapa de Fecundación	29
e.	Etapa de Siembra del Cigoto	29
5.	Quienes pueden recurrir a celebrar este contrato	29
6.	Aspectos en que repercute el llamado Contrato de madre subrogada:	30
a.	Aspecto Económico	30
b.	Aspecto Social	31
c.	Aspecto Moral	31
d.	Aspecto Médico	32
e.	Aspecto Psicológico	33
f.	Aspecto Jurídico	35

CAPITULO TERCERO

SITUACION JURIDICA DEL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA EN OTROS PAISES

A.	ISRAEL	37
B.	FRANCIA	37
C.	ESPAÑA	39
D.	ALEMANIA	39
E.	SUIZA	40
F.	ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA:	41
1.	Michigan	41
2.	Louisiana	41
3.	Florida	41
4.	Oregon	41
G.	ARGENTINA	42

CAPITULO CUARTO

INCIDENCIAS DEL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA EN EL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA

A.	LA FAMILIA	43
B.	DERECHO DE FAMILIA	44
1.	Características	45
2.	Fuentes	45
3.	Clasificación	46
C.	FILIACION:	46

1. Clases de Filiación	47
a. Filiación Matrimonial	48
b. Filiación Cuasimatrimonial	48
c. Filiación Extramatrimonial	48
d. Filiación Adoociva	48
D. ADOPCION:	48
1. Condiciones para realizar la Adoocion	49
2. Efectos de la Adoocion	50
- CONCLUSIONES	51
- BIBLIOGRAFIA	53
- GLOSARIO	59

INTRODUCCION

El Estado de Guatemala, considera a la Familia como la base de la sociedad; y ha creado un cuerpo normativo para tutelarla de la mejor forma posible.

Se entiende conformada la familia, por los padres y los hijos, siendo estos últimos la razón más importante para que una familia crezca y se fortalezca; por tal motivo surge una serie de problemas cuando un matrimonio no puede procrear, ya sea porque alguno o ambos cónyuges son estériles o por padecer algún impedimento.

Los avances de la ciencia, y obviamente el avance de la sociedad, ha permitido a otras sociedades, más desarrolladas que la nuestra, buscar solución a este tipo de problemas acudiendo a novedosos métodos de fecundación humana, estando entre ellos, la inseminación artificial, la fecundación in vitro, el llamado contrato de madre subrogada, más conocido como "Alquiler de Utero": usado y legislado en algunos países

Estos métodos vienen a constituir una forma de reproducción humana que está fuera de nuestro contexto jurídico. El contrato de madre subrogada es quizá más problemático que los otros, no solo porque toma el nombre de una figura jurídica, sino porque tiene incidencia directa en el Derecho de familia.

Ante los avances de la ciencia, y también ante el intento desesmerado de muchos matrimonios estériles, por proveerse de un hijo, surge la interrogante en torno a que si es conveniente para nuestro país, la legislación de un contrato de esta naturaleza.

SE PLANTEA COMO HIPOTESIS:

Es adecuado para nuestra sociedad promover una reforma a la legislación Civil Sustantiva, para que se incluya el llamado contrato de madre subrogada, normando los derechos y obligaciones que se derivan del mismo, y que tiene relación con el Derecho de Familia Guatemalteco.

SE PRETENDEN COMO OBJETIVOS:

1. General:



Establecer si es saludable para nuestra sociedad y para nuestra legislación, la regulación del llamado contrato de madre subrogada.

2. Especificos:

- Conocer en que consiste el Contrato de madre subrogada.
- Conocer el procedimiento médico para realizar un contrato de madre subrogada.
- Conocer la situación jurídica de este contrato, en los países, en los cuales ha tenido aplicación.

Por lo antes expuesto es necesario conocer lo relativo al contrato de madre subrogada, ver si es viable, práctico y aplicable para nuestra sociedad. El trabajo se dividió en cuatro capítulos:

Capítulo Primero:
El Negocio Jurídico Contractual

Capítulo Segundo:
El Llamado Contrato de Madre Subrogada

Capítulo Tercero:
Situación Jurídica del llamado Contrato de Madre Subrogada en otros países.

Capítulo Cuarto:
Incidencias del llamado Contrato de Madre Subrogada en el Derecho de Familia en Guatemala.

Para cumplir con un contrato de madre subrogada, se requiere de la intervención, no sólo de Profesionales del Derecho, sino también de Gineco-Obstetras especialistas en Infertilidad, además de otros profesionales.

Para tener una información actualizada, fue necesaria la ayuda de algunas personas e instituciones, entre los que me permito agradecer al Doctor Pedro García Pinto del INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL, al Doctor Haroldo López Villagrán de la FUNDACION PARA EL ESTUDIO Y TRATAMIENTO DE LA INFERTILIDAD, así como al INSTITUTO DE NUTRICION DE CENTROAMERICA Y PANAMA

CAPITULO PRIMERO
**EL NEGOCIO JURIDICO
CONTRACTUAL**

Sumario

A. ASPECTOS GENERALES: 1. Definición del Negocio Jurídico/ 2. Definición de Contrato Civil/ 3. Elementos del Contrato/ 4. Clasificación/ 5. Efectos / B. TRANSMISION DE LAS OBLIGACIONES: 1. Subrogación

A. ASPECTOS GENERALES

1. DEFINICION DEL NEGOCIO JURIDICO

El Negocio Jurídico ha sido definido por las modernas doctrinas alemanas e italiana, como la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir un derecho.

Otros autores, partiendo de que toda la voluntad debe tener un fin jurídico, han construido una teoría diferente, definiendo el Negocio Jurídico como la manifestación de voluntad de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van enderezadas a realizar un fin práctico de aquellas.

El Negocio Jurídico, es definido por Castán Tobeñas de la siguiente manera:

"El acto integrado, por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a los que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece." (1958: Tomo IV, P. 425).

Si se analiza dicha definición se desprenden en forma concreta los siguientes elementos o requisitos esenciales:

- Declaración de Voluntad
- El Objeto
- La forma

Tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras

4. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Las clasificaciones que en el Derecho Romano se hicieron de los contratos respondían a puntos de vista particulares del mismo. singularmente, el que atendía al requisito de las causas civiles, que determinó la famosa división Cuatrimembre de los contratos en: Verbales, Literales, Reales y Consensuales; o al que se asentaba en la acción, surgiendo la clasificación de los contratos en De Derecho Estricto y de Buena Fe, o al Nomen Iuris determinando la distinción de los contratos en Nominados e Innominados.

Hoy, en efecto, todos los contratos se basan en el consentimiento y la buena fé.

La doctrina moderno analiza el llamado Contrato Innominado, ó Atípico es decir, aquel que se sale de las líneas generales de las figuras comúnmente recogidas por el legislador, planteando el problema trascendente de la determinación de su naturaleza jurídica y del régimen legal aplicable.

Siempre vigentes algunas clasificaciones de honda raigambre histórica, como la que divide los contratos, atendiendo a la naturaleza de los vínculos que produce, en Unilaterales y Bilaterales, según que originen obligaciones para una sola de las partes o crean obligaciones recíprocas para ambas.

También en la actualidad se encuentra la clasificación de los contratos conforme a su finalidad en Onerosos y Gratuitos, según que una de las partes proporcione a la otra la ventaja mediante una compensación o equivalente o no exista este último. Los Onerosos se dividen, a su vez en Comutativos y Aleatorios; distinción que se asienta en la determinación más o menos exacta de ese equivalente.

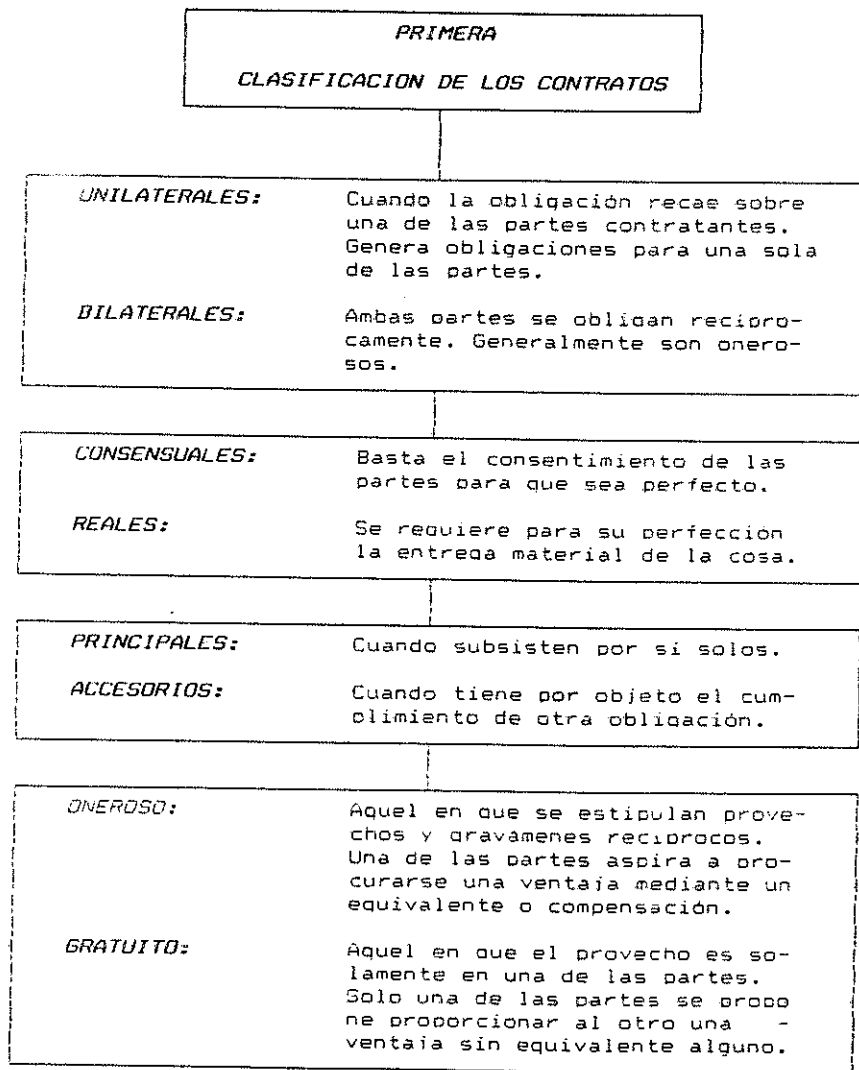
Asimismo, aunque con menos interés, se sigue aceptando la antigua clasificación, que divide a los contratos en: Preparatorios, Principales y Accesorios, según que creen un estado de derecho preliminar para la celebración de otros contratos (sociedad, mandato, etc.) cumplan por sí mismos un fin contractual propio (compraventa, etc), o sólo puedan existir en relación con otro contrato principal (fianza, etc)

Para una mejor ilustración de los contratos aceptados por el Código Civil Guatemalteco, se proporciona a continuación, mediante cuadros sinópticos, dos clasificaciones de contratos, de los cuales, la idea general

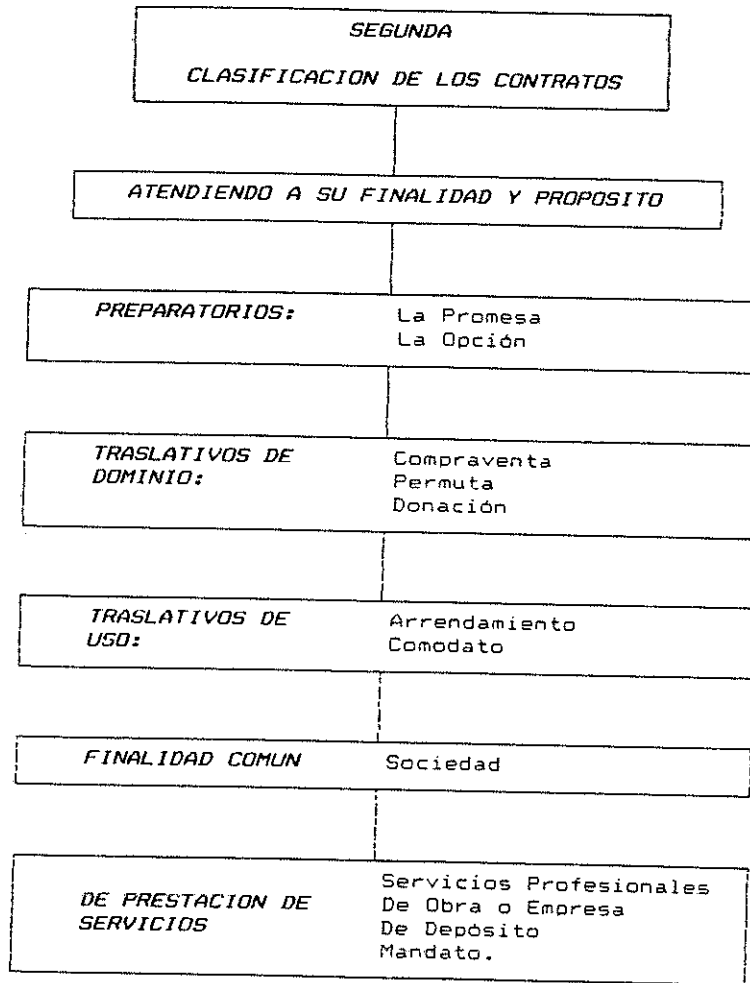
fué tomada de la Tesis "Curso Gráfico de los Contratos en Particular en la Legislación Civil Guatemalteca" del Licenciado Ricardo Alvarado Sandoval, Guatemala 1978, P.P. 25 al 29.

Tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras



COMMUTATIVOS:	Cuando las prestaciones que se deben las partes, son ciertas y determinadas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o pérdida que les cause éste.
ALEATORIO:	Cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice
CUNDICIONALES:	Cuando cuya realización o subsistencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes.
ABSOLUTOS:	Aquel cuya realización es independiente de toda condición.
INSTANTANEOS:	Aquellos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran El pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto.
TRACTO SUCESIVO:	El cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado.
FORMALES:	Son los que requieren una forma escrita, pública o privada, para la validez del mismo.
VERBALES:	Son aquellos que no exceden de Trescientos quetzales.



ALEATORIOS:	Seguro Apuesta Lotería Rifas Juegos
DE GARANTIA:	Fianza Hipoteca Prenda
QUE RESUELVEN CONTROVERSIAS:	Transacción Compromiso

5. EFECTO DE LOS CONTRATOS

Los efectos generales que establece el Código Civil son, entre otros, LA OBLIGATORIEDAD, al preceptuar el Artículo 1534 lo siguiente: "Los que celebren un contrato, están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por culpa o dolo".

Se establece en un segundo plano LA RELATIVIDAD de los mismos, puesto que en principio, en el contrato sólo se obligan las partes estableciéndose una variante a este principio, al regular el contrato a favor y a cargo de tercero.

El Artículo 1530 preceptúa lo siguiente: "Contrato a favor y a cargo de tercero. Se puede prometer por el hecho de un tercero con cargo de indemnización si éste no cumple. La responsabilidad del promitente cesará desde el momento en que el tercero acepte la obligación.

El Artículo 1531 preceptúa: "El que estipulare a favor de un tercero, tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación.

a. **La Obligatoriedad:** Nace del consentimiento, no puede existir más que entre las personas que han dado su consentimiento.

La sustentante considera que la obligatoriedad descansa en la voluntad contractual, ya que a esta se le concede fuerza obligatoria al darle categoría de ley al vínculo contraído por las partes.

La obligatoriedad genera dos aspectos que en la doctrina se les llama "Positivos y Negativos".

El aspecto positivo, se traduce en la necesidad que tienen las partes de cumplir conforme al tenor específico del contrato.

El aspecto negativo, se proyecta sobre todas las personas que no han intervenido en el contrato, y las compele a respetar las situaciones jurídicas nacidas al amparo del contrato

En resumen, la obligatoriedad del contrato consiste en su fuerza vinculante, es decir, que son de forzoso cumplimiento, por eso se dice que los contratos tienen ley (Pacta Sunt Servanda).

- b. **La Relatividad:** Tiene que ver con la eficacia entre las partes y la eficacia frente a terceros.

Las partes son las personas que han celebrado entre ellas el contrato, o que han estado representadas en él. En virtud que el contrato es ley particular y relativa, (pues únicamente afecta a las partes, vinculándolas con fuerza de ley, no pudiendo desligarse en forma unilateral), desarrolla poder obligatorio, pero únicamente sobre aquellas que le dieron vida.

Ocasionalmente esto se puede extender a terceros.

Conforme a lo que establecen los artículos 1534 al 1537 los efectos del contrato son los siguientes:

- 1) Los efectos que la ley Civil reconoce a los contratos son la Obligatoriedad y la Relatividad.
- 2) En el contrato a favor y a cargo de tercero, se tiene una estipulación válida en favor de persona distinta de los que figuran como contratantes.
- 3). El contrato solo obliga a las partes que lo celebran expresándose en doctrina como "LEX IN PARTES".

En la doctrina "La teoría de la eficacia del Contrato" estudia los efectos del mismo que pueden ser de tres clases:

- a) Generales: Los efectos producidos por todo contrato sin distinción alguna.
- b) Especiales: Los efectos propios de algunos contratos.
- c) Especialísimos o de Excepción: Son producidos por ciertos, contratos excepcionalmente.

B) TRASMISION DE LAS OBLIGACIONES

Habiendo establecido los aspectos generales del contrato y las obligaciones que generan, se hace necesario analizar lo relativo a la transmisión de las obligaciones.

Antiguamente, la obligación fue considerada como un vínculo personalísimo entre acreedor y deudor. No era concebible que uno u otro fuera sustituido en el nexo obligacional, porque hubiese sido desvirtuar parte de la

esencia de la obligación. Quedaba entonces, en forma estática el vínculo personal obligatorio, a la espera del cumplimiento o incumplimiento.

La evolución histórico-jurídico permitió, paso a paso, dejar atrás ese criterio estático, llegándose a concebir la obligación como un algo jurídico con vida propia, independiente en su esencia de quienes le habían dado origen y por lo tanto posible de subsistir aunque cambiara uno de sus polos personales a (acreedor o deudor) o de ser cumplida por tercera persona, no inicialmente incluida en el vínculo obligatorio.

La figura de la "Transmisión de las Obligaciones" es aceptada y permitida en el Código Civil Guatemalteco, a través de la Cesión de Derechos, la Transmisión de Deuda, y la Subrogación. Por interesar en este trabajo únicamente la figura jurídica de la Subrogación, será ésta la que se analizará a continuación.

1. SUBROGACION

La Subrogación es definida por Guillermo Cabanellas, de la siguiente forma:

"Sustitución o colocación de una persona o cosa en lugar de otra. //Ejercicio de los derechos de otro: por reemplazo del titular. //Adquisición de ajenas obligaciones, en idéntica situación, en lugar del anterior obligado". (1983, P. 137)

El Jurista Manuel Ossorio, nos da el siguiente concepto de Subrogación:

"Acción y efecto de Subrogar o Subrogarse: o sea, de substituir o poner una persona (Subrogación personal) o cosa (Subrogación real) en lugar de otra. Tiene especial importancia en materia de obligaciones, de contratos y de sucesiones" (1981 P. 723).

El Código Civil contempla lo relativo a la Subrogación de los Artículos 1453 al 1458.

El artículo 1453 establece: La subrogación tiene lugar cuando el Acreedor sustituye en el tercero que paga, todos los derechos, acciones y garantías de la obligación.

El Artículo 1454 establece: El que subroga no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor sino hasta la concurrencia de la suma efectivamente pagada por él para la liberación del deudor.

El Artículo 1455 establece: La subrogación tiene lugar por ministerio de ley, sin necesidad de declaración alguna de los interesados: 1. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor que les es preferente; 2. Cuando el tercero que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; 3. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con anuencia del deudor; y 4. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia.

El artículo 1456 establece: Cuando la deuda fuera pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista subrogará al acreedor por ministerio de ley, en sus derechos, si el préstamo constare en documento fehaciente en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la deuda.

El artículo 1457 establece: La subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual estaba obligado con otros, lo autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la parte que corresponda al subrogado en la obligación.

El artículo 1458 establece: Si el subrogado lo hubiere sido sólo en parte y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la totalidad del crédito, el pago se hará a prorrata.

Partiendo de lo anterior es necesario analizar el contrato de madre subrogada y así poder determinar si en el mismo se da o no una subrogación personal, que pueda ser aceptada por la legislación civil.

CAPITULO SEGUNDO

EL LLAMADO CONTRATO DE "MADRE SUBROGADA"

Sumario

A. EVOLUCION HISTORICA: 1. La Infertilidad/ 2. Causas de infertilidad/ 3. La Fecundación in vitro/ 4. Protocolo Clínico/ 5. Quienes pueden recurrir a celebrar este contrato/ 6. Aspectos en que repercute el contrato de madre subrogada.

A. EVOLUCION HISTORICA DEL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA.

Dicha figura no hace mucho que ha aparecido, no se sabe si surgió en la esfera de la solidaridad o en el mercado de la demografía, como una nueva actividad: la producción de hijos por cuenta ajena. Actividad que involucra un contrato y un proceso médico delicado y sofisticado.

Este contrato es conocido en muchos países bajo diferentes denominaciones: "Madre de Alquiler", "Vientre de Alquiler", "Alquiler de Utero", "Locación de Utero", "Madre Sustituta": considerando la sustentante que el termino correcto para Guatemala es el de madre subrogada o subrogante

Si los otros métodos paranaturales de procreación, son discutibles y discutidos, éste por su propia esencia, con mucha más razón.

El contrato de madre subrogada se puede originar, cuando un matrimonio estéril, desea un hijo (a cualquier precio), ya sea por cumplir con los fines del matrimonio, por desearlo realmente, o por cualquier otro motivo o causa.

El matrimonio estéril se dirige entonces a una mujer seleccionada, la cual ha demostrado fehacientemente su capacidad engendradora. Le piden que engendre un ser, lo cual implica el concurso de su útero, sometiéndose al procedimiento médico correspondiente y a cambio le ofrecen no solo gratitud sino una compensación material, puramente económica.

Así, la madre subrogante es fecundada artificialmente con el óvulo y el semen del matrimonio estéril, mediante el procedimiento de fecundación in vitro. Nacido el niño, éste es entregado a la pareja que lo encargó.

En teoría esto es simple, pero definitivamente, por no ser esto común, origina una serie de problemas, estando entre ellos:

- Lo relativo a buscar la madre subrogada (o sea la mujer que va a proporcionar su útero).
- El matrimonio estéril debe tener las condiciones económicas para cubrir todo lo relativo a este negocio.
- La madre subrogada debe estar física y psíquicamente sana.
- Se debe de preparar, tanto a la pareja infértil como a la madre subrogada para el procedimiento de la fecundación in vitro.

Como se puede observar, este negocio encierra una serie de situaciones sumamente delicadas, que para muchas personas no son lícitas y por lo tanto no deben hacerse, y menos aún legislarse, debido a que la persona humana no debe ser utilizada como objeto de contrato.

Otros son de la opinión que las parejas estériles pueden y deben tener acceso a algunas técnicas puestas a su alcance por la ciencia, con el fin de poder superar una deficiencia en la capacidad procreadora.

Para celebrar un contrato de esta naturaleza, el matrimonio estéril, debe previamente agotar los procedimientos, de la inseminación artificial homóloga (que se da entre esposos) o la heteróloga (que se da cuando intervienen donantes), según el caso en particular, si no se obtienen resultados positivos, puede aún recurrirse a la cirugía reconstructiva.

Algunos países consideran que para celebrar un Contrato de madre subrogada, es mejor acudir a una institución que se encargue de seleccionar a la persona indicada, y evitar así alguna relación entre la pareja estéril y la madre subrogada. Después de nacido el niño, éste debe ser entregado a la pareja estéril en ADOPCION, para que se legalice la situación del niño y concluya el contrato.

A continuación se presentan las posibles causas de esterilidad o infertilidad, tanto del hombre como de la mujer así como el protocolo clínico a seguir, que involucra a la madre subrogante y a la pareja estéril.

Al final del presente trabajo encontrará un glosario, con los términos médicos que se utilizan (P.P. 58 al 61)

1. LA INFERTILIDAD

La infertilidad es definida como la falta de aptitud para fecundar en el hombre y para concebir en la mujer, permitiendo el acceso carnal, pero no así la reproducción.

La infecundidad es un problema común que afecta de 10 a 15 de cada 100 matrimonios. A pesar del interés cada vez mayor por el control demográfico, se recurre cada vez más a los médicos para diagnosticar y tratar la falta de hijos.

Los matrimonios infecundos a menudo sienten vergüenza, e inferioridad, y las presiones que reciben de sus parientes y amigos a menudo agravan su ansiedad y perturbación emocional.

La esterilidad es la incapacidad para engendrar hijos, y es mucho más común de lo que la mayoría de personas creen. El periodo de tiempo que las parejas normales necesitan para lograr el embarazo varía mucho de unos casos a otros.

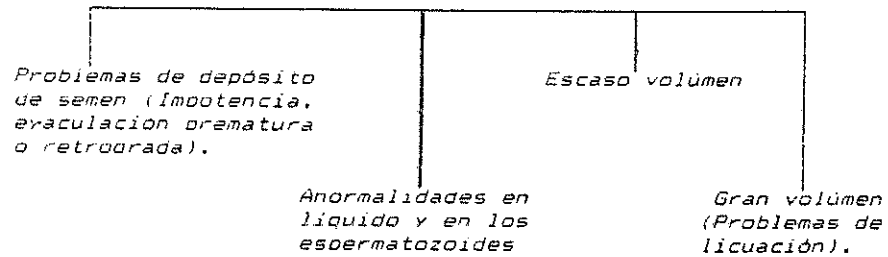
La opinión de los médicos es que la mayor parte de los matrimonios normales que deseen tener hijos concebirán antes de los seis meses. Si transcurriera un año sin resultado positivo sería razonable iniciar una investigación. Lo primero que hay que averiguar, naturalmente, es si la esterilidad es una circunstancia temporal o permanente.

2. CAUSAS DE INFERTILIDAD

Se conocen varios factores que afectan la fecundidad, y entre ellos están: la edad, la duración del periodo de la actividad sexual, la frecuencia del coito y los factores nutricionales y del ambiente.

Para tener un mejor contexto de lo relativo a la infertilidad se verá a continuación, de forma muy general, las causas de infertilidad en el hombre; en cambio lo relativo a la infertilidad de la mujer, serán analizadas, por ser estas últimas de donde se puede originar la celebración de un contrato de madre subrogada.

a. Factores en el varón:



Como el 40-50 % de esterilidad total o parcial se atribuye al factor varón, es importante partir de un análisis inicial del semen.

Existen directrices específicas e importantes para la recogida y análisis del semen. La muestra debe ser recogida por masturbación en un frasco de cristal limpio, protegido del frío y enviado al laboratorio dentro de las dos horas siguientes. Es recomendable una abstinencia sexual de 48 a 72 horas antes de recoger la muestra.

La muestra no debe ser recogida por extracción, ya que puede perderse la fracción rica en espermatozoides, ni tampoco en un preservativo.

Se ha establecido que el porcentaje de embarazos disminuye cuando el recuento espermático desciende por debajo de 20.000.000/cc. Esta cifra es la que de ordinario se acepta como límite normal inferior. Debido a los errores inherentes a la realización de un recuento espermático, es preferible un recuento de 30.000.000/cc o más.

Otras anomalías en el semen que pueden contribuir a la esterilidad son:

- Infección, manifiesta por la presencia de leucocitos:
- Falta de licuefacción del semen:
- Aglutinación de los espermatozoides:

Si el primer análisis del semen es anormal, es preferible examinar una segunda muestra. Si los caracteres

del semen continúan siendo anormales, convendrá investigar la posible presencia de los siguientes factores, cualquiera de los cuales puede producir espermatozoides anormales en calidad y cantidad.

- a. Historia de traumatismo testicular, intervención quirúrgica, orquiditis o enfermedad venérea.
- b. Calor: Un pequeño aumento en la temperatura escrotal puede afectar adversamente a los espermatozoides, y una enfermedad febril es capaz de producir alteraciones notorias en el recuento y movilidad de los espermatozoides.
- c. Reacciones alérgicas con efectos generales.
- d. Exposición a las radiaciones.
- e. Uso de ciertas medicaciones como la Furadantina:
Hay pruebas evidentes de que la marihuana puede disminuir los niveles de androgenesis y de los espermatozoides.
- f. Frecuencia del Coito: Para muchas parejas, el coito a días alternos durante el tiempo de la ovulación proporciona la posibilidad máxima de embarazo.
- g. Cigarros, alcohol y trabajo fatigoso: Las horas de trabajo y el alcohol adquieren probablemente mayor importancia en la esterilidad como causas de impotencia o disminución de la libido.

El efecto de la nicotina o sobre tantos aspectos de la salud plantea ciertamente la sospecha de que también puede disminuir la calidad del semen.

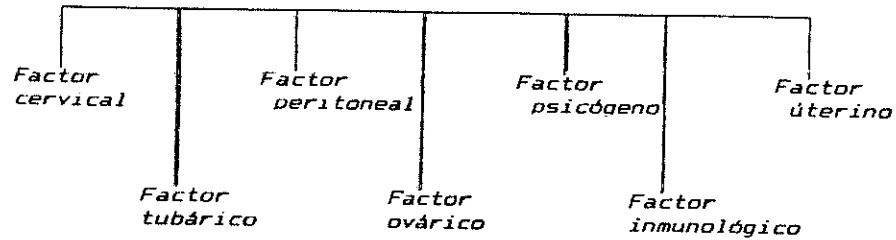
Si algunos de estos problemas concierne a la pareja sometida a investigación, convendrá entonces solicitar la consulta del Urologo para examinar alguna anomalía anatómica, infección, varicocele o un trastorno endocrino, que pueda ocasionar infertilidad y/o esterilidad:

A continuación se presentan los factores femeninos que pueden ocasionar infertilidad y/o esterilidad.

Tesis de Graduación

Anabel Fana Contreras

2. Factores en la Mujer:



- a. **Factor cervical:** El cuello del útero actúa como una válvula biológica en algunos periodos del ciclo reproductor que permite la penetración del espermatozoide en el útero, y en otras la obstaculiza. Las anomalías del cuello y su secreción son causas de infertilidad entre el 15 a 30 por 100 de las mujeres. entre las parejas infértiles estudiadas, en forma precisa la cifra real quizá no exceda de 5 a 10 por 100.
- b. **Factor tubárico:** Un motivo frecuente de esterilidad es la obstrucción tubárica, que se produce tras la inflamación de la pelvis. Hay numerosas causas para que se inflame la pelvis, siendo la más conocida, la gonorrea.
- c. **Factor peritoneal:** Es aquel que surge en la parte interna del abdomen y la pelvis, esta enfermedad conocida como Endometriosis, consiste en que porciones del endometrio o revestimiento del útero, se desplazan para unirse a otras partes de la región pélvica.
- d. **Factor ovárico:** Una de las causas fundamentales de la infertilidad es el hecho de que no se produzca un óvulo normal en el ovario, todos los meses. Esta circunstancia se denomina anovulación, o falta de ovulación.

En algunas mujeres los ovarios parecen envejecer prematuramente y no quedan ya más óvulos por madurar. Otra situación frecuente es el Síndrome de Stein Leventhal, que produce un notable engrosamiento de la superficie del ovario.

- e. **Factor psicógeno:** Se ha prestado atención a los factores de la personalidad que alteran la fecundidad. La misma se ha orientado básicamente a la mujer, a pesar de que se sabe que de 30 a 40 % de los casos de infecundidad, la alteración reside básicamente en el varón, y que de ellos, de 90 a 100 podrían ser de índole psicógena.

En terminos generales, los estudios indican que los varones de parejas infecundas tienen una predisposición a sufrir el agobio de situaciones de gran tensión, que a menudo se manifiestan por disfunción sexual más intensa que el promedio, hasta culminar en la impotencia total.

En la mujer, los estímulos emocionales mediados por el Hipotálamo producen infecundidad o contribuyen a ella, por medio de la inhibición de la ovulación.

Es importante tener presente que los problemas anteriores producen infertilidad pero no esterilidad, ya que ésta solo en raras ocasiones se debe a problemas emocionales.

- f. **Factor inmunológico:** Han pasado más de 75 años desde que se descubrió que los espermatozoides tienen elementos inmunógenos, pero sólo en años recientes ha adquirido el carácter de disciplina.

Lo anterior se ha reforzado por publicaciones de casos de infecundidad inexplicada en varones y mujeres, que se relacionaron con la presencia de anticuerpos circulantes y locales a los espermatozoides.

- g. **Factor úterino:** El útero tiene una importancia extrema en muchos aspectos del proceso reproductivo. Las diversas entidades patológicas que afectan al útero e interfieren en la concepción o conservación del embarazo son prueba de la pluralidad de funciones de este órgano.

En algunos casos las anomalías del útero no dificultan la concepción, pero pueden ser la causa de abortos repetidos. Otro tanto puede decirse del llamado cuello úterino incompetente. Las mujeres en esta situación no pueden mantener un embarazo por más de cuatro o cinco meses.

Las enfermedades más comunes, que se localizan en el útero son: El síndrome de Asherman (inexistencia de cavidad uterina) endometritis, miomas, y malformaciones uterinas.

Tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras

Es importante hacer notar, que aunque todos los factores antes mencionados ocasionan infertilidad, a la fecha ya existe en el campo de la medicina, las soluciones o los tratamientos para cada tipo de problema, pero es en definitiva el Factor úterino, el Único, que al no tener una solución viable provoca definitivamente esterilidad y es el que puede inducir a una pareja a celebrar un Contrato de madre subrogada.

3. LA FERTILIZACION IN VITRO

Dentro de las más avanzadas técnicas de reproducción asistida se encuentra la fertilización in vitro, también llamada "Reproducción Asexual", se le llama así porque el óvulo es fecundado fuera del aparato reproductor de la mujer, sin interferencia de los órganos sexuales, sino "in vitro", es decir en un laboratorio.

El proceso consiste en la extracción del óvulo de la mujer, el que es fecundado con espermatozoides en un Laboratorio, para luego ser implantado nuevamente en el útero. Usualmente esta fertilización se lleva a cabo entre esposos, en que la esposa por deficiencias en su aparato reproductor, o por bloqueo o lesión en las trompas de falopio, los espermatozoides no pueden llegar al óvulo para fecundarlo, por medio del acto sexual o por inseminación.

La fecundación in vitro consta de 3 etapas, siendo las siguientes:

- a. **Obtención y capacitación de los gametos masculinos y femeninos:** Los espermatozoides se obtienen por masturbación. La obtención de los óvulos es mucho más compleja porque su producción es cíclica.

Para superar este inconveniente se efectúa una estimulación del ciclo femenino, mediante un tratamiento hormonal, lo que produce una superovulación. Esto permite la obtención de hasta cinco o seis embriones, de manera que:

- 1) Se puede implantar más de un embrión cada vez.
- 2) Es posible intentar una segunda transferencia si fracasa la primera;
- 3) Sobran algunos embriones que se conservan congelados para utilizarlos en otros casos o para la experimentación.

- b. **Fertilización y división del cigoto in vitro:** Los gametos masculinos y femeninos se reúnen en un tubo de ensayo (dentro de una incubadora), donde se reproducen las condiciones naturales para que se produzca la fecundación. Una vez producida (a las pocas horas) ya hay vida embrionaria. El o los embriones resultantes pronto han de cumplir sus primeras divisiones: a las 72 horas ya tienen ocho células.
3. **Transferencia embrionaria:** Al tercer día de la fecundación se procede a la transferencia del embrión (o embriones) al útero materno. Esta es la fase más problemática de la técnica pues un gran número de embriones no llega a implantarse en el útero.

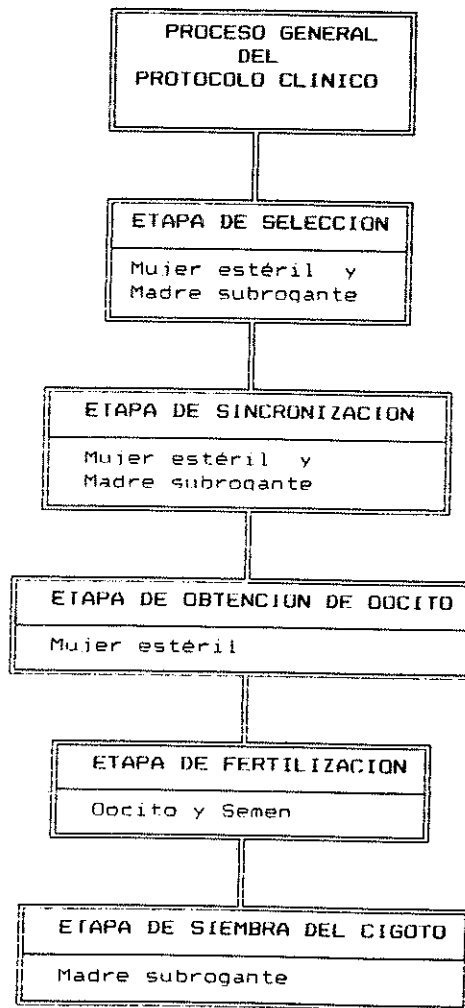
Esta técnica ha obtenido éxito a partir de 1978, cuando se anunció el nacimiento del primer bebé probeta. Para asegurar el éxito de la fertilización in vitro, se insertan rutinariamente más de un embrión, circunstancia que en algunos casos ocasiona el nacimiento de más de un bebé.

Para que la fertilización in vitro se realice es necesario la concurrencia de óvulos y espermatozoides para fecundar en el laboratorio; éstos pueden provenir de esposos o bien de terceras personas que los donan, consecuentemente se pueden clasificar así:

- Fertilización in vitro entre esposos.
- Fertilización in vitro entre donantes.

A continuación se presenta una gráfica que muestra el proceso general que debe seguirse, mediante etapas, para la realización de fecundación in vitro, dentro de un contrato de madre subrogada.

GRAFICA # 1



4. PROTOCOLO CLINICO

a. **Etapa de selección:** En esta etapa se deben de tener en cuenta ciertos requisitos que deben llenar tanto la pareja estéril como la madre subrogante.

* **Esposa estéril:**

- 1) Mujer en edad reproductiva, con ovarios funcionales pero sin útero.

Mujer con óvarios funcionales, con útero, pero que la cavidad uterina es infuncional, como en el Síndrome de Asherman, resistente al tratamiento.

Mujer con anomalías congénitas uterinas en las cuales el tratamiento quirúrgico reconstructivo falló.

- 2) Además de padecer alguno de los problemas de infertilidad descrito en el numeral 1), no debe presentar problemas físicos y mentales.
- 3) Presentar por lo menos 3 años de infertilidad.

* **Esposo:**

- 1) Análisis de semen con conteo igual o mayor de 20 millones de espermatozoides por ML.
- 2) No presentar ninguna patología genética recesiva
- 3) Gozar de buena salud física y mental.

* **Madre subrogada:**

- 1) Edad comprendida entre los 20 a los 30 años.
- 2) Presentar ovulación regular.
- 3) Gozar de buena salud física y mental.

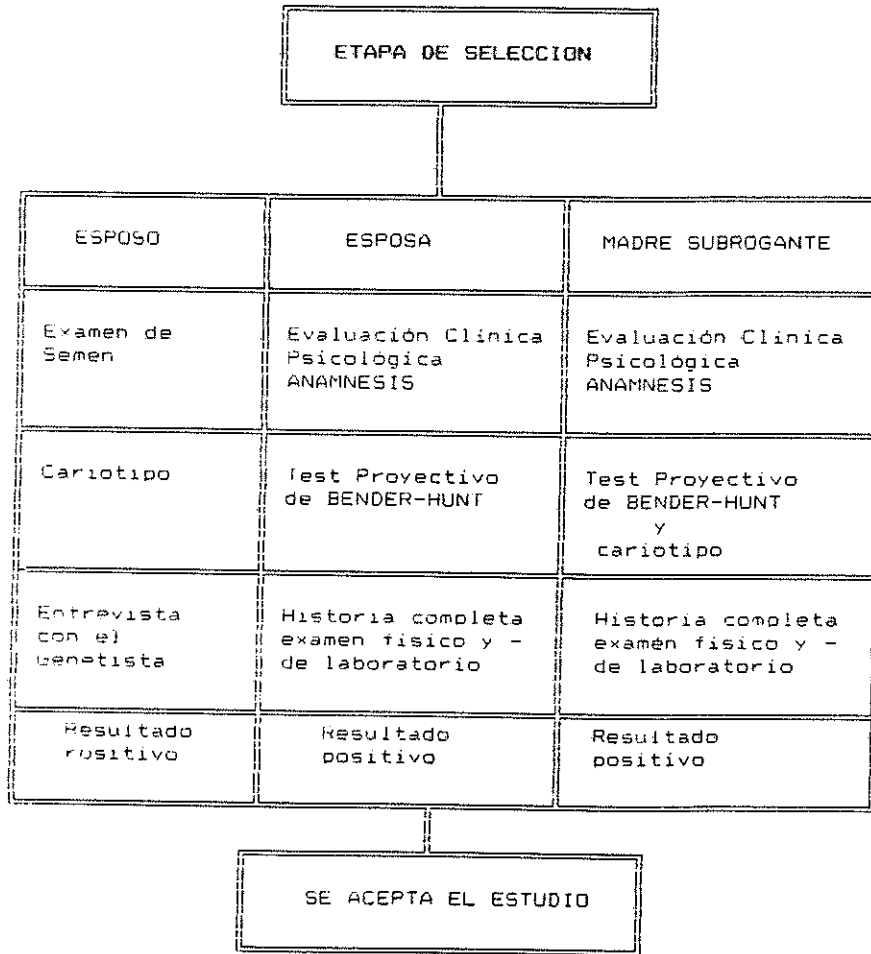
A continuación se presenta en gráfica el procedimiento a seguir en esta etapa y posteriormente la explicación de la misma.

esis de Graduación

Anabel Fong Contreras



GRAFICA #2



EXPLICACION DE LA GRAFICA

- En el caso de la esposa estéril y la madre subrogada:

1. Se llevará a cabo una evaluación clínica psicológica ANAMNESIS, para obtener información, desde el nacimiento, si fuera esto posible, hasta la actualidad, abarcando situación familiar y social.
2. Se les practicará un test proyectivo de personalidad para corroborar la apreciación psicológica obtenida de la ANAMNESIS. De lo que se obtendrá datos más profundos sobre la condición psicológica de las pacientes.
3. Si lo anterior es satisfactorio, se les hará una historia clínica y un examen físico completo, así como las pruebas de laboratorio de rutina.
4. A la madre subrogada se le práctica un Cariotipo, para determinar enfermedades recesivas.

- y para el esposo:

1. Se realiza un examen de semen, cuyo conteo debe ser igual o mayor a 20 millones de espermatozoides por ML.
2. Se le practica un cariotipo
3. Se le práctica una evaluación clínica genética.

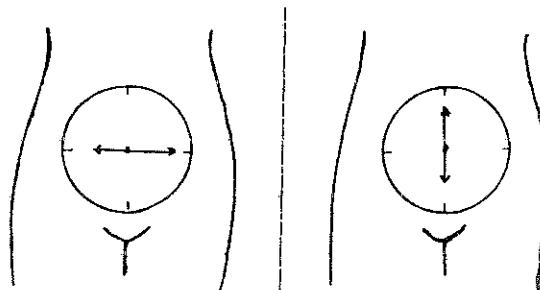
Si todos los los pasos son satisfactorios, se pasa a la siguiente etapa:

- b. Etapa de sincronización: Se entiende por sincronización, a la coordinación de la ovulación de la esposa estéril y de la madre subrogada a través de la LH PEAK, con una diferencia de más-menos dos días.

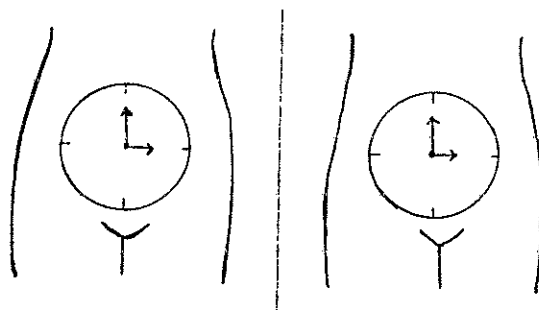
Tanto la esposa esteril como la madre subrogada estarán en una abstinencia sexual durante el periodo ovulatorio, siendo este periodo de 5 días de la LH PEAK.

Asi mismo, se les dará tanto a la esposa estéril como a la madre subrogada, anticonceptivos orales, por unos 23 días, así como se hará una medición diaria de LH PEAKSERICO con radio inmunoensayo, durante los 4 ó 5 días previos a la LH PEAK.

ANTES DE LA SINCRONIZACION



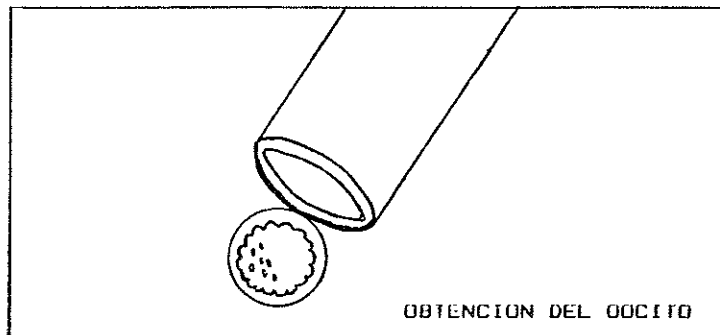
DESPUES DE LA SINCRONIZACION



Al lograr la sincronización se pasa a la siguiente etapa.

- c. **Etapa de obtención del oocito:** Esta etapa se efectúa por medio de Laparoscopia o por aspiración transvaginal dirigida por ultrasonografía.

Al quinto día de la medición del LP PEAKSERICO en la esposa estéril, se recupera el oocito, el cual es perforado transcervicalmente sin anestesia. Esto se realiza introduciendo un cateter especial en la cavidad uterina de la esposa estéril. El medio de cultivo líquido es inyectado en la cavidad u removido. Esto se repite por una segunda o tercera vez y en los días subsiguientes, sino se ha recuperado el oocito.



- f. **Etapa de fecundación:** Se da cuando se coloca el oocito y el espermia, en una caja de Petri, dentro de una incubadora, por un periodo aproximado de 37 horas.
- e. **Etapa de siembra del cigoto:** Si el cigoto esta en condiciones optimas, se procede a transferirlo al utero de la madre subrogada. El procedimiento a utilizar es el siguiente:
- 1) Se coloca a la mujer receptora en una camilla ginecológica.
 - 2) Se procede a colocar el especulo y se colocará cateter transcervicalmente.
 - 3) Se transfiere el óvulo fertilizado.

5. QUIENES PUEDEN RECURRIR A CELEBRAR UN CONTRATO DE MADRE SUBROGADA.

Las diferentes personas que pueden recurrir a realizar este contrato, mediante la técnica de reproducción asistida, aunque su practica de acuerdo a la mayoría de legislaciones es prohibida, son las siguientes:

- a. **Esposa estéril:** Puede recurrir a la inseminación con espermia del esposo y su posterior implantación en una madre subrogada.

Tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras

- b. **Esposa estéril:** Por anomalías en el útero, pero con producción normal de óvulos, puede recurrir a la fecundación in vitro de los gametos paternos, con posterior implantación en una madre subrogada.
- c. **Pareja infértil:** Por malformaciones genéticas de sus órganos reproductores o de los gametos. Se puede recurrir a las técnicas de fecundación asistida, con ovulos y espermatozoides de donantes e implantación en una madre subrogada.
- d. **Mujer muerta:** Se puede recurrir a la fecundación in vitro de óvulos maternos (obtenidos en vida, después congelados) con espermatozoides del esposo; y posteriormente se implantan en una madre subrogada.
- e. **Hombres solos:** Pueden realizar la fecundación artificial de una madre subrogada con espermatozoides propios.

5. ASPECTOS EN QUE REPERCUTE EL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA

Debido a que el llamado contrato de madre subrogada conlleva múltiples repercusiones, a continuación se analizan las mismas.

- a. **Aspecto económico:** Este aspecto influye para la celebración del contrato de madre subrogada en dos direcciones:

El primero en relación a la pareja estéril, que con una cantidad de dinero, desean obtener un niño, el cual van a considerar como hijo propio.

El segundo, en relación a la madre subrogada, quién por una cantidad de dinero, va a permitir la implantación de un embrión, para gestarlo en su vientre y posteriormente entregarlo en adopción.

La madre subrogante debe de considerar los siguientes aspectos:

- **Desgaste físico:** Durante la gestación, al momento del parto y posterior al mismo, así como los accidentes imprevistos.

- Desgaste psíquico: Los desajustes emocionales ocasionados por la preñez y parto.
- La dependencia: De carácter económica, física y contractual laboral.

- b. **Aspecto Social:** El contrato de madre subrogada es en Guatemala una práctica casi desconocida; los pocos casos que quizás se han dado, se han mantenido en absoluta reserva, dado que nuestra sociedad no acepta este tipo de práctica, pero se conoce que se efectúa bajo las siguientes directrices.

El médico es el encargado de poner en contacto al matrimonio estéril (con solvencia económica) y la madre subrogante (de escasos recursos económicos). La esposa estéril finge un embarazo normal.

Tanto la madre subrogada como la esposa estéril son internadas en un Sanatorio Privado para realizar en éste la entrega del niño.

Socialmente se dan varias consecuencias:

- A la madre subrogada: Dentro del círculo social es aceptada y envidiada por que tiene la oportunidad de hacerlo, dado que le permite buenas ganancias y, de alguna manera, un nivel de vida temporal mejor, que de otra manera no podría proporcionarse.
 - A la pareja estéril: Usualmente se finge un embarazo, para no tener que aceptar que se ha realizado un contrato de madre subrogada, y así hacerles creer a su círculo de amistades que todo se ha dado en forma natural.
 - Al médico: Debe de ser un especialista, actualizado en los modernos métodos de fecundación artificial y le brinda buenas ganancias, independientemente de sus consideraciones morales y éticas.
- c. **Aspecto Moral:** Una de las posturas más radicales acerca de la celebración del contrato de madre subrogada es la adoptada por el Vaticano en el documento "El respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación" donde se considera ilícito cualquier procedimiento de la fecundación artificial, tanto si es conyugal como si lo es con donante, y dice textualmente en uno de sus apartados: « La Iglesia es contraria a la fecundación Homóloga in vitro, como a la masturbación mediante la

cual es procurado normalmente el esperma para la misma, porque disocia el acto conyugal en los dos momentos que establecen su significado humano: el unitivo y el procreador >>

Los matrimonios estériles que quieran ser fieles al magisterio oficial de la Iglesia Católica no pueden acogerse a esta posibilidad para llegar a la paternidad.

El documento reconoce que esta postura puede provocar una lógica aflicción a las parejas infértiles, que podrían superar su problema mediante la tecnología médica.

Considera sin embargo que << no existe un verdadero y propio derecho al hijo. El hijo no es algo debido, es más bien un don. Los esposos que se encuentran en esta dolorosa situación están llamados a descubrir en ella la ocasión para participar particularmente en la Cruz del Señor fuente de la fecundidad espiritual. >>

La iglesia Evangelica Protestante, rechaza los metodos de fecundación artificial y aun más el contrato de madre subrogada, por considerar que ambos utilizan medios no naturales. Además la Iglesia considera que únicamente por fe en el DIOS espiritual, y la oración; DIOS provee de hijos a sus fieles.

- d. **Aspecto médico:** Los profesionales de la Medicina con amplia experiencia expresan, que sin tener un criterio teológico, ni filosófico, no encuentran ningún reparo moral a una inseminación artificial conyugal, ni tampoco a la fecundación in vitro y posterior implantación del preembrión en el útero de la madre, cuando ambas células sexuales (espermatozoide y óvulo) proceden de los propios padres.

Consideran que así están ayudando a las leyes naturales, a través de tecnología moderna, a la vez que fortalecen la unidad familiar. No olvidemos, expresan los profesionales de la medicina, que los principios que rigen la vida moral, familiar y social son tan naturales y universales como aquella que rige la vida desde el punto de vista puramente biológico

Consideran lícito el uso de medios artificiales para mejorar la calidad de vida biológica, curación de enfermedades, y favorecimiento de la comodidad.

Entonces, porqué, no van a poder usar, cuando sea necesario, las técnicas médicas que propician el cumplimiento de algo tan natural y positivo como es la procreación dentro del matrimonio.

- f. **Aspecto psicológico:** En el embarazo las emociones y el comportamiento pueden cambiar de manera tan acusada como la forma del cuerpo. Son diversas las razones que contribuyen a ello. En primer lugar, la gestante se halla sometida a la influencia de diversas hormonas reproductoras que no le afectaban antes de quedar en tal estado.

Además de las tensiones físicas y sociales pueden estarse produciendo cambios psicológicos. La crisis emocional del embarazo es de gran importancia para la futura salud psicológica de las mujeres. Las tensiones de la gestación parecen ocasionar una desintegración de conducta.

Entre los cambios psicológicos del embarazo destaca a menudo la tristeza, sentimientos de temor, de preocupación y ansiedad. Algunas mujeres observan en sí mismas, una disminución de sus facultades intelectuales y sentimientos de minusvalía. El temor a una crisis nerviosa puede ser muy frecuente durante el embarazo y acrecentarse con el parto.

Este aspecto se analiza desde el punto de vista de la madre subrogada, el matrimonio estéril y el producto, es decir el niño concebido.

1. En la madre subrogada:

La gestación es un proceso difícil en toda mujer, más aún en la madre subrogada, quien es posible que vea aumentada su problemática afectiva, tanto hacia el medio censorador, como hacia el producto.

Este conflicto se verá atenuado por la intervención de una psicoterapia, cuyo objetivo gira en torno a una no alianza madre subrogada/producto; a la aceptación de su papel de depositaria ocasional; a la posterior separación o entrega del niño, y al manejo de su propia estabilidad afectiva, que será una de las bases sobre las cuales se fortalecerá la personalidad del niño.

Si todo el proceso de psicoterapia es llevado a cabo correctamente, la madre subrogada, manifestará sentimientos de protección y afecto hacia el feto.

La psicoterapia, como un proceso de entrenamiento, proporcionará a la madre subrogada la oportunidad de superar el proceso de duelo, ocasionado por la entrega del niño, por lo que esta debe dar comienzo, desde la siembra del cigoto, y concluir hasta que se supere el sentimiento de pérdida.

2. En el matrimonio estéril:

Se debe tener presente que el matrimonio estéril, estará en un proceso, sino tan complejo como el de la madre subrogada, si de la misma naturaleza, por lo que es aconsejable que reciban psicoterapia, la cual ayudará a liberar ansiedad y/o depresión.

3. En el niño producto:

En relación a los problemas psicológicos del niño producto es en donde pone de manifiesto que con la técnica de la fecundación in vitro, el mismo puede llegar a tener tres padres:

- la madre subrogante y
- el matrimonio estéril que los cria.

Así mismo si intervienen donantes, el niño puede llegar a tener hasta cinco padres:

- el donante del semen
- la donante del óvulo
- la mujer que recibe en su útero el óvulo fecundado,
- la pareja que lo cria.

Esto puede crear graves problemas de identidad en el niño, al margen de los que ya supone su singular forma de concepción.

Algunos psicólogos estudiosos de la problemática de la fecundación artificial, recomiendan a los padres no mencionar a nadie el origen del nacimiento de sus hijos. Otros psicólogos, en cambio, opinan que este ocultamiento se asemeja al que solía darse con los hijos adoptados hace veinte años, y que la tendencia es de ir superando dicho misterio y sustituirlo por

una sana franqueza, por la cual los donantes y las subrogantes sean conocidos e incluso puedan estar en contacto con la pareja y el niño. Y así se practica de hecho en algunos centros de fecundación asistida.

- f. **Aspecto jurídico:** La celebración del contrato de madre subrogada se realiza entre el matrimonio estéril y la madre subrogada, a través de un Centro de Subrogación. Los contratantes deben de tomar en consideración lo siguiente:

* En cuanto al Pago:

- Cuándo y cuánto recibirá la madre subrogada por el contrato?
- Qué pasa si la subrogante sufre un aborto o si el niño nace muerto?
- Quién es el responsable de pagar los cuidados prenatales, el parto, seguro de vida, ropa de maternidad, etc.?

* Cobertura Prenatal y Restricciones:

- Podrá la subrogante fumar o beber?
- Qué tipo de medicamentos debe tomar?
- Qué tipo de exámenes debe realizarse la madre subrogante mientras dure la gestación?
- En el caso de detectar problemas genéticos en el feto, se puede practicar un aborto?
- Tendrá derecho la madre subrogante de recibir información acerca del niño y de seguir en contacto?
- Si al nacer el niño, éste es un minusvalido, afecta esto el contrato?

En los Estados Unidos de Norteamérica, un contrato de esta naturaleza, cuesta aproximadamente Treinta mil Dólares (US \$30,000), de los cuales \$ 10,000 a \$ 12,000 dólares, son pagados a la madre subrogante y de \$ 18,000 a \$ 20,000 cubren los costos médicos y los del Centro de Subrogación que ha servido de enlace y por medio del cual se celebran los contratos.

La crítica que se le hace a este contrato es que, va en contra de la naturaleza de la familia, explota a los pobres y vende niños, lo cual es ilegal.

Los intentos de regulación de contratos y relaciones entre padres biológicos y padres adoptantes siguen creando controversia y polémica, porque las posiciones no están bien definidas. En algunos países se postula que los tribunales no deberían obligar al cumplimiento de los contratos de madres de "Alquiler o Subrogantes".

Un caso típico de un contrato de "madre subrogada" es el de la famosa Baby M, la niña norteamericana que tanto dió que hablar en los medios de comunicación. Nació de una <<Madre de Alquiler>> y fue entregada a sus padres adoptivos. Posteriormente fue <<cedida>> de nuevo a su madre biológica, por temor a que ésta se suicidara. La madre biológica, después de recibir a la niña, huyó con ella a otro Estado. Descubierta por la policía, la niña es devuelta a sus padres. Más tarde, por orden judicial es entregada en custodia a una pareja de terceras personas considerada <<neutral>>. Después de que el juez dicta sentencia firme, la niña vuelve con sus padres adoptivos. La madre biológica apeló la Sentencia.

Todo esto sucedió en el corto período de un año, el primero de la vida de la pequeña. Finalmente la Corte Suprema de Justicia dictaminó que la madre biológica tiene derecho a la niña que concibió.

En el caso antes considerado, el Tribunal que dictó el primer fallo se basó en que personas capaces, con plena voluntad y consentimiento habían firmado un contrato en términos claros y concretos, y por lo tanto debía ser cumplido.

En cambio la Corte Suprema no consideró válido en derecho este tipo de contratos, sino que considero predominante el aspecto biológico.

Se puede concluir entonces, que las mujeres que ceden su seno para concebir un hijo para otra mujer, puede que, en principio, tengan muy claro cuál es su misión, qué deben hacer con el niño, y así lo firmen incluso; pero lo cierto es que no pueden predecir cuál será su propia reacción en el momento crítico, es decir al nacer el niño y tenerlo en sus brazos, predominando así el instinto maternal sobre el económico.

CAPITULO TERCERO

**SITUACION JURIDICA DEL LLAMADO
CONTRATO DE MADRE SUBROGADA
EN OTROS PAISES**

Sumario

**A. ISRAEL/ B. FRANCIA/ C. ESPAÑA/ D. ALEMANIA/ E. SUIZA/
F. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA/ 1. Michigan/ 2. Lousiana/
3. Florida/ 4. Oregon/ G. ARGENTINA.**

A continuación se enuncian algunas posturas tomadas por funcionarios o instituciones de varios países, en relación al contrato de madre subrogada, lo que permitirá visualizar el mismo, desde un contexto más amplio.

A. ISRAEL

El Procurador General de Israel ha planteado ante La Corte Suprema de su país su punto de vista en relación a las Reulamentaciones de 1987, QUE PROHIBEN la práctica de la MATERNIDAD SUBRUGADA, cuando se emplea la Fertilización in vitro, estableciendo que son inválidas y que constituyen un abusivo ejercicio del poder administrativo.

Tomado de RECUIL PERIODIQUE DES JURIS-CLASSEURS, DROIT COMPARE (1992: P.1.) Autor: Israel Attorney General, y traducido al español por Mónica Echeverría.

B. FRANCIA

En Diciembre de 1986 el gobierno solicitó al Consejo de Estado el análisis de los aspectos jurídicos de la fecundación in vitro con trasferencia de embrión. Este estudio fue concluido en Enero de 1988.

Este sirvió de base para elaborar un "Anteproyecto de Ley sobre las Ciencias de la Vida y los Derechos del Hombre".

Esta propuesta consagra la licitud de la fecundación extrauterina ya sea que se utilicen gametos de la pareja o de

Tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras

terceros. El único punto en el que no se sigue un criterio permissivo es en cuanto a la MATERNIDAD DE SUBSTITUCIÓN que se considera ILÍCITA.

El Comité Consultivo Nacional de la Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud de Francia, elaboró un informe del cual destacan las siguientes recomendaciones:

- NO SE DEBE AUTORIZAR NI SE PUEDE PARTICIPAR en ninguna transacción de tipo comercial para favorecer el nacimiento de un niño, especialmente en lo referido a las MADRES DE ALQUILER.
- No se debe fomentar ningún tipo de práctica que cuestione o desvirtúe la institución familiar.
- Se recomienda que no se apliquen nuevas técnicas de procreación sin antes haber sopesado cuidadosamente sus posibles implicaciones médicas, sociales, jurídicas y éticas.

La jurisprudencia por su parte, ha externado su criterio de la siguiente manera:

La Corte Francesa rechazó la apelación de una Organización de madre subrogada, en contra de una declaración de una Corte inferior que resolvió la disolución de esta organización por regular servicios que son una violación al orden público y tienen un objeto ilícito. Promover que las madres abandonen a sus hijos y que renuncien a los derechos que les reconoce la ley, corrompiendo la institución de la adopción de su verdadero propósito y trayendo al mundo niños cuyo estado civil no corresponde a su filiación real.

También sostuvo que dicha organización viola las leyes del Código Civil Francés, poniendo a disposición de padres infértiles, las funciones reproductivas de madre subrogada y haciendo niños, objeto de contrato.

Desde el punto de vista legal, se puede concluir entonces que no existe hasta el momento una ley específica en Francia sobre los contratos de madre substituta

Tomado de ANNUAL REVIEW OF POPULATION LAW (1989: P. 47), Autor France Cour De Cassation y RECUIEL DALLOZ SIREY (1990: P.P. 540-544) Autor: France Cour D'Appel de Paris, y traducido al español por Mónica Echeverría.

C. ESPAÑA

Este es el primer país del mundo donde se cuenta con una amplia legislación sobre las Técnicas de reproducción asistida. A continuación se destacan algunos aspectos interesantes.

- Las técnicas de reproducción asistida, tienen como finalidad facilitar la procreación en los casos de esterilidad, que no han podido ser superados mediante procedimientos terapéuticos.
- Debe de predominar la maternidad biológica sobre la maternidad y paternidad Genética.
- SE PROHIBE EL "ALQUILER DE UTEROS"
- Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos para cualquier fin distinto de la procreación humana.

D. ALEMANIA

La república Federal de Alemania corrigió la ley de Procedimiento de adopción para regular la maternidad subrogada, prohibiendo ésta última, mediante las siguientes prevenciones:

13.a.

Madre subrogada significa una mujer que en base a un arreglo esta preparada para someterse a una inseminación artificial o natural; o para consentir en la inserción en ella de un embrión no originado en si misma, llevarlo a termino y dar la custodia permanente del niño después de su nacimiento.

13.b.

El contrato de madre subrogada significa la introducción de personas deseosas de adoptar o aceptar en custodia permanente, el resultado de la madre subrogada.

13.c.

El contrato de MADRE SUBROGADA DEBE SER PROHIBIDO.

13.d.

Las madres subrogadas o los padres que deseen este contrato no deben ser solicitados para fines publicitarios y en particular para anuncios de prensa.

Añade que las personas que realicen estos acuerdos con fines lucrativos, serán culpables de ofensa criminal. La madre subrogada y los padres envueltos en dicho arreglo, no son responsables de la pena.

Tomado de ANNUAL REVIEW OF POPULATION LAW (1989: P.P 47-48), Autor: Germany Federal Republic of, y traducido al español por Mónica Echeverría.

E. SUIZA

La ley Suiza en relación a la reproducción asistida en su Artículo 50 establece:

1. Una mujer puede ser inseminada artificialmente, si ella se encuentra casada, debiendo darse consentimiento escrito de la pareja, siempre y cuando la procreación natural no sea posible. El procedimiento de la inseminación artificial debe ser hecho por un médico.
2. La inseminación artificial con espermia de otro hombre es permitida, si previamente se efectuó una inseminación con espermia del esposo, y esta falló; o por ser esta imposible, debido a enfermedades genéticas.
3. La inseminación artificial fuera del cuerpo de la madre, es permitida, solamente si todos los demás métodos de tratamiento han fallado.

Puede ser realizado solamente con el espermia del esposo y el óvulo de la madre; debe de realizarse únicamente con hospitales de Salud del Estado, en donde el embrión debe ser implantado.

4. Los gametos pueden ser mantenidos vivos únicamente durante periodos de tratamiento. La experimentación y manipulación de embriones, así como de las características hereditarias, están prohibidas.

Las medidas terapéuticas en los embriones, se permiten solamente para evitar enfermedades serias, siempre y cuando las características hereditarias no sean alteradas.

5. Los bancos comerciales de espermia, la inseminación con espermia y óvulos de personas muertas, la MATERNIDAD

SUBROGADA, la donación de óvulos, así como la Transferencia de embriones a terceros personas, NO ESTA PERMITIDA.

Tomado de ANNUAL REVIEW OR POPULATION LAW (1989: P. 51); Autor: Switzerland Aargau, y traducido al español por Mónica Echeverría.

F. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

Se argumenta que el contrato de madre subrogada crea problemas éticos, morales y legales, los cuales pueden dar lugar a amonestaciones.

Otros argumentan que los contratos de madre subrogada benefician a parejas que de otra manera no podrían tener a un hijo; y declararlo ilegal conduciría a una práctica real pero no reglada. También sostienen que las mujeres tienen el derecho a ser subrogadas, siempre que no sean coaccionadas. Ellos argumentan que la subrogación debe ser permitida, pero regulada, para prevenir el abuso.

En Estados Unidos las leyes estatales reflejan la falta de acuerdo a cerca de como manejar el contrato de MADRE SUBROGADA.

Catorce estados han legislado normas sobre subrogación acordando que la Conferencia Nacional de Legislación Estatal siga los últimos desarrollos del tema.

A continuación se presentan las posturas de algunos estados.

1. Michigan: Califica como un crimen el participar en un contrato lucrativo de madre subrogada.
2. Louisiana: Considera que los contratos de madre subrogada, sean pagados o no, no deben ser aplicados.
3. Florida: Permite los contratos de subrogación, pero da a la madre subrogada, siete días para cambiar de opinión.
4. Oregon: En 1989 el Procurador General del Estado emitió una opinión, estableciendo las condiciones inherentes para los contratos de madre subrogada
 - a. El consentimiento del hombre para aceptar su paternidad o adoptar al niño a concebir.

- b. La promesa de la madre subrogada para consentir la adopción del niño por el padre natural y su esposa

Aplicando los Estatutos existentes de la inseminación artificial, la paternidad y la adopción, el Procurador General concluyó, que los derechos filiales del padre deberían ser más severos y deben ser tratados como sin parentesco en cualquier disputa de custodia.

Así mismo estableció que los contratos que realicen las organizaciones privadas lucrativas de reproducción asistida o maternidad subrogada, deben de cumplir todos los requisitos y sujetarse a las normas de las Agencias de Adopción del Estado.

Tomado de ANNUAL REVIEW OF POPULATION LAW (1989: P. 54). Autor United States, Oregon Attorney General y THE CONSUMER'S LEGAL GUIDE TO TODAY'S HEALTH CARE. (1992: PP. 201-202). Autor Isaac Stephen L., traducido al español por Mónica Echeverría.

G. ARGENTINA

En algunos países se ha desarrollado la práctica de agregar, al hecho de la gestación del embrión formado con ovulo de una mujer en el vientre de otra, un negocio oneroso, cual es la locación del vientre de la madre portadora.

Si en este país se demandara por un contrato de esta índole, ya sea para pedir el pago del precio del alquiler, ya sea para requerir la entrega del niño, en virtud del contrato la demanda no prosperaría, debido a que el Artículo 953 del Código Civil establece que no es posible negociar sobre el estado de familia de las personas.

CAPITULO CUARTO

INCIDENCIAS DEL LLAMADO CONTRATO DE MADRE SUBROGADA EN EL DERECHO DE FAMILIA EN GUATEMALA

Sumario

A) LA FAMILIA/ B) DERECHO DE FAMILIA/ 1. Características/ 2. Fuentes/ 3. Clasificación/ C) FILIACION/ 1. Clases/ D) ADUPCION/ 1. Condiciones para realizarlo/ 2. Efectos.

Debido a que el contrato de madre subrogada tiene relación directa con el Derecho de Familia, es necesario analizar ciertas instituciones del mismo.

A. LA FAMILIA

El vocablo familia ofrece varios significados. Uno de carácter general con que se designa al conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines. Otro, en sentido estricto, con que se designa el parentesco más próximo y cercano. El conjunto formado por el padre, la madre y los hijos comunes.

El tratadista Federico Puig Peña define a la familia de la siguiente manera:

Es aquella institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y el respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las etapas de la vida". (1976. Tomo IV, P. 22)

El tratadista Alfonso Brañas, da la siguiente definición:

"La familia es una rubrica que une a los individuos que llevan la misma sangre" (1987, Tomo I, P. 104)

Cualquiera que sea el concepto que se considere más aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, avanzadas o más o menos avanzadas, ha tenido y tiene singular importancia como núcleo de toda sociedad política y jurídicamente organizada.

La familia juega un papel importante en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Artículo 25 establece:

"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, así como otras condiciones fundamentales para la existencia..."

La importancia que en Guatemala, se ha dado a la regulación jurídica de la familia, es evidente. Las Constituciones promulgadas en 1945, 1956, 1965, así como la de 1985, incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la misma considerándola como elemento fundamental de la sociedad.

A este respecto, la Constitución Política de Guatemala en el Artículo 47, establece:

"Protección a la Familia. El estado garantiza la - protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos"

B. DERECHO DE FAMILIA

Se ha hecho referencia hasta el momento a la familia como una institución muy importante que cumple un alto cometido en la vida del hombre, pero esta institución, como todas, necesita de una ordenación, de un conjunto de normas y disposiciones que integran el Derecho de Familia.

El Derecho de Familia puede enfocarse desde dos ángulos: Objetivo y subjetivo.

En sentido objetivo: Es el conjunto de normas que regulan las relaciones de las personas que constituyen un grupo familiar o una familia.

En sentido subjetivo: Es el conjunto de derechos que nacen de las relaciones que dentro del grupo familiar mantienen los miembros de esta familia con los demás, para el cumplimiento de los fines de la unidad familiar.

En general, el Derecho de Familia comprende el conjunto de normas reguladores del matrimonio y sus implicaciones, paternidad y filiación, patria potestad y tutela, alimentos, adopción, y todo lo referente al estado civil de las personas.

1. CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE FAMILIA

Las principales características del Derecho de Familia son:

- a. Contiene un sustrato de carácter más moral que jurídico.
- b. Existe un predominio de las relaciones personales sobre las relaciones patrimoniales.
- c. Tiene primacía el interés social sobre el interés individual, y una frecuente intervención del Estado para proteger al más débil.
- d. Las relaciones familiares son a la vez derechos y deberes.
- e. Los derechos de la familia, son inalienables, intransmisible e imprescriptibles.
- f. Los derechos de la familia no están condicionados, ni pueden estar constituidos con sujeción al término.
- g. Tienen carácter obligatorio o de orden público las leyes relativas a la familia.

2. FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA

En el Derecho guatemalteco se reconocen cuatro fuentes del Derecho de Familia.

- a. El matrimonio.
- b. La unión de hecho.
- c. La filiación.
- d. La Adopción.

Se tratará más adelante lo relativo a la Filiación y la Adopción, por ser éstas, las que tiene relación con el tema objeto de la presente investigación.

3. CLASIFICACION DEL DERECHO DE FAMILIA

El Derecho de Familia se ha clasificado en interno y externo:

- a. El Derecho de familia interno comprende las normas dictadas por la misma familia para su propia rectoria y aplicación particular.
- b. El derecho de familia externo es el conjunto de normas emitidas por el Estado para la regulación y protección de la familia y todo lo concerniente a ella.

Algunos tratadistas han clasificado el derecho de familia en puro y aplicado.

- a. Conjunto de normas jurídicas que regulan puramente las relaciones personales que existen o se producen entre los miembros de la familia.
- b. Conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones económicas o patrimoniales de la familia.

En el caso de Guatemala se aplican las dos clasificaciones.

C. FILIACION

En sentido común, por filiación se ha entendido la descendencia en línea recta. Comprende toda la serie de intermediarios que relacionan o vinculan a determinada persona con algún ancestro.

En sentido jurídico, la filiación comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo.

Cuando la relación de filiación se la considera por parte del padre o de la madre, toma respectivamente los nombres de paternidad o maternidad.

El tratadista Federico Puig Peña define la Filiación como:

"Aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural - de procreación que lo liga con un tercero" (1976: tomo V, P. 378)

Los caracteres esenciales de la filiación son dos: Certeza y Estabilidad.

Certeza: La ley requiere que no haya dudas sobre la filiación.

Estabilidad: La ley requiere que el estado que la filiación ofrece sea permanente firme y duradero.

La certeza, y por ende, la estabilidad, se pueden establecer:

- Por medio de hechos o situaciones de carácter objetivo.
- Por presunciones derivadas de situaciones de carácter objetivo.

1. CLASES DE FILIACION:

Los preceptos jurídicos de cada país determinan las clases de filiación. Fundamentalmente, el matrimonio es el término de referencia. Es decir, se parte de la relación que surge por el hecho del nacimiento del hijo y de la existencia del matrimonio.

Razones enmarcadas en las antiguas organizaciones sociales y familiares, hicieron que el derecho deslindara distintas clases de filiación, que necesariamente varían según la ley de cada país.

De conformidad con el Código Civil Guatemalteco, puede afirmarse que la ley reconoce las siguientes clases de filiación.

- a. **Filiación Matrimonial:** La del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. (Art. 199)
- b. **Filiación Cuasimatrimonial:** La del hijo nacido dentro de la unión de hecho, legalmente declarada y registrada. (Art. 182)
- c. **Filiación Extramatrimonial:** La del hijo procreado fuera del matrimonio o de la unión de hecho no declarada y registrada. (Arts. 209 y 182).
- 4. **Filiación Adoptiva:** La del hijo que es tomado como hijo propio por la persona que lo adopta. (Art. 228)

El contrato de madre subrogada incide en la institución de la filiación, debido a que el niño nacido por la celebración de este contrato, va a ser considerado hijo del matrimonio estéril, independientemente de ser también hijo de la madre subrogante.

A simple vista, se puede decir que el niño tiene dos madres, la mujer estéril que dio su óvulo para ser fertilizado con espermatozoides de su esposo, y la madre subrogante que lo tuvo en su vientre y le dio la vida. Pero de conformidad con el contrato, el niño será dado en adopción al matrimonio estéril y serán estos los padres legales del niño.

D. ADOPCION

La adopción es una institución jurídico-social muy antigua que cobró importancia entre los romanos, quienes establecieron dos clases:

La primera, perseguía fundamentalmente procurarse un heredero; la segunda, ante la carencia de hijos varones, tenía por objetivo principal continuar el culto de los dioses domésticos, perpetuar el nombre, mantener la influencia política y religiosa, asegurar la transmisión del patrimonio familiar.

La adopción propiamente dicha del Derecho Romano, ha subsistido a través de los tiempos y pervivirá por la ingente necesidad de aquellas personas que no tienen, o no han podido tener hijos por la propia naturaleza.

Se ha considerado que la adopción ha sido inventada para consuelo de las personas sin hijos; o como una institución filantrópica destinada a ser el consuelo de los matrimonios estériles y una gran protección para socorrer a los niños pobres.

El tratadista Federico Puio Peña define la Adopción de la siguiente forma:

"Institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tiene lugar en la filiación legítima". (1976, Tomo V, P. 475).

El jurista Manuel Ossorio, establece en el Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales que es:

"Acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes al que no lo es naturalmente" (1981, P. 38)

La Constitución Política de Guatemala, en el Artículo 54 preceptúa: El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante

El Código Civil en el artículo 228 proporciona la norma legal. "La Adopción es el acto jurídico a asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona".

1. CONDICIONES PARA REALIZAR LA ADOPCION

A diferencia de otras legislaciones, el Código Civil no establece condiciones especiales para llevar a cabo la adopción. Únicamente señala, sujetos a prueba, los siguientes requisitos:

- a. Capacidad civil
- b. Capacidad económica
- c. Buenas costumbres
- d. Responsabilidad moral para el cumplimiento de sus obligaciones de adoptante

tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras

2. EFECTOS DE LA ADOPCION

Fundamentalmente los efectos que se derivan de la adopción son los siguientes:

- a. Nacimiento de un parentesco civil entre adoptante y adoptado, absolutamente idéntico en cuanto a derechos y obligaciones, al que existe entre padre e hijo. (Art. 229 inc. 1ro. y 231 C.C.)
- b. El indicado parentesco civil adoptcional no trasciende ni se extiende a los parientes del adoptante ni del adoptado.
- c. No obstante, la no trascendencia o extensión del parentesco civil adoptcional, el adoptado y los hijos del adoptante, deben ser considerados, tratados y presentados a las relaciones sociales, como hermanos, pero entre ellos no existe derecho de sucesión recíproca. (Art. 229 C.C. párrafo final)
- d. El adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado (Art. 232 C.C.)
- e. El adoptado tiene derecho de usar el apellido del adoptante. (Art. 232 C.C. párrafo final)
- f. El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero este sí lo es de aquél. (Art. 236 C.C. inc. 1ro.)

Definitivamente el contrato de madre subrogada va a incidir en la institución de la Adopción, debido a que al concluir el contrato, la madre subrogante entregará al niño en adopción para que éste, sea adoptado legalmente por el matrimonio estéril.

Por lo tanto, el niño será legalmente hijo del matrimonio estéril, teniendo derecho a usar el apellido de éstos, a ser tratado dentro de la familia y la sociedad como hijo del matrimonio, tendrá derecho a ser heredero legal de éstos y estará bajo la tutela de los padres adoptantes.

La sustentante considera que muchos matrimonios estériles que cuentan en sus países con instituciones de subrogación, deciden realizar este contrato, porque no sólo van a obtener un hijo con sus propios genes y por ende con las características propias de la familia, además de llenar un gran vacío dentro de su matrimonio.

CONCLUSIONES

1. El contrato de madre subrogada, es un contrato innominado, y surge como un avance de la ciencia para ayudar a los matrimonios estériles, en la obtención de un hijo.

En Guatemala no se puede aplicar, el contrato de madre subrogada, porque no existe legislación sustantiva, ni adjetiva, que pueda aplicarse.

2. Este contrato no es recomendable para nuestra sociedad, porque no estamos preparados cultural, ni socialmente para ser partes del mismo.
3. La legislación civil guatemalteca establece que no solo las COSAS que existen pueden ser objeto de contrato sino las que se espera que existan, y se entiende por cosa, a todo objeto material susceptible de tener un valor.

Así mismo establece que el negocio jurídico requiere para su validez, entre otros, que el objeto sea lícito; pero la persona no es una cosa, no es un objeto material, por lo tanto, no es susceptible de ser objeto de contrato, y siendo la persona el objeto del contrato de madre subrogada, éste objeto sería ilícito.

4. La legislación guatemalteca, norma la subrogación como la forma de transmitir las obligaciones, cuando el acreedor sustituye en un tercero que paga, todos los derechos, acciones y garantías de la obligación; sin embargo esta clase de subrogación aceptada por Guatemala, difiere de la subrogación que se da en el contrato analizado, por lo que el mismo no puede apoyarse en esta figura jurídica.
5. El Código Civil establece que se prohíbe transigir sobre el estado civil de las personas, o sea, que no se puede negociar sobre el estado de hijo, o de madre, situación que si sucede en el contrato de madre subrogada.

tesis de Graduación

Anabel Fonq Contreras

6. El contrato de madre subrogada puede dejarse como una solución viable para el futuro, y aplicarse en casos especiales de esterilidad; (porque no se puede apartar de los avances de la ciencia); pero dicha práctica tendría que ser amparada por un cuerpo legal.
7. No obstante, la práctica del contrato de madre subrogada en algunos países de Europa y de América latina, este no es aceptado por la mayoría de las legislaciones; y las que lo permiten establecen una serie de normas que restringen su práctica.

BIBLIOGRAFIA

A) TEXTOS

Autores Nacionales:

- BELTRANENA DE PADILLA,
MARIA LUISA Lecciones de Derecho Civil
1982 Editorial Académica
Centroamericana, Tomo I
Guatemala, 289 P.P.
- BRANAS, ALFONSO..... Manual de Derecho Civil
1987 Editorial Universitaria,
Tomo I, Partes 1 y 2
Guatemala, 386 P.P.
- - -
1987 Tomo II, Parte 3.
Guatemala, 93 P.P.
- RODRIGUEZ DE VILLAIURO
HILDA VIOLETA Lecturas Seleccionadas y Casos
1992 de Derecho Civil IV
Editorial Cooperativa de
Ciencias Políticas, R. L.
Guatemala, 369 P.P.

Autores Extranjeros:

- AGUILAR, ISIDRO..... Vida, Amor y Sexo
1990 Editorial Safeliz,
Segunda Edición, Tomo 2
España, 327-620 P.P.
- CASTAN TOBERAS, JOSE..... Derecho Civil Español y Foral
1978 Editorial Ruiz,
Duodécima Edición, Tomo III
España, 704 P.P.

tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras

- ESPIN CANDVAS, DIEGO..... Manuel de Derecho Civil Español
1975 Editorial Revista de Derecho
Privado, Cuarta Edición,
Volumen III
España, 671 P.P.
- GUMEL, VICTOR Clinicas Médicas y
1980 Ginecológicas.
Nueva Editorial Interamericana,
S.A. de C.V.
Volumen 4/1980
México. 1000-1387 P.P.
- GURBACH, ARTHUR..... Embarazo, Parto y Recién Nacido
1985 The Boston Children's Medical
Center. Editorial Varía.
España. 500 P.P.
- PACHECO, MAXIMO..... Introducción al Derecho
1976 Editorial Juridica de Chile
Chile. 865 P.P.
- PUIG PENA, FEDERICO..... Compendio de Derecho Civil
1976 Español
Editorial Piramide, S.A.
Tercera Edición, Tomo III
España, 531 P.P.
- - - Tercera Edición, Tomo IV.
1976 España, 443 P.P.
- - - Tercera Edición, Tomo V.
1976 España, 696 P.P.
- RUJINA VILLEGAS, RAFAEL..... Compendio de Derecho Civil
1984 Editorial Porrúa, S.A.
Vigésima tercera Edición.
Tomo I. México. 537 P.P.
- RUJINA VILLEGAS, RAFAEL..... Derecho Civil Mexicano
1977 Editorial Porrúa, S.A.
Tercera Edición, Tomo VI,
Volumen I
México, 708 P.P.

Tesis de Graduación

Anabel Fong Contrera

- SLIPYAN, PHILLIP..... Clinicas Medicas y Ginecológicas.
1979 Nueva Editorial Interamericana,
S.A. de C.V., Volumen 2/1979,
México. 283-554 P.P.
- SPEROFF, LEON y
GLASS, ROBERT H
KASE, NATHAN G..... Endocrinología, Ginecología e Infertilidad.
1982 Editorial Toray,
Segunda Edición
España, 438 P.P.
- ISAACS, STEPHEN L.
SWARTZ, AVA C. The Consumer Legal Guide to Today's Health Care
1992 Today's Health Care
New York, 384 P.P.

B) DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS:

- CABANELLAS DE TORRES
GUILLERMO Diccionario Juridico Elemental
Editorial heliasta, S.R.L.
Argentina 1983
- - -
Enciclopedia Juridica Omega
Editorial Driskill, S.A.
Tomo XI
Argentina, 1987
- USSURIO MANUEL Diccionario de Ciencias Juridicas, Politicas y Sociales
Editorial heliasta, S.R.L.
Argentina 1978
- - - Diccionario Medico
Segunda Edición
Salvat Editores, S.A.
Barcelona, España 1974
- - - Diccionario Práctico Larousse Español Moderno
Editorial Larousse S.A. de C.V.
México DF, 1994.

Tesis de Graduación
Anabel Fong Contreras

 Diccionario Práctico Larousse
Español Inglés/English Spanish
 Editorial Larousse S.A. de C.V.
 Mexico DF. 1994

 Diccionario Práctico Larousse
Vocabulario Técnico-Científico
 Editorial Larousse S.A. de C.V.
 Mexico DF. 1994

C) TESIS:

ALVARADO SANDOVAL, RICARDO.. Curso Gráfico de los Contratos
 1978 en Particular en la Legislación
Civil Guatemalteca
 Guatemala, 95 P.P.

DIAS LEMUS, ANA VILMA..... Necesidad de Legislar Aspectos
 1973 Novedosos en Materia de Fecun-
dación Humana
 Guatemala. 96 P.P.

MAZARIEGOS CASTELLANOS,
 LUIS ALBERTO Las Modernas Técnicas
 1986 Biológicas de Fecundación
Artificial y sus Incidencias
Jurídicas.
 Guatemala, 77 P.P.

VILLAGRAN RECINUS,
 HECTOR ROLANDO Fecundación Artificial y sus
 1990 Indidencias Jurídicas en el
Derecho de familia.
 Guatemala, 72 P.P.

D) REVISTAS:

1978 Revista Jurídica "El Derecho"
 Universidad Católica Argentina

1992 Revista Jurídica "El Derecho"
 Universidad Católica Argentina

1978 Revista Jurídica "La Ley"
 Buenos Aires, Argentina

Tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras

1991	<u>Revista Juridica "La Ley"</u> Buenos Aires, Argentina
1992	<u>Revista Juridica "La Ley"</u> Buenos Aires, Argentina
1987	<u>Annual Review of Population Law</u> Estados Unidos de Norteamérica
1989	<u>Annual Review of Population Law</u> Estados Unidos de Norteamérica
1990	<u>Recueil Dalloz Sirey</u> Paris, Francia
1992	<u>Recueil Periodique Des Juris-</u> <u>Classeurs, Droit Compare</u> Paris, Francia

E) ARTICULOS:

ANDORNO, ROBERTO L.....	<u>Fecundación "in vitro" y Valor</u> <u>de la Vida Humana.</u>
- - -	<u>La Procreación Artificial:</u> <u>Actual Problemática en Francia.</u>
ANDRUET, ARMANDO S.....	<u>La Eticidad en las Ciencias Mé-</u> <u>dicas en General y en la Fecun-</u> <u>dación "in vitro" en Particular</u>
BANCHIO, CARLOS ENRIQUE.....	<u>Status Juridico del Narciturus</u> <u>en la Procreación Asistida</u>
BELLUSCIO, AUGUSTO CESAR....	<u>Aspectos Juridicos de la Fecun-</u> <u>dación Extracorporal.</u>
FRANCE COUR D'APPEL	<u>Mrs. X, 15 June 1990</u>
FRANCE COUR DE CASSATION....	<u>Judgment, 13 December 1989</u>

- GERMANY FEDERAL REPUBLIC OF. Act Amending the Adoption Arrangements, 27 November 1989
- ISRAEL, ATTORNEY GENERAL.... New Reproduction Technologies in vitro.
- LLAMBIAS, JORGE JOAQUIN..... La fecundación Humana in vitro
MAURI, JACQUES La Inseminación Artificial
- MAZZINGHI, JORGE ADOLFO..... Breve Reflexion sobre la Fecundación in vitro
- SWITZERLAND, AARGAU..... Law on Health, 10 November 1987
- UNITED STATES, OREGON..... Opinion of 19 April 1989
ATTORNEY GENERAL

F) LEYES:

- DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948.
- CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA (1985). Vigente
- CODIGO CIVIL (Dto-Ley 106). Vigente
- LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA (Dto-Ley 206). Vigente

GLOSARIO

" A "

AMENORREA: Ausencia del flujo menstrual.

ANDROGENO: Que posee cualidades masculinizantes.

ANOVULACION: Falta de ovulación.

" B "

BLENNORRAGIA: Inflamación infecciosa de la uretra producida por un gonococo.

BRIDA: Freno o frenillo.

" C "

CARCINOMA: Cáncer o tumor maligno constituido por células epiteliales polimorfas con tendencia infiltrativa hacia los tejidos próximos y metástasis.

CARIOTIPO: Examen de laboratorio, para determinar la existencia de enfermedades genéticas de carácter recesivo.

CERVICAL: Se refiere al cuello uterino.

ZIGOTO: Individuo resultante de la unión de dos gametos.

" D "

DISFUNCION: Trastorno en el funcionamiento normal de un órgano.

" E "

EMBRIÓN: Producto de la concepción desde las primeras modificaciones del huevo fecundado.

ENDOCRINO: Aplicase a las glándulas de secreción interna, como la tiroides.

ENDOMETRIAL: Membrana mucosa situada en el interior de la cavidad uterina.

tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras

ENDOMETRIO: Mucosa que tapiza la cavidad uterina.

ESCROTO: Envoltura cutánea común a ambos testículos.

ESPECULU: Instrumento destinado a dilatar la entrada de ciertas cavidades y mantener separadas las paredes de las mismas con objeto de examinar su interior.

" F "

FEBRIL: De la Fiebre. Actividad Febril

FURADANTINA: Antibiótico que actúa sobre bacterias gram positivas.

" G "

GAMETOS: Celula sexual masculina o femenina.

GLANDULAS SUPRARRENALES: Glándulas pequeñas colocadas sobre los riñones que segregan unas 30 hormonas reguladores del metabolismo.

GONOCOCCO: Microbio patógeno productor de la blenorragia.

GONORREA: Blenorragia.

" H "

HÉMOFILIA: Transmición hereditaria y congénita a las hemorragias. por ausencia de un factor específico en la sangre.

HIPOFISIS: Cuerpo o glándula pituitaria, órgano glandular situado en la silla turca y pendiente del cerebro por un pedículo o tallo pituitario.

HIPOTALAMO: Subtálamo. Porción ventral del diencefalo, que comprende los cuerpos mamilares, el tubercinereco.

HIPOTIRUIDISMO: Deficiencia en la actividad de la glándula tiroides que incide en la capacidad sexual de las personas.

HIRSUTISMO: Desarrollo exagerado del pelo o cabellera en la mujer.

HISTEROMETRO: Instrumento para la práctica de la Histerometría.

tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras

Reservados todos los derechos. No se permite la explotación económica ni la transformación de esta obra. Queda permitida la impresión en su totalidad.

HISTEROMETRIA: Medición de la longitud o dimensiones de la cavidad del útero por medio del Histerómetro.

HORMONA: Producto de la secreción animal liberado por una glándula de secreción interna en cantidades pequeñísimas que pasa al torrente sanguíneo para regular el metabolismo del cuerpo humano.

" I "

INHIBIR: Suspender transitoriamente un proceso fisiológico o psicológico.

INMUNOGENO: Productor de Inmunidad.

" L "

LAPAROSCOPIA: Examen de la cavidad Abdominal para evaluar el estado de las trompas de falopio.

LEUCOCITOS: Globulo blanco de la sangre y de la linfa que asegura la defensa contra los microbios.

LH PEAK: Pico mas alto de cantidad de la hormona luteinizante en el monitoreo de un periodo ovulatorio.

LIBIDO: Forma de energia vital. origen de las manifestaciones de origen sexual.

LICUEFACCION: Paso de un gas al estado de liquido.

LUTEINIZACION: Proceso de las elulas del folleto de De Graaf una vez expulsado el óvulo, por el cual se hipertrofian y adquieren color amarillo convirtiendose en cuerpo amarillo por accion de la hormona luteinizante de la hipofisis.

" M "

MOCO: Sustancia liquida o semisólida, viscosa, translúcida, compuesta por agua, mucina, sales orgánicas, células epiteliales, leucocitos y sustancia granulosa.

MOTILIDAD: Capacidad de mover o de moverse.

Tesis de Graduación

Anabel Fonq Contreras



" N "

NEUROSIS: Nombre genérico de un grupo de afecciones nerviosas funcionales, sin substrato anatómico apreciable ni alteración de la personalidad.

" p "

PARACISTITIS TESTICULAR: Inflamación del tejido que rodea la vejiga urinaria a la vesícula biliar.

PATOLOGÍA: Rama de la medicina que estudia las enfermedades y los trastornos que se producen en el organismo.

PELVIS: Capacidad del cuerpo humana, en la parte inferior del tronco determinada por los dos iliacos, el sacro y el cóccix.

PSICOLOGÍA: Rama de la biología que trata de la mente y de los fenómenos afectivos

PSICOSIS: trastorno mental en general.

" R "

RADIO INMUNOENSAYO: Metodo de laboratorio para detectar cantidades ínfimas de cualquier sustancia.

" r "

TRAUMATISMO: Término general que comprende todas las lesiones internas o externas provocadas por una violencia exterior.

" U "

UROLOGÍA: Parte de la medicina que estudia el aparato urinario.

URÓLOGO: Especialista en urología.

UTERO: Órgano destinado a recoger y alimentar en su interior al huevo fecundado, que llega desde las trompas de falopio.

" v "

VAGINISMO: Espasmo doloroso de la vagina debido a una hiperesia local que dificulta o impide el coito.

Tesis de Graduación

Anabel Fong Contreras

FOLIO 100/100