

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



MARTHA ROSSANA GALLARDO ROSALES

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007

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

CONTRATACION DE MADRE SUBROGADA

TESIS

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

MARTHA ROSSANA GALLARDO ROSALES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Noviembre de 2007

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Marroquín García
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Helder Ulises Gómez
Vocal: Lic. Ronald Ortiz Orantes
Secretario: Lic. Byron de la Cruz López

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Napoleón Orozco
Vocal: Lic. Rafael Morales
Secretario: Lic. Ronaldo Amílcar Sandoval

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO I

1. Generalidades de la maternidad sustituta.....	01
1.1 La concepción.....	01
1.1.1. El ser humano existe desde el momento de la concepción.....	03
1.1.2. El ser humano existe a partir de cierto momento de la gestación.....	05
1.1.3 El ser humano existe desde el nacimiento.....	07
1.2 Concepto de maternidad sustituta.....	09
1.3 Origen.....	11
1.4 Ciencias que instruyen la maternidad sustituta.....	13
1.4.1. Genética.....	13
1.4.2. Ingeniería genética.....	14
1.4.3. La eugenética.....	15
1.4.4. Biotecnología.....	16
1.5 Dos modalidades de subrogación maternal.....	16
1.5.1. Subrogación tradicional.....	17
1.5.2. Subrogación gestacional.....	18
1.6 Subclasificación.....	18

CAPÍTULO II

2. La reproducción humana natural y asistida.....	21
2.1 Definición.....	21

CAPÍTULO III

3. Implicaciones éticas.....	27
3.1 Implicaciones ético-morales.....	27
3.2 Implicaciones económicas.....	30
3.3 Implicaciones psico-sociales.....	31
3.4 Pensamiento de la iglesia católica.....	33

CAPÍTULO IV

4. Legislación sobre la maternidad subrogada en Guatemala y otros países... ..	39
4.1 La subrogación maternal en el derecho civil guatemalteco.....	39
4.1.1. Derecho objetivo y derecho subjetivo.....	39
4.1.2. Derecho público o derecho privado.....	39
4.2 Ámbito del derecho civil guatemalteco.....	40
4.3 Expectativas de cambio dentro del derecho civil.....	41
4.3.1. Derecho de familia y subrogación maternal.....	41
4.3.2. Derecho patrimonial y subrogación maternal.....	45
4.3.3. Derecho de personalidad y subrogación maternal.....	45
4.4 La maternidad sustitutiva en el derecho penal guatemalteco.....	47
4.4.1. Moderna tendencia legislativa.....	49
4.5 Principio de interpretación constitucional congruente de todo ordenamiento.....	49

4.6	Validez constitucional.....	52
4.7	Armonía y conformidad constitucional de la maternidad subrogada.....	53
4.8	Ley judía.....	55
4.9	Jurisprudencia en Estados Unidos de Norte América.....	57
4.10	Inglaterra.....	59
4.11	Australia.....	61

CAPÍTULO V

5.	La maternidad subrogada como figura y la necesidad de implementarlo en el ordenamiento jurídico guatemalteco.....	53
5.1	El negocio jurídico en la doctrina.....	53
5.1.1.	Requisitos en el negocio jurídico.....	63
5.1.2.	Elementos del negocio jurídico.....	65
5.2	Naturaleza jurídica de la subrogación maternal en nuestro medio.....	66
5.2.1.	Clasificación de la maternidad subrogada altruista y gratuita.....	67
5.3	Obligatoriedad de la maternidad subrogada	70
5.3.1.	Pacta sunt servando vs. Rebus sic stantibus.....	71
5.3.2.	Obligatoriedad de la maternidad subrogada en Guatemala.....	72
5.4	Surgimiento de otros derechos y obligaciones.....	74
	CONCLUSIONES.	77
	RECOMENDACIONES.....	79
	BIBLIOGRAFIA.....	81

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta investigación es considerar a la maternidad subrogada, desde ya, de manera futurista como una nueva alternativa a los padres y a las parejas infértiles y a aquellos que por alguna u otra razón desean y no tienen la oportunidad de criar a un hijo, ante esta situación surge la alternativa de implementar en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la maternidad sustituta.

Muchas personas están a favor de este novedoso sistema de reproducción y piensan que en un futuro no muy lejano pueda ser implementada en nuestra legislación una alternativa de este tipo; por el contrario otras sostienen que la maternidad sustituta es una práctica anti ética y no debe ser parte de nuestro ordenamiento jurídico, ante la ausencia de legislación actual sobre éste tema en Guatemala y dado a la infinidad de implicaciones etico-morales, psico-sociales, económicas y jurídicas que de él derivan, expondremos en qué consiste, sus alcances e implicaciones, encuadramiento legal e intentaremos trazar lineamientos básicos para su futura regulación.

El objetivo central de esta investigación versa en la necesidad de la implementación a nuestro ordenamiento jurídico la figura de la maternidad subrogada, que aunque es controversial, es necesaria ya que la reproducción es un derecho humano que posee cualquier persona, todo esto basado en la imposibilidad de muchas personas de reproducirse de manera natural y en la hipótesis planteada en el plan de investigación que sostiene que la implementación de la figura de la maternidad subrogada dentro de la legislación guatemalteca ya que es una alternativa viable para las parejas que tienen impedimento para procrear de manera natural.

Para entrar en materia y cumplir con lo establecido en el manual de elaboración de tesis de la Universidad de San Carlos de Guatemala, mencionaremos que a lo largo del trabajo se utilizan indistintamente los términos: maternidad sustitutiva, subrogación maternal o simplemente subrogación para referirnos a “maternidad subrogada”.

En el primer capítulo hablaremos de las generalidades de la maternidad sustituta para tener un parámetro de lo que se abordará en este trabajo de investigación, en este apartado se hablará en primera instancia de el término de la concepción para marcar con exactitud la diferencia de esta figura con la maternidad sustituta, luego se aborda el tema de las generalidades de la maternidad sustituta en si, para resaltar la diferencia antes mencionada y por último se hablará de las ciencias que instruyen la figura de la maternidad sustituta; el segundo capítulo tratará acerca de la reproducción natural y la reproducción asistida sus similitudes y sus diferencias; en el tercer capítulo se hablará de las implicaciones éticas y morales ante esta figura controversial, las implicaciones y la trascendencia económica de la práctica de esta situación jurídica, luego se hablará de las implicaciones psicosociales que pueden surgir con la aparición en nuestro ordenamiento jurídico de esta figura y por último en este capítulo se hablará de la opinión de la Iglesia católica; el cuarto capítulo versará sobre la legislación nacional e internacional acerca de la maternidad subrogada; y en el último capítulo se hablará de la maternidad subrogada y la necesidad de su implementación en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

A lo largo de la investigación se utilizaron diferentes métodos y técnicas, el método utilizado fue el de investigación científica con base en recopilación de información, en bibliotecas, hemerotecas, internet, instituciones relacionadas con derechos humanos y entidades dedicadas a prácticas de reproducción asistida,

la cual una vez interpretada, analizada y adecuada al sistema legal guatemalteco, ha sido expuesta y discutida en el presente trabajo.

Con el presente trabajo, se cuenta con una fuente doctrinal en la que se establecen los requisitos mínimos para la realización de un contrato, en el cual una pareja que desee reproducirse y tengan un obstáculo físico que les impida que ejerciten este derecho, puedan superar el problema mediante la implantación de un embrión biológicamente descendiente de ellos en un segundo vientre, para que pueda este desarrollarse y obtener vida independiente, y tener su propia descendencia; estableciéndose asimismo, la posición de este tipo de contratación dentro del marco legal guatemalteco y su incidencia desde distintos puntos de vista en la temática de protección de los derechos humanos, todo desde el punto de vista de la realidad guatemalteca, así como un modelo contractual de esta práctica.

CAPÍTULO I

1. Generalidades de la maternidad sustituta

1.1 La concepción

Para iniciar con la presente investigación es importante abordar antes de las generalidades de la maternidad sustituta, lo que la legislación civil guatemalteca contempla como concepción para tener una visión general de la situación de este fenómeno social y jurídico con tanto auge a nivel mundial.

Para empezar acotaremos lo manifestado por el jurista Cabanellas quien indica que por madre se ha entendido a aquella mujer que da a luz, pero que también debe entenderse a aquella que ha perdido causal o involuntariamente su fruto¹; asimismo, el diccionario de la Real Academia Española, establece que madre es aquella hembra con respecto a su hijo; en el mismo sentido, indica que es causa, raíz u origen de donde proviene una cosa.² De las definiciones anteriores, etimológicamente se debe entender por madre a aquella que ha concebido, toda vez que es la causa matriz de la existencia de un nuevo ser, un óvulo fecundado, el cual dadas las circunstancias o ambiente propicio, llegará a tener vida independiente.

Para Coviello, el nacimiento tiene lugar en el instante en que el feto ha salido completamente del seno materno, pero requiriéndose la vida para que tenga

¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo I, Pág. 11.

² Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española**. Pág. 911.

personalidad, pues el nacimiento no acompañado de la vida carece de importancia jurídica, se requiere por lo tanto: un ser, un nacimiento y vida propia de tal ser, necesariamente humano. El nacimiento es, por supuesto, un hecho sujeto a prueba conforme a las disposiciones legales atinentes.³

Doctrinariamente se discute si el feto, o sea la persona por nacer, tiene o no personalidad jurídica, y ello dada la circunstancia de que el derecho lo protege, tanto mediante disposiciones de orden público, como por disposiciones de orden privado, tiéndese a aceptar que el ser humano aun no nacido carece propiamente de personalidad; que la ley, en verdad, solo preserva ciertas situaciones jurídicas que han de estar sujetas a la eventualidad del nacimiento, afirmar que toda persona individual tiene personalidad jurídica, ya no es ahora objeto de discusión por ningún sector de la doctrina, sin embargo, si lo es determinar el momento en que a personalidad comienza, Procurar esa determinación ha movido diversas teorías, que someramente se analizaran:

Por concepción debemos entender a aquel proceso en el cual se fusionan dos gametos; masculino y femenino, dando como resultado un nuevo ser, el cual posee un código genético distinto, propio e independiente del de sus progenitores, por otro lado la Teoría de la Concepción se basa en el principio de que la personalidad se inicia desde el momento de la concepción, si la personalidad jurídica, afirman sus seguidores, es inherente al ser humano, resulta lógico y consecuente que sea reconocida a partir de la concepción, máxime si se toma en cuenta que la ley protege la existencia humana aún antes del nacimiento.

³ Brañas, Alfonso, **Manual de Derecho Civil, Libros I, II, III.** Pág. 30.

Esta teoría no ha tenido ni en la antigüedad ni en los tiempos modernos, una aceptación más o menos general. Se le ha criticado, en esencia, por que científicamente resulta muy difícil, y quizás imposible hasta ahora, comprobar el día en que la mujer ha concebido. Un hecho tan importante como loes determinar cuando comienza la personalidad, no puede quedar sujeto a la eventualidad de una difícil prueba.

Con respecto a la concepción, establece María José Lamuño Alonso de Mendoza, que existen tres teorías al respecto, siendo éstas⁴:

1.1.1 El ser humano existe desde el momento de la concepción

La persona existe desde el momento de la fecundación del óvulo, basándose en los siguientes puntos:

- a) La vida para los biólogos, es el estado de actividad del ser orgánico, el cual se origina de células en un proceso continuado. Cabe decir al respecto que el proceso orgánico de las células, inicia desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, lo que deviene en que esta teoría reconoce la existencia del ser humano desde el momento de la fecundación.
- b) El producto de la fecundación es un ser humano, por lo que es indispensable establecer que lo que en un futuro será una persona, en este momento lo es también, pero en forma potencial, es decir, es el inicio de la formación

⁴ Lamuño Alonso de Mendoza, María José. **Técnicas de procreación asistida**. Pág. 39.

morfológica de ésta y es el único camino viable que posee para su existencia, por lo que se debe de hablar indiscutiblemente de la existencia de vida distinta a la madre, más no independiente.

- c) El embrión posee identidad propia desde un inicio; es decir, que tiene su propio código genético ADN, con lo cual científicamente, estamos hablando en forma indiscutible de un ser humano distinto a la madre.

Cita al respecto a Storch, que todo ser humano es persona desde el momento de la concepción y tiene capacidad jurídica abstracta, esto es la posibilidad de ser titular de derechos, indicando también que por persona debe entenderse todo ser humano vivo.

De acuerdo a la postura del Código Civil, en su Artículo uno dispone que la personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad, esa disposición engloba todas las teorías sobre el inicio de la personalidad, anteriormente expuestas, excepto la de la concepción en su forma nítida, notese que la redacción del precepto legal no es acertada en lo que se refiere a la viabilidad. En efecto, parece que las condiciones de viabilidad fueran exigibles solo en el caso de la persona por nacer a quien algo, o sea un derecho le favorece; y que en el caso general bastaría el nacimiento para el comienzo de la personalidad.

Esa confusión conceptual se origino porque en el Artículo uno del proyecto del código civil se consagraba la teoría del nacimiento, sin otro requisito, pero la comisión

revisora optó por mantener el criterio del código de 1933 tajantemente consagradorio de la viabilidad, a cuyo efecto agrego al final de dicho Artículo la frase, siempre que nazca en condiciones de viabilidad, en substitución de la frase, a condición de que nazca vivo, inserta en el proyecto y con la cual terminaba la redacción del citado precepto.

Es de lamentar que se haya mantenido el criterio de la viabilidad, científicamente impreciso en los textos legales, La redacción del articulo uno del proyecto del código es acertada al aceptar la teoria del nacimiento, que en la actualidad tiende a predominar.

Esta es la tendencia que pareciera seguir el ordenamiento jurídico guatemalteco, al establecer en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo tres, que el Estado se compromete a proteger la vida desde el momento de la concepción del ser humano, y por entenderse la concepción como el acto de haberse formado un nuevo código genético (ADN) a partir del esperma y un óvulo, mediante los cuales se crea un organismo con vida dependiente pero diferente a la de su proveniencia, el cual una vez dadas las circunstancias propicias, alcanzará su independencia vital y, desde este momento, debe considerarse protegido legalmente por el Estado y por los mismos derechos humanos.

Asimismo existen otras teorías con aplicación en distintos sistemas legales del mundo, o que simplemente han nacido a partir de estudiosos de la materia basándose en el proceso biológico de la gestación en si, siendo éstas:

1.1.2 El ser humano existe a partir de cierto momento de la gestación

Dentro de esta corriente, se expone que existen distintas concepciones que

determinan en sí, desde qué momento se considera que existe el ser humano, siendo éstas:

a) Criterio de implantación

Establece que se considera ser humano al embrión, hasta el momento en que se puede diagnosticar el embarazo; es decir, hasta el momento en que se puede determinar científicamente que existe una implantación, con la problemática que este diagnóstico, con el avance de la ciencia, es viable obtenerlo cada vez en un lapso menor.

Esta es la teoría aceptada por la Sociedad Alemana de Ginecología. Agrega que se puede considerar como ser humano desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, ya que solo así tendrá opciones de viabilidad y subsistencia; lo que deviene lógico y no contradictorio con la teoría de la concepción, toda vez que solamente se puede proteger la vida una vez se sepa que la misma existe, pero no se puede limitar a un tiempo, más aún cuando ese tiempo es incierto, tal y como ocurre con la prueba de embarazo, la cual con el continuo avance de la tecnología y conocimientos del cuerpo humano, se logra determinar en lapsos menores de tiempo, reafirmando únicamente la existencia de un ser, el cual ya goza por ende de derechos legal y humanitariamente reconocidos.

b) Criterio de la viabilidad

Este criterio establece que hasta que el embrión o feto se considere con opción viable de vida, podrá considerarse como ser humano; criterio que parece atentar contra

los derechos humanos y leyes guatemaltecas, toda vez que al tener conocimiento de la existencia de un feto o embrión, se está afirmando la existencia de un ser vivo, al cual no se le puede vedar sus derechos por el simple hecho de tener dudas si el mismo pueda llegar a tener vida independiente.

Agrega a esta teoría, al hecho físico del nacimiento, el requisito de que el nacido tenga condiciones de viabilidad, de que sea viable, es decir, que haya nacido con aptitud fisiológica para seguir viviendo fuera del vientre materno, por si solo. Seguido por el código francés, y bajo su influencia por los códigos de otras naciones, este criterio es objeto de critica severa por cuanto no existe un criterio científico preciso para determinar qué debe entenderse por viabilidad y que condiciones serían requeridas para que la misma existiera.

Por otra parte, si un ser humano nace sin condiciones de viabilidad, pero fallece no inmediatamente después de nacido sino a días o meses más tarde, afirmar que no tuvo personalidad seria atentar contra principios fundamentales ahora dominantes en cuanto a la inherencia de la personalidad jurídica al ser humano, a la persona.

1.1.3 El ser humano existe desde el nacimiento

Esta corriente se fundamenta en que hasta el momento del nacimiento, el ser humano tiene autonomía propia e independencia de los demás seres, por lo que se le puede denominar persona o ser humano vivo, ya que esta destinado a la vida y al crecimiento. Esta corriente es obsoleta y atenta directamente contra el derecho moderno y humanitario, toda vez que no se reconoce derecho alguno al que está por nacer, y menos aún al recientemente concebido, o con riesgo de viabilidad.

De las teorías antes desarrolladas, la que más parece adecuarse a las leyes guatemaltecas y principios en que las mismas han sido creadas, es la relativa al criterio de que la vida existe desde la concepción, dado que como se indicó con anterioridad, es desde el momento en que se fusiona el óvulo y esperma, que se crea un nuevo ser, teniéndose como prueba fehaciente de esto, el hecho que poseer el mismo su propio código genético (ADN), ser vivo el cual depende de un ambiente propicio para lograr desarrollarse e independizarse, elementos que no pueden tenerse como fundamento para limitarle su derecho a la vida.

En referencia de lo antes indicado y como fundamento de lo mismo, y lo contradictorio en que devienen legislaciones que no reconocen la vida a partir de la concepción, se tiene el hecho que el aborto es prohibido en cualquier forma y fase del embarazo y desde que se tenga noticia del mismo, lo que es un claro reconocimiento de la vida desde la concepción.

La vida, como el elemento máspreciado de la humanidad, como eje de la sociedad en sí, y cuyo bienestar es el fin supremo del hombre, debe ser protegida a toda costa, no limitada por corrientes o pensamientos absurdos y no humanitarios, buscando la preservación de la misma con todos los medios que el mismo hombre tenga al alcance, procurando en el caso de la concepción, que el nuevo ser alcance su vida independiente.

La teoría del nacimiento tiene ancestro romano, El momento en que la criatura nace, es el momento en que principia la personalidad. El nacimiento implica que el nuevo ser humano tiene vida propia independiente de la vida de la madre, y es un hecho

que puede ser objeto de prueba razonablemente fehaciente.

Esta teoría, aceptada por el Código Civil Alemán, y otros códigos europeos tiende en la actualidad a imponerse como criterio rector para determinar cuando comienza la personalidad. La avalan su nitidez científica y la facilidad probatoria.

1.2 Concepto de maternidad sustituta

Práctica mediante la cual una mujer da a luz un niño para una pareja incapaz de procrearlos en forma tradicional.

La palabra subrogar hace referencia a alguien que toma el lugar de otro en determinada situación en la vida o dentro del contexto legal. Una madre subrogada toma el lugar de madre biológica de un bebé permitiendo que éste sea concebido o implantado en su útero, desarrollándole hasta que nace. Posteriormente la madre subrogada entrega al niño a la persona o pareja que lo criará como propio.

Si la esposa es infértil o tiene problemas con el embarazo, pero el esposo no lo es, ahora otra mujer puede ser fertilizada por inseminación con su esperma o bien implantársele el cigoto y luego, después del alumbramiento, entregar el bebé a la pareja, esto es una manera sencilla de describir un arreglo increíblemente complejo. Es ésta la más moderna alternativa para personas que han pasado por tratamientos, cirugía, fertilización in vitro, e intentos de adopción. Los casos más típicos de maternidad sustitutiva son aquellos en que la sustituta es inseminada artificialmente con el esperma del marido, por que la mujer es infértil.

A mediados de los años ochentas la medicina fue capaz de implantar, en útero un embrión creado mediante fertilización in vitro, permitiendo así, a parejas infértiles obtener un niño con sus propias características genéticas, esto es una alternativa para mujeres que producen óvulos sanos pero que por múltiples razones no pueden concebirlos.

Muchas madres subrogadas son amigos o parientes de las parejas imposibilitadas, sin embargo, la práctica comercial de la subrogación se ha incrementado en los últimos diez años. Existen agencias que mantienen listas de madres subrogadas potenciales y ayudan a contactar estas personas con parejas que lo desean.

Las agencias de subrogación generalmente son administradas por doctores o abogados y pueden ser localizadas mediante listados en directorios telefónicos o mediante organizaciones internacionales, las agencias comerciales de subrogación típicamente cobran alrededor de diez mil dólares por hacer un arreglo, aparte de los gastos y tarifa que corresponde a la madre subrogada.

Mientras los arreglos de subrogación con amigos o parientes se manejan de manera informal, la mayoría de agencias comerciales de subrogación lo hacen mediante contratos entre los padres prospectivos y la subrogada. En estos contratos, la pareja acepta pagar a la madre sustituta, gastos durante el embarazo y labor, más una cantidad por el servicio prestado.

En los Estados Unidos de Norte América, dicho cobro oscila entre diez mil y cien mil dólares por embarazo, la madre subrogada acepta ser fertilizada con el esperma o que se le implante el embrión de dicha pareja, llevarle a término, y dar nacimiento a la criatura, ella también accede a terminar sus derechos de parentesco con dicho niño y

entregarlo a la pareja luego de nacido. Es usual que el pago correspondiente a la madre subrogada se deposite en tercera persona para ser efectivo hasta que ésta entregue al bebé. Los gastos de vida y médicos de la madre subrogada normalmente se pagan conforme incurren en el transcurso del proceso.

En algunos casos las parejas imposibilitadas optan por permanecer totalmente ajenas de la madre subrogada, mientras que otras parejas mantienen estrecha relación con ésta.

1.3 Origen

Las prácticas en maternidad sustitutiva no conocidas anteriormente, llamó por primera vez la atención internacional a mediados de los setentas, cuando se produjo una reducción en el número de los niños disponibles para adopción, y el aumento de especialización en técnicas en embriología humana hicieron de éstos métodos, una alternativa viable. Es producto de siglos de investigación en todos los campos del conocimiento humano y sobre todo, en la biología, la química, la matemática, la física, la sociología, la psicología y la medicina.

En la edición 65, del 31 de julio de 1993 de la revista Crítica, el Doctor López Villagrán, pionero de la fertilización asistida en Guatemala, relata que la primera clínica de fertilidad en Guatemala surge en el año 1976, que trece años mas tarde de la primera bebé probeta Luisa Brown, nacida en Inglaterra en 1978, nacen en nuestro país los primeros gemelos por el método de fertilización in vitro y, que para fin del año 1993 se estimaban más de treinta niños probeta.

Asegura que existe una necesidad de atención a la población infértil la cual estima es del 10% al 15%, por lo que alrededor de cuatro millones de personas en edad fértil demandarán diagnósticos y tratamientos adecuados. El arriendo de úteros es una práctica que va en aumento, y todos los proyectos de ley en relación a ella han quedado dormidos en un cajón , como el presentado hace algunos años atrás por el ex abanderado presidencial Sebastián Piñera , existiendo hasta el día de hoy un vacío legal aún cuando la legislación civil señala que la determinación de la maternidad esta señalada por la mujer que dio a luz en el parto.

En Chile hay mujeres que arriendan su útero vía Internet al mejor postor, ofreciéndolo tanto para ser usado en Chile como en el extranjero, algunas señalan ser sanas y ya haber sido madres, otras solteras y sin hijos. Para que se lleve a cabo una maternidad subrogada arriendo de útero podemos encontrar diferentes procedimientos como la fertilización in vitro, la inseminación artificial, la manipulación genética para seleccionar el sexo del futuro bebé, la implantación del embrión dentro del útero, entre muchos otros, existiendo algunas veces problemas éticos, pero que ocurre en estos casos con el tema del apego, los daños psicológicos, tanto de la madre como del niño, las disputas legales por su custodia y además que podrían entregarse recién nacidos a personas de un mismo sexo tanto en nuestro país como en el extranjero.

A estas situaciones se llega cuando a un recién nacido se le convierte en un objeto de deseo a cualquier precio y se utiliza esta técnica no regulada para satisfacer a los adultos sin pensar en las consecuencias y riesgos que sufrirán tanto la madre como el recién nacido.

1.4 Ciencias que instruyen la maternidad sustituta

1.4.1 Genética

Podemos definirlo como la ciencia que estudia la operatividad de los genes y la manera en que éstos son transmitidos de generación en generación, desde la prehistoria el hombre ha reconocido la influencia de la herencia y ha aplicado sus principios para mejorar los cultivos y animales domésticos, como ejemplo de ello, existe una tabla babilónica de hace más de 6,000 años de antigüedad que muestra el pedigrí de caballos y señala las posibles características hereditarias de los mismos; otro gravado antiguo muestra polinización cruzada efectuada con palmeras. Sin embargo la mayor parte del mecanismo hereditario permaneció como un misterio hasta el siglo XX.

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

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

El concepto de cambios repentinos en las características heredadas conocidas también como mutaciones se introdujo al inicio del siglo XX. En 1908 se formula el principio Hardy-Weinberg que proporcionó el fundamento de la genética poblacional. El estudio de genética bioquímica se inicia en 1909 en Inglaterra. En 1927 Hermann J. Muller indujo mutaciones con Rayos-X en la mosca de la fruta.

En 1947 Avery, trabajando en el Instituto Rockefeller, logró aislar el ácido desoxirribonucleico de bacterias, hallazgo que muchos escépticos discutieron por que resultaba poco convincente que una molécula tan simple como el ADN pudiera guardar información genética. En 1953, Watson y Crick, dieron la genial interpretación de que ese material genético tenía la estructura de una doble hélice, en tanto en 1961 Marshal Nirenberg, pudo comenzar a leer el código genético.

1.4.2 Ingeniería genética

Cuando se logró comprobar que el idioma era el mismo en todos los seres vivos y el mecanismo de transmisión del código era común, nació entonces la ingeniería genética. Con ella se puede introducir material genético de otra fuente a una célula viva. Ello confirma un hecho fundamental, si el idioma genético es el mismo, todos los seres vivos somos compatibles con la información de otros seres vivos.

Lo que sigue de este enunciado, a comienzos de los años 60, es una serie de aportes técnicos para introducirse en la célula y luego encontrar su núcleo, abordarlo y llegar hasta sus cromosomas.

4.3 La eugenética

Thomas Robert Malthus notó la lucha requerida para existir. Charles Darwin vio en ello el modo en que evolucionan las especies; y, Francis Galton fue quien por primera vez concibió que la teoría de la evolución implicaba, que el hombre puede en parte, dirigir su futura evolución. La eugenética comprende el mejoramiento de la raza humana en todos sus aspectos a través de la genética. Su meta es incrementar la proporción de personas que posean una excelente dotación de material hereditario.

La idea de aplicar el conocimiento hereditario para mejorar la raza humana se remonta a los tiempos antiguos. Referencias sobre ideales de eugenética aparece en el viejo testamento, y en La República de Platón se idealiza una sociedad en la que constantemente se efectúan selecciones con el objeto de mejorar al hombre.

Eugenesia proviene del griego: eu, bien y génesis, engendramiento, en este caso debería entenderse como la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana, según la definición del diccionario de la Real Academia Española. Eugenética sería la rama de la genética dedicada a este campo, Valentín un niño nacido en Paris, es considerado como el primer ser humano eugenésico, es decir, nacido por selección entre otros posibles fetos de acuerdo a su superioridad genética. Por lo tanto, pasará a los anales de la historia de la humanidad y, quizás, el nombre Eugenio, hubiese resultado mucho mas representativo de su origen.

La noticia fue recibida de muy diferentes modos, por un lado, por sus padres y otras miles de parejas que esperan una respuesta positiva de la ciencia para sus problemas en la procreación saludable de su descendencia.

Por otro, los sectores que ven con malos ojos lo que ellos llaman la manipulación de la vida en sus etapas más tempranas, encabezados por la iglesia católica. Sin embargo, el episcopado del país donde se realizó la técnica ha guardado un significativo silencio, que ha sido interpretado por la comunidad científica como una tibia señal de aprobación.

1.4.4 Biotecnología

La biotecnología partió de la ciencia básica, de la bioquímica y de la biología molecular, y se vale de técnicas que aparecieron en el último cuarto de siglo, siendo la más poderosa de ellas la ingeniería genética.

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

1.5 Dos modalidades de subrogación maternal

En textos consultados tales como la Enciclopedia Británica CD 1998 edición multimedia, y los producidos por Anna Quindlen, Anita Stuhmcke, Timothy Walton y Joy

Oz Shlomit se evidencia que actualmente se producen dos modalidades básicas de subrogación: la tradicional y la gestacional.

1.5.1 Subrogación tradicional

Yacimiento con madre sustituta o bien, inseminación artificial de la misma, en este caso la madre subrogada además de prestar o alquilar el vientre, aporta material genético a la ciencia, en este caso la madre nodriza proporciona sus propios óvulos para ser fertilizados por espermatozoides del esposo de la pareja fértil.

En humanos, la inseminación artificial se aplica principalmente en casos de infertilidad. Según la naturaleza de la infertilidad se puede distinguir dos tipos de inseminación artificial: inseminación con semen de la pareja e inseminación con semen de donante.

Anteriormente, en casos de infertilidad en el hombre se solía mezclar el semen de donante con el de la pareja, ya que se entendía la inseminación artificial como un acto comparable al adulterio y legalmente podía considerarse ilegítimo al hijo fruto de este procedimiento. Con los años, este método ha caído en desuso al aceptarse social y legalmente la inseminación con semen de donante.

Los métodos más simples de inseminación artificial (tanto con semen de la pareja como de donante) consisten en observar cuidadosamente el ciclo menstrual de la mujer, depositando el semen en su vagina justo cuando un óvulo es liberado. Procedimientos más complicados, como depositar los espermatozoides directamente en el útero, son empleados según cada caso y aumentan la probabilidad de que la fecundación tenga éxito.

1.5.2 Subrogación gestacional

Implante del embrión u óvulo fecundado, en útero de madre sustituta. En éste caso la madre subrogada no aporta material genético a la ciencia. Podemos decir que es un útero huésped o incubadora. La maternidad gestacional brinda a las parejas que no pueden quedar embarazadas una oportunidad de convertirse en padres de su hijo biológico.

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

La maternidad gestacional es costosa, demanda tiempo, es emocionalmente estresante y desgastante para la pareja y asimismo plantea toda una serie de cuestiones legales.

1.6 Subclasificación

En atención al aporte genético que se hace a madre subrogada, Intentando identificar y clasificar de mejor manera las distintas formas de maternidad subrogada gestacional que pueden ocurrir he desarrollado la siguiente subclasificación:

a) Gestacional, propia o total de la pareja

Cuando el producto de la concepción deviene de la fusión de esperma y óvulo, procedentes de la pareja que desea la criatura.

b) Gestacional, mixta o parcial de media pareja

Cuando el producto de la concepción deviene de la fusión de esperma u óvulo procedentes, de tan solo un miembro de la pareja que desea la criatura, con el de un tercero extraño que no sea el de la madre subrogada.

c) Gestacional, no de pareja

Cuando el producto de la concepción deviene de la fusión de esperma y óvulo de procedencia distinta o ajena al de la pareja que desea la criatura y ajena al de la madre subrogada.

CAPÍTULO II

2. La reproducción humana natural y asistida

2.1 Definición

El programa de el Cairo, definió salud reproductiva como el buen estado mental fisiológico y social necesario para que las personas puedan ejercitar el derecho a reproducirse, agregando al respecto que es un derecho que todas las personas posean la accesibilidad para tener descendencia, asegurándose la libertad de las mismas para decidir cuando y como lo harán, encontrándose de manera implícita el derecho de ser informados y tener acceso a efectivos, seguros, y aceptables métodos de fertilidad y planificación familiar no prohibidos por la ley.

En el programa de el Cairo y en la plataforma de Beijín, se definió reproducción asistida como el conjunto o constelación de métodos, técnicas y servicios con los cuales se contribuye a una salud reproductiva eficiente y segura, resolviendo o previniendo problemas al respecto.

El doctor López Villagrán establece que por métodos alternos de reproducción humana, debe entenderse a una serie de procedimientos científicos efectuados, algunos de ellos en el laboratorio, a través de los cuales se pretende facilitar la fertilidad en el ser humano.

Máximo Borrel establece que por fecundación artificial o asistida, debe entenderse como “conjunto de procedimientos que tienden a conseguir las condiciones adecuadas para el encuentro y la sucesiva fusión de dos células

procreadoras: óvulo y espermatozoide”.⁵ Por reproducción humana asistida, debemos entender a aquel proceso en el cual participan, además de los progenitores, el hombre con la tecnología, ya sea corpórea o extracorpóreamente, con la finalidad de lograr la fusión de dos gametos masculino y femenino, buscando con éxito la concepción para dar como resultado un embrión.

Con respecto a la reproducción humana, la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece en los lineamientos generales del documento que la reproducción humana es un derecho que se encuentra entre los que principal y fundamentalmente deben ser protegidos y reconocidos a la mujer a nivel mundial, y así los Artículos once y doce de la misma, salvaguardan este derecho y obligan a los Estados aceptantes a revisar sus legislaciones periódicamente, con el fin de actualizarlas con relación a los adelantos científicos existentes y vanguardistas, así como asegurar el acceso a servicios de salud, incluyéndose en los mismos los relativos a planificación familiar, embarazos y servicios relativos, garantizando servicios gratuitos de ser posible, para lo cual se han creado una serie de recomendaciones generales, con la finalidad que los estados modifiquen sus legislaciones a manera que en el año 2015 los derechos y situaciones antes indicadas sean viables en todos los sistemas legales de los países que conforman la Organización de Naciones Unidas (ONU).

⁵ Borrel, Máximo, **Hombre ciencia y tecnología**. Pág. 1249.

Lo anterior, tiene su procedencia en el derecho que toda persona posee a hacer uso de los adelantos científicos para provecho propio, siempre y cuando no atenten contra la integridad pública y el bien común, por lo que cualquier medio científico que ayude a la persona a ejercitar derechos reconocidos internacionalmente, como lo es la reproducción, podrá ser utilizado por la misma para esta finalidad, y siendo el hecho que en la actualidad ya se cuenta con medios por los cuales se pueden superar deficiencias físico-anatómicas que impiden la reproducción, o ponen en alto riesgo la vida de la madre o el futuro niño, es viable legalmente utilizar los avances científicos como lo es la transferencia embrionaria para ejercitar el derecho a reproducirse.

La vida tanto de la madre como la del futuro niño, así como la reproducción en si, son derechos reconocidos por la legislación guatemalteca y la relativa a derechos humanos como lo es la declaración universal de los derechos humanos, y reafirmados por el programa de el Cairo, en que se estableció que es de urgencia que los estados parte de las Naciones Unidas tomen parte en la tarea de reducir las 580,000 muertes de mujeres que ocurren alrededor del mundo anualmente por causas relacionadas al embarazo, debiéndose según se indicó, que todos y absolutamente todos tienen el derecho a la vida.

Los avances científicos antes mencionados, no solo deben ser permitidos por las distintas legislaciones nacionales, sino promovidos por los estados en pro de los derechos humanos mundialmente reconocidos, toda vez que los estados parte de Naciones Unidas, deben adaptar sus leyes en concordancia y respeto con los derechos humanos, y de la misma manera velar porque los individuos que

conforman el estado en si, es decir la población del mismo, puedan gozar o como mínimo tener acceso a los beneficios del avance de la ciencia, enfocados en el caso de la reproducción como un derecho, al progreso científico enfocado a la materia biológica y de ciencias relativas con la reproducción humana.

Según Ruth Liliana Rodríguez González, en el ámbito de la reproducción humana asistida, deben diferenciarse dos procedimientos generales: la inseminación artificial, que consiste en depositar espermatozoides en los genitales femeninos, mediante acto distinto al coito sexual, con instrumental médico específico, y la fecundación In vitro, que consiste en conseguir la fecundación de un óvulo, en un laboratorio, en una placa de cultivo, cuando el método natural sea infructuoso; consecuentemente, implica la transferencia de este embrión u óvulo fecundado, al interior uterino femenino.

En si, el procedimiento de inseminación artificial, es utilizado cuando la deficiencia para reproducirse estriba en el hecho de no lograr la concepción en si, es decir la fusión de los gametos, por lo que el esperma es inducido en los genitales femeninos por distintos métodos, con la finalidad de lograr que éste fecunde al óvulo intra uterinamente y continúe así el embarazo.

Con relación a la fecundación in vitro, es un procedimiento médico que se realiza o practica cuando la deficiencia en si estriba en la incapacidad del esperma para fecundar el óvulo, el embrión será implantado en un segundo útero, o cuando existe donación de alguno de los gametos, por lo que la concepción en si debe realizarse extra corpóreamente y una vez conseguida ésta, realizar la transferencia

embrionaria.

Dentro del marco legal guatemalteco, el Código Penal contiene en el Título IV, Capítulo VII, Artículos del 225 al 225, la El átificación de los delitos de inseminación; llama la atención lo referente a la prohibición de realizarse experimentos destinados a la provocación de un embarazo, entendiéndose que no se consideran experimentos los diversos intentos para procurar el embarazo, que se realicen conforme a una técnica ya experimentada y aprobada. Cabe decir que en el caso de la transferencia embrionaria en un contrato de madre subrogada, nos encontramos ante una técnica aprobada, de conocimiento y experimentación previa, ya que la misma es utilizada desde los años ochentas en países tecnológicamente avanzados, dado que el procedimiento básico no es mas que el utilizado en toda fertilización in vitro. En Guatemala, los procedimientos para la reproducción mediante fertilización in vitro, son realizados aproximadamente desde hace diez años, por lo que la transferencia embrionaria no puede ser tomada como una práctica experimental.

Referente a la aprobación de las distintas técnicas médicas, no existe en nuestro sistema legal una institución con carácter estatal, autónoma o descentralizada, que apruebe las mismas, por lo que en la práctica se entiende como una técnica médica aprobada la que es utilizada bajo la convicción de un grupo médico especialista en el área, que mediante la misma se logrará el propósito clínico esperado con las reacciones y repercusiones conocidas, con la seguridad de ser el medio indicado a utilizar para el tratamiento adecuado al cuadro clínico que se presente.

En el área médica, no se pueden establecer límites territoriales para el conocimiento y estudio de los distintos avances médicos y tecnológicos, por lo que, si una técnica ya ha sido experimentada y aprobada en distinto territorio al guatemalteco, y la misma no contraviene nuestra legislación o atenta contra la moral o el orden público, no es limitante para que esta sea aplicada dentro de nuestras fronteras, siempre y cuando los especialistas de la medicina que utilicen la técnica en cuestión conozcan lo suficiente de la misma.

Por lo anterior, se considera que la práctica de una transferencia embrionaria dentro del ordenamiento legal guatemalteco, es factible, por ser un procedimiento enmarcado dentro del derecho internacional humano como inherente a la persona, y por no encontrarse en pugna con el derecho interno.

CAPÍTULO III

3. Implicaciones éticas

3.1 Implicaciones ético-morales

Si reflexionamos sobre lo que creemos que constituye nuestra esencia humana, no se nos ocurriría remitir sencillamente al hecho de que poseemos una cadena muy determinada de moléculas de ADN que nos diferencia con otros animales. Puede que ello sea un requisito natural de nuestro ser humano, pero lo que nosotros experimentamos como esencialmente distinto, no es, ni será jamás, la materia de la que estamos hechos, sino el espíritu que anima a esta materia.

Ese espíritu que piensa, siente y desea, que se materializa en nuestro sistema nervioso, nos diferencia de cualquier animal, por el hecho de que nos permite obrar de acuerdo a razones que se miden por normas y valores, de que nos capacita, e incluso obliga, a responder moralmente de nuestras acciones y omisiones ante nosotros y ante los demás. A la doctrina filosófica sobre los valores y las normas que guían nuestras decisiones, es a lo que llamamos ética.

Mientras que la genética nos ayuda a conocer nuestro origen físico, la ética nos tiene que capacitar para hacer juicios de acuerdo a normas de valor moral descartado lo que es considerado aceptable de lo inaceptable. Ahora bien, en una sociedad libre que respeta la autodeterminación del individuo, nuestros congéneres pueden tener convicciones morales muy diferentes y, sin embargo, igualmente respetables. La ética no puede impedir que las personas, de acuerdo a sus respectivas cosmovisiones y

conciencia de valores, sean adeptas de sistemas de normas morales muy diferentes, sin que por ello uno haya de ser éticamente inferior al otro. No podemos descalificar automáticamente a los que piensan de otra manera como irracionales o faltos de escrúpulos, sino que hemos de aprender a discutir con ellos a base de argumentos, pacíficamente y sobre el fundamento de nuestras propias valoraciones.

En una sociedad libre, ningún grupo por más bien fundamentadas que a él subjetivamente le parezcan las propias convicciones debería tratar de imponer como obligatorias las propias concepciones morales en cuanto normas jurídicas. Quien imponga por decreto a todos, sus propias concepciones morales, no sembrará la paz, sino la discordia. Lo cual en absoluto significa que se haya de negar a alguien la posibilidad de propagar sus propias concepciones de valor.

Pero esta propaganda para lograr la aprobación de los que piensan de otro modo nunca debe convertirse en coacción. El derecho ha de velar por igual para todos, por lo que sólo debería establecer como norma aquello que, de acuerdo con nuestra constitución como una especie de común denominador mínimo de preceptos y prohibiciones tiene que ser considerado obligatorio para todos.

Con frecuencia escuchamos la pregunta sobre si el criterio científico le basta limitarse estrictamente a lo que señala el ordenamiento jurídico. Por supuesto que han de atenerse a ello. Pero, en vista, por ejemplo, de la donación de órganos, la subrogación, la investigación genética o la clonación ¿no tendría que someterse a sí misma la ciencia a limitaciones morales más estrictas que las previstas por la ley? Contrariamente, pienso que cada intento de exigir restricciones morales a toda la comunidad científica, nacional o

internacional, restricciones que van más allá del ordenamiento jurídico de validez general, tendrá que fracasar por el hecho de que en cada sociedad libre se hallan en competencia recíproca diferentes sistemas de valores, éticamente legítimos.

No hay duda que la búsqueda del conocimiento es una meta noble. Las posibilidades, riesgos y límites éticos de las nuevas oportunidades que ofrece la ciencia son un complejo problema; pero el creador no nos hubiera dotado de la libertad de decisión si hubiera sido su intención, que aceptemos como fatalidad lo que la naturaleza nos inflinge.

Ante las nuevas posibilidades de conocimiento, la responsabilidad moral de la comunidad será una muy distinta, y tendrá que ser garantizada por el ordenamiento jurídico de acuerdo a un interés de la comunidad, sea éste definido del modo que sea.

Es obligación moral de quienes ensayan y aplican estas nuevas tecnologías cuidar de que se respeten los intereses de seguridad de todos los posiblemente afectados. Y, es de esperar que estas normas sean tan flexibles que puedan adaptarse al rápido progreso de los conocimientos científicos, sirviendo no sólo para tranquilizar a quienes sienten temores exagerados, sino también para la utilización de posibilidades ventajosas. Consideramos equivocado presentar como moral el hecho de impedir, o incluso reprimir, el desarrollo y utilización de la tecnología moderna.

El posible abuso no habla en contra del uso éticamente admisible de las posibilidades científico-técnicas. No es menos progreso científico lo que necesitamos, sino mayor racionalidad en el manejo de las posibilidades que él nos ofrece.

El hombre ha de avanzar actuando con reflexión, con conocimiento, con precaución y prudencia; con conocimiento de que no hay necesidad de hacer todo lo que la ciencia hace posible, situación que además, le permitirá reflexionar: por un lado examinar de acuerdo a normas éticamente fundamentadas, qué nos está permitido y qué prohibido; y a la vez, a no cesar en la búsqueda de qué posibilidades se ofrecen a nuestra capacidad en el marco de lo permitido.

3.2 Implicaciones económicas

El pago por servicios de subrogación maternal inyecta un elemento de comercialización y de potencial explotación en un evento sagrado: el nacimiento de un niño. Revela un potencial mercado económico, contrario a la ética y la moral; devalora la vida humana perjudicando a los pueblos pobres, y sobretodo a los del tercer mundo.

Considerando que un arreglo de maternidad subrogada puede producir a quien se presta para ello, más de sesenta mil quetzales y algunos otros beneficios casi de manera inmediata lo cual estimo es equivalente al trabajo desempeñado por una mujer guatemalteca por un período aproximado de dos años, es naturalmente lógico suponer que nuestras mujeres son un blanco tentador y sin lugar a duda representan un potencial para utilizarse como madres sustitutas.

Una vez establecido en el mercado un mecanismo comercial de adquisición de niños no sería de extrañar que los adquirentes deseen producto de calidad, negándose a aceptar niños imperfectos. Es más, como de alguna manera el niño está asociado o relacionado con la madre subrogada, la pareja requirente o el comisionante pueden

atribuir tal desperfecto a las aportaciones o malos cuidados de la subrogada, o bien ser atribuido al portador genético o a quienes asisten tecnológicamente.

En un mercado comercial la eugénica se positivaría de inmediato, conllevará a que las madres subrogadas sean seleccionadas por los atributos que ofrecen que las altas, delgadas, de ojos verdes, nariz respingada y dientes rectos sean preferidas a las pequeñas, obesas, con nariz doblada y dentadura dispareja. Ya en la actualidad existen varios centros especializados tal como el Bioethics Foundation Incorporated que brinda un directorio estacional de primavera, verano, otoño e invierno, en que madres subrogadas potenciales muestran fotografías, hablan sobre su estatura y peso, su cociente intelectual, estudios realizados y punteos obtenidos y, es fácil encontrar anuncios y toda clase de propaganda comercial respecto a dichos centros en directorios telefónicos, revistas, diarios y en la supercarretera informática.

Es por esto que hay que poner un especial cuidado, en la implementación de una figura tan controversial como la maternidad asistida, ya que esta se puede desvirtuar en cualquier momento debido a su esencia, pudiendo convertirse en un jugoso negocio, tal y como esta sucediendo actualmente con las adopciones internacionales, que pasaron de ser una institución de derecho civil de asistencia social al mas jugoso negocio actualmente realizado por los abogados en Guatemala.

3.3 Implicaciones psico-sociales

Esta práctica permite la felicidad de algunas parejas infértiles y exalta ese sentimiento fraternal de amor, propio del ser humano; pero a cambio, viene a modificar las más sólidas instituciones sociales.

El matrimonio y la familia, célula fundamental de la sociedad, son quizá las instituciones principalmente afectadas. Tanto el vínculo matrimonial como el núcleo familiar son invadidos por la introducción de nuevos miembros, generándose nuevas relaciones entre ellos, y por consiguiente apareciendo nuevos derechos y nuevas obligaciones que crean mayor tensión.

Psicólogos y sociólogos prevén que este novedoso mercado reproductivo producto del progreso científico y tecnológico, que entre otras actividades contempla la donación de óvulos y espermias, la fertilidad in vitro, el transplante de ovarios y hoy día la clonación; por inmiscuirse dentro de los más profundos sentimientos humanos y entremezclar aspectos sagrados y profanos, redundará en ansiedad y confusión entre los participantes, y en la sociedad como un todo.

En varios de los textos consultados se asevera que la tecnología reproductiva produce una indeseable separación de roles al crear tres distintos tipos de madre como lo son: a) madre genética quien dona o vende sus gametos; b) madre subrogada quien lleva a término el bebé; y c) madre social quien cría al niño.

En esencia esta objeción argumenta que la fragmentación de la maternidad en tres distintos roles puede conllevar a la potencial decadencia de la estructura familiar. Se sostiene que la destrucción de la familia sucede desde el momento preconcebido de abandono del niño para ser entregado a la madre social y se cuestiona si la ayuda de una familia justifica la destrucción de otra.

Finalmente no puede pasar inadvertido el estado psicológico y social que envuelve y motiva a las partes involucradas en una subrogación maternal; ni la secuela que pudiera producir.

Para mejorar su autoestima, mujeres con problema en su vida o matrimonio, tales como: distanciamiento conyugal, infertilidad del marido, soledad o vacío, se prestan como madres subrogadas no por la necesidad económica o bondad altruista de beneficiar al prójimo sino más bien, por una necesidad psicobiológico-social que sienten obligadas a cumplir y, la pretendida cura puede llegar a ser peor que la enfermedad.

3.4 Pensamiento de la Iglesia Católica

El argumento primario de la iglesia católica consiste en que es una práctica no natural y que por ello no debe permitirse. Esta ha sido la posición adoptada por la iglesia católica apostólica y romana desde el siglo IX, cuando nuevas tecnologías de procreación artificial fueron por vez primera experimentadas en humanos. La iglesia señala que su postura no es política ni basada en motivos religiosos; que lo hacen como una defensa natural de los valores humanos.

Estos valores se dirigen a que toda actividad desviada del sexo como procreación sea excluida por ser moralmente equivocada, e implica que la santidad del seno familiar será amenazada por una tercera persona.

Quizá el mejor ejemplo de este tipo de argumentos es el citado por Lori Adreus en su libro *Between Strangers* sobre la política oficial de la congregación del Vaticano,

documento que contempla como pecado la subrogación y todo arreglo o reproducción no conyugal.

Para el Papa, es inconcebible un mundo en el que el hombre dé la espalda a Dios, al espíritu y a sus mandamientos, ya que si lo hace, acaba traicionándose y aniquilándose como ser humano. La sociedad actual, por su parte está muy marcada por el individualismo y la sed de libertad heredados de la ilustración, que si bien acepta la hipótesis de Dios, sólo lo hace en la esfera de la conciencia individual. Así, las normas éticas derivadas del dogma cristiano carecen de proyección en la práctica, la razón y la voluntad autómatas son el eje de las decisiones de la sociedad.

Otro ejemplo del pensamiento de la iglesia católica se expresa con evidente claridad en la carta encíclica sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana *evangelium vital* del sumo pontífice Juan Pablo II. Aquí resumimos algunos pasajes, la iglesia sabe que este evangelio de la vida, tiene un eco profundo y persuasivo en el corazón de cada persona, creyente e incluso no creyente.

Todo hombre abierto sinceramente a la verdad y al bien, aún entre dificultades e incertidumbres, con la luz de la razón y no sin el influjo secreto de la gracia, puede llegar a descubrir en la ley natural escrita en su corazón el valor sagrado de la vida humana desde su inicio hasta su termino, y afirmar el derecho de cada ser humano a ver respetado totalmente este bien primario suyo.

En el reconocimiento de este derecho se fundamenta la convivencia humana y la misma comunidad política. Los creyentes en Cristo deben, de modo particular, defender y promover este derecho.

Por virtud del misterio del verbo de Dios hecho carne (Juan 1, 14) cada persona es confiada a la solicitud materna de la iglesia, por eso, toda amenaza a la dignidad y a la vida del hombre repercute en el corazón mismo de la iglesia, afectando al núcleo de su fe en la encarnación redentora del hijo de Dios, comprometiéndola en su misión de anunciar el evangelio de la vida por el mundo y a cada criatura (Marcos 16, 15).

Hoy este anuncio es particularmente urgente ante la impresionante multiplicación y agudización de las amenazas a la vida de las personas y de los pueblos, especialmente cuando ésta es débil e indefensa. A las tradicionales y dolorosas plagas del hambre, las enfermedades endémicas, la violencia y las guerras, se añaden otras, con nuevas facetas y dimensiones inquietantes.

Ya el concilio Vaticano II, en una página de dramática actualidad, denunció con fuerza los numerosos delitos y atentados contra la vida humana. A treinta años de distancia, Juan Pablo II, haciendo suyas las palabras de dicha asamblea conciliar, una vez más y con idéntica firmeza deplora en nombre de la iglesia entera, con la certeza de interpretar el sentimiento auténtico de cada conciencia recta, todo lo que se opone a la vida, como los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, la eutanasia y el mismo suicidio voluntario; todo lo que viola la integridad de la persona humana, como las mutilaciones, las torturas corporales y mentales, incluso los intentos de coacción psicológica; todo lo que ofende a la dignidad humana, como las condiciones inhumanas de vida, los encarcelamientos arbitrarios, las deportaciones, la esclavitud, la prostitución, la trata de blancas y de jóvenes; también las condiciones ignominiosas de trabajo en las que los obreros son tratados como meros instrumentos de lucro, no como personas libres y responsables; todas estas cosas y otras

semejantes son ciertamente oprobios que, al corromper la civilización humana, deshonran más a quienes las practican que a quienes padecen la injusticia y son totalmente contrarios al honor debido al creador .

Por desgracia, este alarmante panorama, en vez de disminuir, se ve más bien agrandado. Con las nuevas perspectivas abiertas por el progreso científico y tecnológico surgen nuevas formas de agresión contra la dignidad del ser humano, a la vez que se va delineando y consolidando una nueva situación cultural, que confiere a los atentados contra la vida un aspecto inédito y podría decirse aún más inocuo ocasionando ulteriores y graves preocupaciones: amplios sectores de la opinión pública justifican algunos atentados contra la vida en nombre de los derechos de la libertad individual, y sobre este presupuesto pretenden no solo la impunidad, sino incluso la autorización por parte del estado, con el fin de practicarlos con absoluta libertad y además con la intervención gratuita de las estructuras sanitarias.

En la actualidad, todo esto provoca un cambio profundo en el modo de entender la vida y las relaciones entre los hombres. El hecho de que las legislaciones de muchos países, alejándose tal vez de los mismos principios fundamentales de sus Constituciones, hayan consentido no penar o incluso reconocer la plena legitimidad de estas prácticas contra la vida es, al mismo tiempo, un síntoma preocupante y causa no marginal de un deterioro moral. Opciones, antes consideradas unánimemente como delictivas y rechazadas por el común sentido moral, llegan a ser poco a poco socialmente aceptables.

La misma medicina, que por su vocación está ordenada a la defensa y cuidado de la vida humana, se presta cada vez más en algunos de sus sectores a realizar estos actos contra la persona, deformando así su rostro, contradiciéndose a sí misma y degradando la dignidad de quienes la ejercen. En este contexto cultural y legal, incluso los graves problemas demográficos, sociales y familiares, que pesan sobre numerosos pueblos del mundo y exigen una atención responsable y activa por parte de las comunidades nacionales y de las internacionales, se encuentran expuestos a soluciones falsas e ilusorias, en contraste con la verdad y el bien de las personas y de las naciones.

CAPÍTULO IV

4. Legislación sobre la maternidad subrogada en Guatemala y otros países

4.1 La subrogación maternal en el derecho civil guatemalteco

4.1.1 Derecho objetivo y derecho subjetivo

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

El derecho subjetivo se refiere al sujeto, al ser humano en particular, y consiste en la facultad que tiene una persona de aplicar o hacer valer el derecho objetivo. Es decir, la facultad de poner en práctica el interés protegido por el orden jurídico.⁶

4.1.2 Derecho público o derecho privado

La división tradicional del derecho objetivo es en derecho público, y derecho privado, reconociéndose mas tarde al derecho social. El primero regula los intereses de la nación y del ciudadano. El segundo regula las relaciones entre particulares; y el derecho social que participa de aspectos tanto de derecho público como del derecho privado, con mayor inclinación a aquel.

⁶ Beltranena, María Luisa. **Lecciones de Derecho Civil**. Pág. 122.

Diremos que teniendo la doble participación del derecho público y del privado, las normas que regulen lo relativo a la subrogación pertenecen sin duda alguna al derecho social de familia.

4.2 Ámbito del derecho civil guatemalteco

El derecho civil como rama del derecho privado, que estudia los principios y las normas jurídicas que regulan la vida del hombre como sujeto de derecho, patrimonio y miembro de una familia como lo son: a) la personalidad, b) la familia y, c) las relaciones patrimoniales. Las reglas sobre la personalidad se refieren a la persona en si y no a sus relaciones con los demás: regulan la existencia y capacidad de las personas; las normas sobre familia rigen la organización de esta, los derechos y deberes que surgen del parentesco, etc.; y las reglas del patrimonio disciplinan lo concerniente a los derechos reales, los derechos personales, los derechos sucesorios, etc.

El ámbito del derecho civil guatemalteco que hasta ahora comprende: a) dentro del derecho de la personalidad; la existencia, duración, los atributos como lo son el nombre, estado civil de la persona, la capacidad, el domicilio y la ausencia; b) dentro del derecho de Familia: el matrimonio, unión de hecho, patria potestad, el parentesco, alimentación, filiación, tutela, adopción, el patrimonio familiar y el derecho registral civil; y, c) dentro del derecho patrimonial; los bienes y demás derechos reales, la sucesión hereditaria, el registro de la propiedad y el derecho de obligaciones, ha satisfecho las necesidades; pero pronto quedará desactualizado dado al surgimiento de nuevas relaciones sociales, como lo es la subrogación.

El ámbito del derecho civil guatemalteco se ampliará y modificará con nuevos conceptos especialmente en cuanto a normas de carácter familiar.

4.3 Expectativas de cambio dentro del derecho civil

4.3.1 Derecho de familia y subrogación maternal

Beltranena expone que: en un sentido jurídico la familia puede traducirse como el conjunto de personas unidas por el matrimonio y por los vínculos de parentesco. Que de tal definición pueden reconocerse tres clases de relaciones: a) conyugal o sea entre cónyuges o esposos; b) paterno filial es el que se da entre padres e hijos y el ultimo c) parentales el que se da entre parientes. Además, expone que Salvat y Planiol coinciden en definir familia como el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, parentesco o la adopción.

Para Francisco Messineo, la familia en sentido estricto, es el conjunto de dos o mas individuos que viven ligados entre si, por un vinculo colectivo, reciproco e indivisible de matrimonio, de parentesco o de afinidad, y que constituye un todo unitario, y agrega que, en sentido amplio, pueden incluirse en el termino familia a personas difuntas, antepasados, aun remotos, o por nacer; familia como estirpe descendencia, continuidad de sangre; o bien, todavía en otro sentido, las personas que contraen entre si un vinculo legal que imita el vinculo del parentesco de sangre como por ejemplo la adopción: Familia civil.

Puig Peña, define la familia como una 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 respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida. Dando así un concepto en cierta forma teleológico, que contrastaron el anterior de Messineo, más y eminentemente descriptivo.

Si se piensa en la familia como en un conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida o se la relaciona con los vínculos de la sangre, de donde se deriva propiamente el concepto: la familia es una rubrica que une a los individuos que llevan la misma sangre de esta, en el primero, ante un concepto popular y en el segundo ante el concepto propio de familia.

En lo personal nos parece que, hoy día, es necesario redefinir jurídicamente el término familia con fuerte inclinación hacia el parentesco y la intencionalidad de criar. Como mero intento podemos definirle así: el conjunto de personas unidas ya sea por contener características hereditarias semejantes parentesco genético o bien por que así la ley lo dispone parentesco legal.

De esta manera no sólo podremos encajar de mejor manera las cuatro fuentes del derecho de familia ya reconocidas como lo son el matrimonio, la unión de hecho, la filiación y la adopción, sino también, las nuevas fuentes que le han de alimentar tales como la maternidad subrogada o la clonación.

El Código Civil define por filiación como la descendencia en línea recta, comprende a todos aquellos que se vinculan a determinada persona con algún ancestro, por alejado que fuere. Por filiación sabemos de quién o de dónde procede

una persona. En sentido jurídico la filiación comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. La academia de la real lengua española le define como procedencia de los hijos respecto de los padres.

Cuando esta relación se refiere en consideración del padre o de la madre, toma respectivamente los nombres de paternidad o maternidad. Hoy día vemos que, para mantener los caracteres considerados esenciales de la filiación: la certeza y la estabilidad, se requerirá de modificaciones en las normas existentes o bien, que mediante resolución judicial firme quede, en cada particular caso, debidamente establecida.

La tradicional clasificación tripartita del parentesco en natural o por consanguinidad; legal o por afinidad; y civil la cual encontramos regulada en el Código Civil en el Artículo 190, es aún muy atinada y de actualidad. Pero nos parece más conveniente dejar únicamente dos grandes divisiones: parentesco genético y parentesco ficto, a fin de cuentas tanto el parentesco afín como el civil son ficciones del derecho.

El parentesco genético cubre a cabalidad el parentesco por consanguinidad tanto en las líneas recta y colateral; y, el parentesco ficto que conviene subclasificarle en afín o político y legal cada cual con su respectiva línea recta y colateral.

Respecto al tradicional concepto de la maternidad o relación filial inmediata de la madre con el hijo, ahora sus elementos han variado complicando su definición. Resulta que, quien pare un hijo no necesariamente es su madre. Aparecen tres distintos conceptos de madre: el de madre genética, el de madre subrogada y el de madre

social. De ello, ahora se nos dificulta establecer la filiación. Al concepto de paternidad le ocurre algo semejante.

Habría que considerar si conviene incorporar lo concerniente a la madre subrogada y donadores de gametos en el registro del estado civil, institución en donde se asientan los principales hechos relativos al ser humano: nacimiento, matrimonio y muerte, y otras circunstancias o actos que le conciernen, por sus relaciones familiares o sociales. Personalmente me parece apropiado por el mero derecho que ha de tener toda persona de conocer su origen y por cuestiones médicas, adicionar a los hechos o actos que han de hacerse constar en el registro civil, aunque fuera de modo especial, otros nuevos como la subrogación maternal y la clonación.

Doctrinariamente se ha definido la patria potestad como el conjunto de facultades, derechos y obligaciones, que la ley confiere a los padres para la protección y educación de sus hijos y la administración de los bienes de sus menores hijos lo cual encontramos regulado en los Artículos 253 y 254 del Código Civil. Es, más que todo, una función eminentemente tuitiva, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de estos.

La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por si mismas, específicamente los hijos menores de edad. Ello incluye: guarda y vigilancia del hijo, prestación de alimentos, corrección y disciplina, educación,

representación legal, administración de bienes y el aprovechamiento de sus servicios atendiendo a su edad y condición.

El vocablo en sí no requiere de modificaciones, pero decidir a quién corresponde hoy día la patria potestad de un niño se dificulta ya que surgen en nuestra mente una serie de preguntas tales como: a quien se le confiere a los padres genéticos, a la madre subrogada o, a los padres prospectivos.

4.3.2 Derecho patrimonial y subrogación maternal

Para suceder a causa de muerte, es decir que pueda entrar como herederos o legatarios en posesión de los bienes de un difunto, puede presentarse el problema de que habrá que definir previamente la filiación o grado de parentesco de los hijos subrogados, para con los padres prospectivos y para con la madre subrogada. Además es producible determinar el tipo de sucesión que habrá de existir entre los niños subrogados y los padres prospectivos o entre aquellos y la madre subrogada, o con quienes aportan los gametos.

Recordemos que en nuestro ordenamiento jurídico establece que ante la ley todos los hijos son iguales y tienen los mismos derechos siendo punible toda discriminación Artículo 50 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

4.3.3 Derecho de personalidad y subrogación maternal

El concepto de persona, tomando la definición de Puig Peña citada por Beltranena, la cual señala que todo ser o entidad susceptible de figurar como término

subjetivo en una relación jurídica, es decir aquél sujeto que el derecho reconoce capaz de adquirir o ejercer derechos y contraer obligaciones permanece vigente.

El concepto de persona individual, física o natural, como aparece definida por Beltranena como todo ser de la especie humana, vale decir, todo ser nacido de mujer- aún queda vigente; pero no sucederá lo mismo cuando el producto de la concepción pueda desarrollarse en incubadoras artificiales o en vientres no humanos.

El concepto de existencia legal, que se inicia con el nacimiento y finaliza con la muerte, y demarca la personalidad civil del ser humano queda vigente; pero la definición de existencia natural, la cual decimos que principia desde su concepción en el seno materno, y que da cabida a los derechos eventuales deberá modificarse. Deberá cambiar pues, ahora resulta que la concepción puede desarrollarse en un seno distinto del materno.

Es importante comentar sobre los atributos de la personalidad. Bonnecase, citado por Beltranena, define personalidad como el conjunto de reglas e instituciones que se aplican a la persona considerada en sí misma, en su individuación y en su poder de acción dicho término tiene aún vigencia pero veremos que sus atributos deberán modificarse en respuesta a los nuevos avances de la tecnología reproductiva.

De entre las teorías sobre el origen de la personalidad de la concepción, del nacimiento, ecléctica y, de la viabilidad nuestros civilistas han adoptado la de la viabilidad en la cual se concede protección en todo lo que le favorezca al nasciturus esperanza de ser humano.

De éstas mismas teorías sobre la personalidad se derivan sus atributos que son: a) el nombre, b) el estado y, c) la capacidad. Así, por ejemplo: en cuanto al nombre, la adquisición y pérdida del apellido no será de extrañar la adición, a los casos ya existentes de filiación, adopción y matrimonio, el de subrogación; en cuanto al estado civil, o a la calidad del estado civil la cual debe hacerse constar, consignarse o asentarse en instituciones públicas del derecho de familia en donde se asientan con individual particularización los principales hechos relativos al hombre: nacimiento, matrimonio, muerte, etc., habrá que considerar si conviene anotar, en relación con la familia, lo relativo a la maternidad subrogada; en cuanto a la capacidad, tanto la de derecho que es subjetiva e inseparable de la persona humana como la de hecho o de ejercicio que atiende a la manera de hacer valer los derechos, permanece vigente.

4.4 La maternidad sustitutiva en el derecho penal guatemalteco

A grandes rasgos, el ámbito del derecho penal guatemalteco comprende delitos contra: la persona y el Estado; la familia y el estado civil; el patrimonio personal y Estatal; la seguridad personal, colectiva y del Estado y; la salud.

A la subrogación maternal se le puede intentar asociar con figuras delictivas. No obstante, el principio de legalidad reconoce que no hay delito ni pena sin ley anterior. Es decir, que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.

Asimismo, por analogía, los jueces no pueden crear figuras delictivas ni aplicar sanciones tal y como lo regulan el Artículo 17 de la Constitución de la República de Guatemala y los Artículos 1o. y 7o. del Código Penal.

A continuación algunos ejemplos:

- a) De interpretarse o de llegar al convencimiento de que promover o facilitar arreglos de maternidad subrogada puede constituir una manera de prostitución, delitos como proxenetismo, rufianería y trata de personas Artículos 191, 193 y 194 del Código Penal, tendrían cierto grado de semejanza.
- b) Algo parecido ocurre con el delito de sometimiento a servidumbre Artículo 202 del Código Penal, si se equiparara o se llegara al convencimiento de que la maternidad subrogada constituye reducir a una persona a servidumbre o condición análoga.
- c) De considerarse inválidos los convenios de maternidad subrogada y sus estipulaciones, una madre subrogada podría utilizar la figura de la coacción para alegar que la otra parte no está legítimamente autorizada para obligarle, y que se le obliga a hacer lo que no quiere Artículo 214 del Código Penal.
- d) Podría llegarse al convencimiento de que la inseminación artificial de una madre subrogada ascendiente, descendiente o hermana; o la introducción en su vientre del cigoto de la pareja pariente constituye una manera de incesto, Artículo 236 del Código Penal.

Actualmente aún no se ha desarrollado precepto alguno que regule en materia de subrogación maternal. De tal manera que, aunque la maternidad subrogada puede en determinadas ocasiones parecerse o tener alguna relación con los delitos mencionados u otros, no se encuentra tipificado como un delito ni está penado por ley.

4.4.1 Moderna tendencia legislativa

Es interesante como en las reformas al Código Penal, considerando que el derecho debe adecuarse a las necesidades sociales, el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto 33-96 empieza a legislar sobre algunos tipos delictivos producto de avances de la tecnología moderna como son los delitos de inseminación.

Curiosamente el Estado no prohíbe dicha práctica. En resumen, lo que hace es regularle y sancionar a modo de que no se practique sin el adecuado consentimiento de la mujer a quien se le practica Artículo 225 "A" Inseminación Forzosa, que no se altere fraudulentamente las condiciones pactadas para su realización o se logre el consentimiento mediante engaño o promesa falsa Artículo 225 "B".

Inseminación Fraudulenta; y, prohíbe que se experimente con la inseminación pero deja abierta las puertas a los intentos para procurar el embarazo, que se realicen conforme a una técnica ya experimentada y aprobada Artículo 225"C".

4.5 Principio de interpretación Constitucional congruente de todo el ordenamiento

En la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, un conjunto de normas adquiere unidad cuando la validez de todas ellas deriva de la denominada norma constitucional, en la cual se apoyan todas las demás.

Así, el derecho regula su propia creación y establece la manera en que puede ser modificado o pueden ser substituidas las normas que lo integran, de tal modo que

al relacionar la validez de una norma por su adecuación en otra norma de carácter superior, se llega a desembocar necesariamente en la ley fundamental o constitucional.

Nuestro ordenamiento jurídico no escapa a ello; en el Artículo 175 la Constitución de la República de Guatemala, establece su supremacía al indicar que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones, exceptuándose los tratados y convenciones aceptadas y ratificadas por Guatemala en materia de Derechos Humanos, que tienen preeminencia sobre el derecho interno, y que las leyes que violen o tergiversen dichos mandatos son nulas ipso jure.

Como resultado de esa supremacía emanada de la voluntad y el poder popular, que se expresa en distintos artículos dentro de nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, se configura la existencia misma del estado, su gobierno, sus alcances y limitaciones, su organización y funcionamiento; así como las garantías esenciales para sus habitantes, significando ello que todo poder público o ciudadanos, queda sujeto a la Constitución en los Artículos: 1, 2, 44, 140, 141, 152, y 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar ésta en cualquier momento de su aplicación en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales.

Este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de ese carácter un postulado básico.

En Estados Unidos de Norte América, todas las leyes y los actos de la administración han de interpretarse en armonía con la Constitución; en Alemania el mismo principio impone el orden normativo en armonía y conforme a la constitución en Guatemala, aunque dentro de la Constitución misma no existe norma específica que aluda a la interpretación armónica, sí participa de ésta corriente constitucionalista y el sistema jerárquico de validez de una norma depende de su adecuación a otras de carácter jerárquicamente superior hasta llegar a la Constitución o Norma Fundamental; es decir, que la interpretación de las leyes debe hacerse en armonía con la Constitución.

La validez de todo el sistema jurídico constitucional moderno depende de su conformidad con la Constitución y por ende, para que una norma no sea inconstitucional, el legislador o juez en su caso, tienen el deber de buscar en la vía interpretativa una concordancia de dicha norma con la Constitución en los Artículos: 175 y 203 de la Constitución de la República; 9 y 10 de la Ley del Organismos Judicial.

En ésta línea de pensamiento es importante tener presente: el principio formulado por el tribunal federal constitucional alemán que establece que una norma no debe ser abolida cuando puede ser interpretada en consonancia con la constitución; y, la lógica Kelseniana de la conveniencia de que queden anuladas las normas de carácter constitucional que se contradicen entre sí.

Así, con objeto de cubrir las necesidades de los gobernados, el legislador debe tener la visión, el tacto y la agilidad suficiente para crear o anular normas acordes a la percepción que de la realidad tenga pero debe hacerlo en armonía constitucional y

recordar que el no permitir o anular una norma puede ser algunas veces un suceso grave generador de confusión o inseguridad jurídica; puede determinar de hecho, una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas.

4.6 Validez constitucional

Por virtud del movimiento llamado constitucional, lo que se entiende hoy por Constitución es claro: el poder es un compromiso que aparece como construcción de la sociedad o del pueblo famoso comienzo de la Constitución americana nosotros el pueblo de Estados Unidos de Norteamérica, creamos y establecemos esta Constitución construcción en la que éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento. Así se expresa la doctrina del pacto social y el postulado básico de la autoorganización como fuente de legitimidad del poder y del Derecho en la Constitución.

Los supuestos previos a la existencia de una Constitución, no es que un cúmulo de normas queden en un instrumento único o codificado dando estructura política superior a un Estado, sino más bien, que las normas contenidas en dicho instrumento sean de origen popular o comunitario, reflejo de sus necesidades. La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad.

4.7 Armonía y conformidad constitucional de la maternidad subrogada

La pregunta obligada, el eje del debate es, si la subrogación maternal en alguna medida desacuerda con normas constitucionales o bien con derechos y garantías inherentes a la persona humana a tal grado que pudiese considerarse tal práctica como nula de pleno derecho.

A nuestro juicio las principales normas de carácter fundamental que deben ser consideradas para determinar la armonía o adecuación de la maternidad subrogada en nuestra legislación son las siguientes:

Constitución de la República de Guatemala, en los Artículos uno y dos, así como en materia de derechos humanos la que encontramos en los Artículos tres, cinco, 17 y 44 en materia de derechos sociales los cuales encontramos en los Artículos 47 al 56 la salud, seguridad y asistencia social la cual encontramos en los Artículos, 93 al 95.

Efectuando una interpretación extensiva de las normas constitucionales anteriores vemos que considerando el término concepción como la fusión de espermatozoides y óvulo, resulta que el Estado, siempre que ello suceda y sin importar el modo como ocurra, queda obligado a garantizar y proteger esa vida humana en progreso. Es una norma Constitucional protectora del cigoto, como lo pretenden también algunas de las contempladas en el Libro II, Título I, Capítulo III del Código Penal, relativas al aborto.

- a) El Estado, una vez nacido con vida el producto de la concepción ser humano como persona, queda obligado a garantizar y proteger su integridad y seguridad, la que como todo ser humano, se considera libre e igual en

dignidad y derechos, con las mismas oportunidades y responsabilidades lo cual encontramos regulado en los Artículos: uno, dos, tres, 44, 93, 94, y 95 de la Constitución.

- b) La subrogación maternal da nuevo sentido a instituciones sólidas en el pasado consideradas inmutables. La filiación, la familia, el matrimonio, la patria potestad y otros conceptos sólidos que configuraban a la sociedad misma resultan insuficientes para entender los alcances y nuevos conceptos.

La maternidad sustitutiva puede parecer una práctica indeseable merecedora de no considerarse, pero también es una conducta humana fraternal digna de promoverse. En determinadas circunstancias nos parece que la maternidad subrogada armoniza y parece estar conforme al principio de interpretación congruente constitucional de nuestro ordenamiento jurídico. Además, no estando regulada ni calificada como delito o falta; y, considerando que toda persona es libre de hacer todo aquello que la ley no prohíbe, en Guatemala dicha práctica es concebible, lo cual encontramos regulado en los Artículos: 4o., 5o., 17, 44, 47 y 56 de la Constitución de la República de Guatemala.

Es un acontecimiento real, increíble, novedoso, potencialmente expansivo que con sus logros enorgullece el ego del de la civilización humana, y que es de interés al derecho por incidir en el orden social imperante; y, por que su producto, el ser humano, es objeto primordial del derecho.

Son muchísimas las implicaciones jurídicas y legales que de la maternidad subrogada devienen. ¿Quién es la madre? ¿Serán válidos dichos arreglos? ¿Qué

fuerza vinculante tienen los convenios? ¿A quién compete la patria potestad? ¿Cuál es el grado de parentesco? ¿Quién es responsable de un bebé con anomalías? etc.

De acuerdo con el diccionario norteamericano Black's Law, el término madre se define como mujer que da a luz un niño, de similar forma el diccionario de la real academia española le define como hembra que ha parido; matriz en que se desarrolla el feto; causa, raíz u origen de donde proviene una cosa.

Ser madre era considerado tan natural que jamás hubo disputas respecto dicho término. Desde que aparece la subrogación maternal ya no es fácil definir quien es la madre de un niño. Los legisladores buscan ésta y muchas otras respuestas.

Utilizando como fuente principal los trabajos del judío Oz Joy Shlomit, del norte americano Timothy Walton y de la australiana Anita Stuhmcke, expondremos como otras legislaciones afrontan algunas de las implicaciones que surgen de la subrogación.

4.8 Ley Judía

Por lo novedoso del tema no hay antecedentes en la legislación judía. Como resultado de ello, estudiosos del derecho judío analizan el tema bajo las leyes preexistentes. Las normas judías no señalan claramente quien es la verdadera madre en una subrogación maternal. Y la respuesta a la incógnita de quien es la madre del niño es sumamente importante bajo la ley judía toda vez que un niño es considerado judío solo si su madre también lo es.

También es importante la resolución del dilema pues afecta las normas relativas al primogénito y la relacionada a la legitimidad del niño.

No hay claro consenso, existe una marcada división de pensamiento, quienes sostienen que la subrogada es madre; aquellos en favor de que es quien aporta los genes la madre; y claro, no falta la ecléctica señalando una doble y simultánea maternidad. Israel recientemente ha legislado que la madre genética es la madre legal del niño, sin necesidad de una posterior adopción.

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

Los argumentos en favor de que la subrogada es madre legal del niño se basan en que no habría desarrollo ni vida sin su intervención; y, que el huevo implantado, al igual que los injertos, adquiere identidad del huésped.

Cuando se inicia uno de estos arreglos, lo usual es un contrato entre partes previo a crear al niño. Esta transacción es considerada venta de bebés y no un pago por servicios. De tal manera, dichos contratos no tienen fuerza vinculante entre partes.

Sin embargo, de acuerdo a reciente legislación Israelí, los arreglos de subrogación maternal si tienen fuerza y son coercibles contra la subrogada. Ella solo puede ser compensada por el costo del embarazo, el alumbramiento, tiempo sufrido y pérdida de ingresos por dicho período.

4.9 Jurisprudencia en Estados Unidos de Norte América

La jurisprudencia norte americana tampoco ha alcanzado consenso sobre el tema de la maternidad subrogada. El gobierno federal de estados Unidos de Norte América no ha legislado ninguna norma al respecto y su corte suprema aún no ventila caso alguno en la materia.

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

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

Opuesto a este punto de vista se encuentra Virginia, cuyos estatutos legales invalidan los arreglos de subrogación maternal y todos los derechos sobre el niño se otorgan a la madre subrogada. Las normas en Virginia indican que: el niño nacido de madre subrogada con consentimiento de su marido, ya sea que fuere ésta inseminada o bien, se le implantara óvulo fecundado, se reputa legítimo natural de la madre subrogada

y su marido. Los donadores de espermatozoides u óvulo no deberán tener ningún derecho o deber de parentesco sobre dicho niño.

El Código Civil de California establece que cuando una mujer provee la genética para un niño y otra mujer da a luz a éste niño, es decir, que aquella que deseó hacer el niño que crecerá por suyo, es la madre natural. La Corte Suprema de California reguló en éste sentido en el caso Johnson v. Calvert codificado en el Código Civil de California No. 7003.

Cuatro argumentos utilizó la Corte. El primero consiste en que si no fuera por la madre genética, no habría niño; Segundo: El concepto mental de que el niño es factor controlador de su creación, y que los originadores del concepto merecen total crédito como concebidores; Tercero: De la intencionalidad y determinación como mecanismos de acción y de éxito. Intenciones que voluntaria y deliberadamente se eligen, se expresan y negocian presumen determinar el parentesco legal; y el último: La corte sostiene que sirve mejor a los intereses del niño porque ellos de propósito optaron por tenerle y vencieron infinidad de obstáculos para lograr su meta teniendo al niño.

Que sin su intención el niño no existiría y que el deseo e idea inicial era que los Calverts tuviesen un niño al mundo, no que los Calverts donaran el cigoto a la madre subrogada. Y, que no hay razón por la cual el cambio de sentimiento de la subrogada debiera variar la determinación de que la señora Calvert fuera la madre natural.

Quienes disintieron en el caso Calvert basaron sus argumentos en que la contribución de la madre gestacional era indispensable; que la intención de la madre genética no debería utilizarse de manera determinante; que la intención de una madre no

debe sobreponerse a la intención de la otra pues ambas son indispensables para el nacimiento del niño; y, que los niños no son propiedad y los derechos sobre éstos no pueden negociarse.

Otra vez los Estados de California y Virginia sostienen puntos de vista opuestos en cuanto a la validez y obligatoriedad de estos convenios. Las normas californianas hacen válidos los arreglos de subrogación maternal y son en contra de la madre subrogada.

Mientras que en Virginia se establece que los acuerdos de esta naturaleza son nulos y por ende carecen de obligatoriedad. Además de Virginia, otros lugares adoptan la postura de que los arreglos de subrogación maternal no son coaccionables; como ejemplo: el distrito de Colombia que hace nulos y considera no obligatorios dichos arreglos, prohibiendo todo pago en compensación con todo lo relacionado o conectado con dichos actos. Adicionalmente, Nueva York prohíbe recibir compensación por arreglos de subrogación maternal con algunas excepciones en concepto de pagos médicos y de hospital; aunque la pena por incumplimiento no sobrepasa de \$500.00.

Así pues, algunos estados han legislado a modo de disuadir a las parejas de entrar en arreglos de subrogación, mientras que otros lo han favorecido y regulado.

4.10 Inglaterra

Por comparación, Inglaterra, al igual que inicialmente lo propuso la ley judía y se hace a la fecha en Virginia, definió el término madre en favor de la madre subrogada señalando que es madre la mujer que da a luz un niño sin considerar si hubo o no

colocación de embrión, esperma u óvulo; y, que ninguna otra mujer debe ser tratada ni considerada como madre de dicho niño.

Sin embargo, esta legislación que daba derechos legales a la madre subrogada sobre la madre genética cambió radicalmente con la crítica y propuesta desarrollada por sus legalistas, quienes propusieron una postura semejante a la californiana, considerando a los padres genéticos como los padres legales pero con decisión de la Corte en aquellos casos que la subrogada se negara a dar al niño.

La Corte inglesa, con el propósito de permitir que desde el nacimiento el niño fuere reconocido como hijo legal de la pareja genética que le comisiona, sin necesidad de acudir a la adopción, efectuó una enmienda indicando que bajo la ley, todo niño debe tratarse como niño de las partes en matrimonio, refiriéndose al marido y esposa si:

- a) El niño es llevado a término por otra mujer que no es la esposa como resultado de colocar en ella un embrión, esperma, óvulo o ser artificialmente inseminada.
- b) Los gametos del marido o la esposa, o de ambos, fueron utilizados para crear el embrión.

En 1985 mediante un acuerdo en materia de Arreglos de Subrogación, Inglaterra prohibió los arreglos de maternidad subrogada comercial e impuso sanciones penales para todo individuo que se viera involucrado en dicha actividad. La idea fue prevenir la subrogación maternal como negocio.

En 1990 mediante el un acuerdo de Fertilización Humana y Embriología, el Parlamento enmienda el acuerdo anteriormente referido a modo de que incluyera la prohibición no comercial de arreglos de subrogación maternal; y, declaró que no son obligatorios sus contratos por ser violatorios y contrarios al derecho civil. El propósito de normar de esa manera fue el de disuadir los arreglos privados de subrogación maternal y el de que no sean válidos ni forzables los contratos para prevenir que los niños sean tratados como propiedad, situación que a toda luz es contrario al axioma básico de propiedad sobre el cuerpo humano.

4.11 Australia

En Australia los comités de investigación de las distintas jurisdicciones se expresan con graves reservas o bien recomiendan dicha practica sea prohibida. En los territorios de: Victoria fertility medical procedure act 1984, centro capital Australiana Substitute Parent Agreements Act 1994, aunque con sus variantes, se ha legislado en contra de dicha práctica, establecen inválidos así como no coaccionables los arreglos y es una ofensa que cualquier persona entre a participar en dichos arreglos.

Se hace una clara distinción entre la maternidad subrogada comercial y la subrogación maternal altruista castigando la primera con prisión y o multa y, aunque permiten la segunda, prohíben toda publicidad sobre el tema y la madre subrogada no queda jamás obligada a entregar al niño.

CAPÍTULO V

5. La maternidad subrogada como figura y la necesidad de implementarla en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

5.1 El negocio jurídico en la doctrina

La figura del negocio jurídico, obra de los pandectistas alemanes, generaliza los efectos comunes a diversas figuras jurídicas como por ejemplo el contrato, testamento, matrimonio, adopción, etc., creando una teoría general de las mismas, en que se estudian los fenómenos más importantes que pueden darse respecto a todas esas figuras y los elementos que las constituyen.⁷

Couture le define como un hecho humano, voluntario, lícito al cual el orden positivo atribuye el efecto de crear, modificar o extinguir derechos; Capitant dice que es una manifestación de voluntad que tiene por fin producir un efecto de derecho; y, para Diego Espín es la declaración de voluntad privada, encaminada a conseguir un fin práctico jurídico, a las que el ordenamiento jurídico, bien por si solas o en unión de otros requisitos, reconoce como base para producir determinadas consecuencias jurídicas.

5.1.1 Requisitos del negocio jurídico

Son requisitos del negocio jurídico: a) la voluntad declarada, b) el fin jurídico o causa y c) la sanción del ordenamiento o licitud.

Se señala que a diferencia del acto jurídico en sentido estricto, no sólo requiere una actividad, sino que además ésta debe ser la expresión de una voluntad dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico, y que estructuralmente comprende de un elemento interno la voluntad humana y otro elemento externo actividad o declaración.

El negocio jurídico exige una voluntad, pero una voluntad racional, es decir, consciente y libre; por ello, cuando la voluntad se forma bajo la influencia de circunstancias que disminuyen la conciencia o libertad del sujeto, se dice que existe vicio. Los vicios de voluntad suponen, por tanto, no la falta de voluntad, sino que ésta se ha formado de modo diferente a la que habría sido la verdadera voluntad del sujeto sin existencia de esas causas deformantes. Los efectos de los vicios de la voluntad, por regla general, consisten en la invalidez del negocio como por ejemplo el dolo, error, violencia o intimidación.

La causa o fin, otro requisito esencial del negocio jurídico, mantiene un vivo debate doctrinal. Según la teoría clásica de la causa objetiva, la causa responde al porqué se debe y en ocasiones se confunde con el qué se debe que es el objeto de la obligación. Establece la causa como un elemento constante, invariable e impersonal, fijo para cada tipo de negocio, sin el cual el negocio no puede existir, sería nulo.

En contraposición aparecen los críticos anticausalistas y; las nuevas corrientes expuestas principalmente por autores franceses critican la posición puramente negativa de los anticausalistas y advierten sobre la insuficiencia de la teoría clásica. Formulan la teoría de la causa impulsiva y determinante; en la cual la causa no es un elemento

⁷ Espín, Diego. **Manual de Derecho Civil Español**. Vol.1. Pág. 115.

invariable e impersonal, fijo para cada tipo de negocio, con fin inmediato, sino la finalidad perseguida por las partes concretamente en cada negocio, el móvil impulsivo y determinante de las partes.

Consecuencia de esta concepción de la causa es su extensión, que permite anular aquellos negocios que, según la teoría clásica, eran perfectamente válidos, por no contener nada inmoral en su fin inmediato, pero que, explorando los móviles determinantes de las partes fin ulterior, se aprecia su inmoralidad como por ejemplo los contratos relativos a la explotación de casas de tolerancia, juego, etc.

Los requisitos de la causa son que ha de ser existente, verdadera y lícita. Según las teorías causalistas, el negocio debe tener una causa; de lo contrario es inexistente; pero no se exige que la causa esté expresa en el negocio, sino, por el contrario, se presume que la causa existe mientras que no se pruebe lo contrario. Además, la causa ha de ser verdadera, pudiendo resultar la falsedad de error o simulación; los efectos son distintos en ambos casos, pues mientras que la causa errónea hace inexistente el negocio, la simulada, si oculta otra verdadera y lícita, no impide la validez del negocio.

Por fin, la causa ha de ser lícita; es ilícita la que se opone a las leyes, a la moral, o al orden público, y produce la inexistencia del negocio. La licitud de la causa se presume mientras no se pruebe lo contrario.

5.1.2 Elementos del negocio jurídico

Los elementos del negocio jurídico son: esenciales, naturales y accidentales o accesorios.

a) Los esenciales

Son imprescindibles, y se requiere que por voluntad de las partes se incorporen al negocio.

b) Los naturales

Acompañan normalmente al negocio por ser conformes a su propia naturaleza, y los accidentales no son necesarios para que exista el negocio pero autolimitan o condicionan los efectos del mismo como por ejemplo la condición, término, modo.

5.2 Naturaleza jurídica de la subrogación maternal en nuestro medio

A nuestro criterio la maternidad subrogada es un acto humano voluntario complejo que, cuando se produce con ocasión de móviles altruistas y sin ánimo de lucro teniendo entonces un fin lícito protegido por el ordenamiento jurídico, puede convertirse en un negocio jurídico. Ahora bien, con motivos distintos a los altruistas no lucrativos actualmente ha de considerársele simplemente como un acto jurídico ilícito.

Dicho acto puede ser tanto edificador como destructor del orden social imperante; y, sin importar la licitud o ilicitud de su causa fin inmediato o fin ulterior es un acontecimiento generador de derechos y obligaciones.

Por otra parte, aún aceptando la tesis de que en los arreglos de maternidad subrogada concurren los requisitos necesarios para su validez o existencia, veremos que de todas formas, dado a la naturaleza de su contenido personal, no podría denominársele un contrato.

5.2.1 Clasificación de la maternidad subrogada altruista y gratuita

La subrogación maternal en su modalidad de negocio jurídico le podemos clasificar como: bilateral, personal, gratuito, entre vivos, causal, obligatorio y solemne.

Es bilateral no unilateral, pues se requiere de la declaración de voluntad de por lo menos dos partes; desde el punto de vista del contenido es personal y no patrimonial dado a que versa sobre relaciones de estado y de familia como por ejemplo los esponsales, matrimonio, adopción, nacionalidad, y no sobre relaciones reales, obligatorias y sucesorias como por ejemplo la constitución de hipoteca, compraventa, e el testamento.

Estriba la importancia de esta distinción en que las normas legales sobre los contratos las más extensas no pueden aplicarse a los negocios no patrimoniales por la diversa naturaleza de unos y otros; matemáticamente sería como pretender sumar peras con manzanas.

Es gratuito y no oneroso pues no tiene por objeto una disposición o atribución patrimonial de permitirse algún día la subrogación maternal como negocio, entonces habría modalidad de onerosa; es entre vivos no por causa de muerte ya que se refiere a las relaciones jurídicas de una persona durante su vida no tiende a ordenar las relaciones jurídicas de una persona cuando fallezca; aunque la causa, elemento esencial del negocio jurídico puede en ciertos negocios ser abstracta o presumirse y no estar contenida, a nuestro criterio toda subrogación debe ser con expresión de su causa, es decir, un negocio causal.

Es obligatorio y no dispositivo pues no tiene de modo inmediato una disminución patrimonial. Ahora bien, de dar cabida a la subrogación maternal como negocio entonces sí podría también ser un negocio dispositivo en el que la atribución patrimonial se realiza por una inmediata disminución en el patrimonio del disponente. Por último, sostenemos que debe ser un negocio solemne, debiendo el ordenamiento jurídico exigir una forma determinada de manifestar la voluntad para que exista.

En la subrogación maternal las partes debe emanar una voluntad racional consciente y libre compuesta por sus dos elementos, interno y externo. Por una parte, la de tomar el lugar de otra permitiendo se conciba o implante en su útero un embrión, permitiéndole desarrollarse hasta que nace el niño, para luego entregarlo. Por la otra, la de crear un nuevo ser y, tomarle como propio para criarlo.

La causa o fin ya sea inmediato o ulterior no puede ser abstracta o presumirse. Debe ser manifiesta a manera de conocer la verdadera intención de las partes. El objeto en toda maternidad subrogada es crear, en vientre ajeno, un ser humano con intención de que desarrolle y nazca. La causa para la madre subrogada es proporcionarle a otra persona, distinta de sí misma, un bebé. La causa para quien lo solicita es hacer crecer su hijo en vientre ajeno por no poder o no querer hacerlo propiamente y, criarlo como propio.

El elemento causal resulta ser sumamente importante. Tiene dos manifestaciones: como negocio y como conducta fraternal humana. Como negocio está excluido del comercio por su naturaleza y por disposición de ley. En dicho acto jurídico el objeto es ilícito por lo que deviene nulidad absoluta al no concurrir en él los requisitos esenciales

para su existencia en los Artículos: 4 al 44 de la Constitución de la República de Guatemala 442, 443, 444 del Código Civil. Como conducta fraternal humana su objeto puede estimarse lícito por lo que, concurriendo de ésta manera los requisitos esenciales para su existencia, el negocio se considera válido en los Artículos 1o., 4o., 44, 47, 50, 56 Constitución de la República de Guatemala, así como del 78 al 145 y 155 del Código Civil.

La causa ha de ser lícita, y lo es, cuando no se opone a las leyes, a la moral, o al orden público. Es decir, que la licitud de la causa se presume mientras no se pruebe lo contrario. Existen infinidad de derechos fundamentales que apoyan moral y jurídicamente la licitud de una subrogación maternal altruista y gratuita. El bien jurídico tutelado muy bien puede ser: la libertad de hacer todo aquello no prohibido, el derecho a procrear o bien, el derecho a integrar una familia, etc.

Elementos en la subrogación maternal, considerada como negocio jurídico consideramos elementos esenciales, todos sus requisitos la voluntad, su causa y la licitud algunos de sus elementos subjetivos y objetivo; el altruismo gratuito; y, un mínimo grado de solemnidad con expresión de causa.

Sus elementos subjetivos son: la madre subrogada o sustituta; los padres prospectivos es decir, quién o quienes desean hacer que nazca y criar de la criatura; los donadores o vendedores, quien o quienes aportan material genético; el o los intermediarios; y, el o los médicos, técnicos y asistentes. De éstos, los estrictamente esenciales son los dos primeros.

El elemento objetivo consiste en: crear un ser humano en vientre ajeno con intención de que desarrolle, nazca y crezca como hijo distinto de quien presta el vientre.

Otros elementos esenciales son: el altruismo, o bien, que le motive una conducta fraternal humanitaria con fines de ayudar al prójimo y, que sea gratuito es decir, que no exista ánimo de lucro en dicha actividad.

Para evitar cualquier simulación nos parece apropiado expresión de causa como un elemento esencial, pues de no ser así, no se sabría cuál es la pretensión real de las partes. Además, por seguridad, debe contener un grado mínimo de solemnidad.

Quedar debidamente documentado con expresión de su causa debe ser el requisito mínimo legalmente exigido para que dicho acto tenga existencia jurídica y validez formal, sin embargo, recomendamos constituirle en escritura pública.

Salvo la madre subrogada o sustituta y los padres prospectivos, los demás elementos subjetivos pueden considerarse elementos naturales de toda subrogación maternal. Con respecto a la causa, en el instante mismo que la maternidad subrogada sea sancionada legal por el ordenamiento jurídico, pasará a ser un elemento natural. En tanto no sea así, siempre deberá considerársele un elemento esencial.

Elementos accesorios pueden ser muchísimos generalmente asociados a condición, término o al modo de realizar el negocio.

5.3 Obligatoriedad de la maternidad subrogada

La obligación podemos definirle como el deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto o prestación, y a cuyo incumplimiento, además de la coerción interna puede exigirse mediante la coacción respaldada por el poder Estatal. En toda obligación hay dos voluntades unidas por un nexo invisible, muy

poderoso, casi indisoluble compuesto por el deber de responder y el poder de exigir recíprocamente su cumplimiento. Y, decimos que el nexo es casi indisoluble pues únicamente en condiciones muy especiales y extraordinarias puede alterarse o romperse.

La teoría general moderna establece que los convenios se originan para ser respetados; y que, sólo en circunstancias extraordinarias e imprevisibles, cuando varían las condiciones básicas, pueden las partes no cumplir o variar lo convenido. Nuestros legisladores de manera incipiente se orientan con estas ideas para crear el Código Civil Decreto Ley 106, Artículo 1330.

5.3.1 Pacta sunt servanda vs. Rebus sic stantibus

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

La segunda dice que en los convenios, se sobreentiende que su subsistencia está supeditada a la permanencia, por lo menos esencial, de los motivos o circunstancias que originaron el pacto. De ello se deduce que, no cabe compeler al cumplimiento de la obligación concertada en época normal, si, a la fecha de su ejecución, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que la prestación resulte excesivamente ruinosa o gravosa para cualquiera de las partes.

5.3.2 Obligatoriedad de la maternidad subrogada en Guatemala

Las normas especifican la conducta de acción u omisión que un sujeto debe poner en práctica, es decir, crean deberes. Ahora bien, hay que separar el deber jurídico, en lo que tiene estrictamente de jurídico, frente a aquellos otros posibles deberes de contenido parecido, que derivan de normas morales o de normas religiosas o de normas del trato social. Aunque el deber moral, religioso o social se parezcan al deber jurídico, se trata de cosas distintas.

El deber jurídico lo tiene sólo y exclusivamente por que hay una norma de derecho positivo que así lo determina y en caso de incumplimiento, sin importar ningún especial estado interno de ánimo o de conciencia, lo único que se exige es el hecho objetivo y exterior de su cumplimiento.⁸

Claro que en las obligaciones pueden darse varios deberes similares superpuestos: el jurídico, el religioso, el moral y el social; pero debiéramos poder abstraerlos a cada uno de manera independiente y distinto a los demás. El deber jurídico debe basarse pura y exclusivamente en la norma de derecho positivo; y, aquí, por ejemplo, ocurre que ante un convenio nulo o inexistente por falta de sus requisitos, hay que decir que no existe deber jurídico positivo de cumplirlo; y en cambio, moral y socialmente es probable que hayamos de reconocer que han surgido deberes. Además, los deberes que nacen de las normas jurídicas son obligatorios para todo sujeto a quien se dirige, aún con su desconocimiento *nemo censetur ignorare legem* en

⁸ Recaséns, Luis. **Introducción al Estudio del Derecho**. Pág. 54.

nuestro ordenamiento jurídico conocido como Primacía de la ley, Artículo tres de la Ley del Organismo Judicial.

Ello es un postulado esencial de todo Derecho; y, por el contrario, un deber moral, religioso o social no puede existir si el sujeto no conoce la norma y está además convencido de su bondad. En la actualidad nacional, los arreglos de subrogación maternal, en cuanto a la obligación propiamente dicha, pueden ser moralmente o socialmente obligatorios pero realmente lo serán jurídicamente.

Nuestra opinión es que no pueden ser obligatorios. No lo puede ser en primer término por el simple hecho de que emana de un acto nulo, carente de los requisitos esenciales para su existencia y en segundo lugar por que no existe deber jurídico positivo y singular que norme su cumplimiento.

Aún en el caso de excepción, por no ser la maternidad subrogada un Derecho positivo reconocido y protegido por el poder estatal, no puede entonces ser jurídicamente obligatorio. Ahora bien, acogiéndonos dentro de la teoría general de los derechos fundamentales expuesta espléndidamente por el costarricense Rubén Hernández Valle, podemos reconocer que en el horizonte del constitucionalismo moderno, hay tendencia a respetarse tanto las libertades públicas derechos fundamentales que el poder estatal reconoce y protege como todos los demás derechos fundamentales que tienen una connotación más axiológica que jurídica (por diversas razones no positivizadas en el ordenamiento jurídico, pero cuyo contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.

En este orden de ideas, podemos hallar que escudriñando entre los derechos fundamentales puede hablarse de que en la maternidad subrogada gestacional, altruista y gratuita que es el caso de excepción existe lo que podríamos llamar un cuasi deber jurídico o deber jurídico axiológico. Deber quizás más vigoroso y apegado al jurídico que el moral o el social pero, a fin de cuentas, carente de fuerza exterior coactiva.

Quede claro que a futuro, si se llega a positivizar es decir: a reconocer, organizar y regular la subrogación maternal, su obligatoriedad podría manifestarse. Además, no podemos olvidar que, para que un niño producto de algún arreglo de éstos se le repute como hijo distinto de la mujer que le dio a luz y, por presunción de su marido, deberá efectuarse una adopción posterior De aquí que, la madre subrogada considerada en nuestro derecho como la madre legal no queda obligada a entregar el niño a los padres prospectivos.

5.4 Surgimiento de otros derechos y obligaciones

Que la maternidad subrogada sea o no un acto lícito, que sea o no un negocio jurídico, o bien, que lo pactado deba o no ser cumplido son temas de amplia discusión sobre el cual hemos dado ya nuestro parecer.

Ahora es importante recalcar que de la subrogación maternal emana vida, un nuevo ser humano a quien debe de protegerse y que, como sujeto del derecho, arriba a este mundo con un cúmulo de derechos y obligaciones.

Entre otros, podemos hablar de derechos y obligaciones, de alimentación, de filiación y parentesco, registrales, patrimoniales y de nacionalidad. Así, a todo niño nacido le asiste el derecho de ser alimentado, de tener familia y alguien que cuide de él, de inscribirse en el registro civil, de ser heredero y heredar, y de pertenecer a una nación.

CONCLUSIONES

1. La maternidad subrogada genera muchos dilemas legales y éticos, especialmente de quien es la madre legal. Dramáticamente altera normas sociales y crea distintos enfoques legales.
2. Respecto a la filiación materna se producen dos posiciones radicalmente opuestas, una en favor de la madre sustituta, otra en favor de la madre que desea hacer crecer y cuidar del niño, la fusión de ambas se convierte en una ecléctica; pero en lo que sí generalmente coinciden las políticas de distintas regiones es en tratar de prevenir que la maternidad subrogada se convierta en una industria comercial exitosa e intentan disuadir a todo individuo de participar en arreglos de tal naturaleza.
3. Dentro del derecho guatemalteco vigente y mientras no se regule respecto a la maternidad subrogada, para que un niño producto de algún arreglo de subrogación maternal se le repute como hijo distinto de la mujer que le dio a luz y por presunción de su marido, deberá efectuarse una adopción posterior.
4. En el caso de la subrogación maternal dentro del ámbito del derecho guatemalteco, ocurre que su causa puede tener una dualidad: como negocio y como conducta fraternal humana altruista. Como negocio está excluido del comercio por su naturaleza y por disposición de ley. En dicho acto jurídico la causa es ilícita por lo que deviene nulidad absoluta al no concurrir en él los requisitos esenciales para su existencia; como conducta fraternal humana su

causa pudiera estimarse correcta por lo que, concurriendo de ésta manera los requisitos esenciales para su existencia, el negocio puede considerarse válido.

5. La maternidad subrogada es meramente un acto jurídico ilícito que, sólo en determinada circunstancia cuando es de modo altruista y sin ánimo de lucro, podría convertirse en un negocio jurídico, sin caer en coacción, ni exigirse por la fuerza; en todo caso debe darse cumplimiento a lo pactado en el proceso o arreglo al que se llegó en la subrogación.

RECOMENDACIONES

1. Necesariamente, por ser la maternidad subrogada un acontecimiento que incide en el orden social imperante; y, su producto, el ser humano sujeto del derecho, conviene jurídicamente y corresponde normarle por parte del Congreso de la República de Guatemala, en el Código Civil, en el libro primero, referente a la Familia, asimismo es preciso que la maternidad subrogada se regule como una nueva institución social del derecho civil social de familia en un apartado propio de manera similar a instituciones como el matrimonio, la adopción y el patrimonio familiar.
2. Se debe tratar de prevenir a través de la Procuraduría General de la Nación, que la maternidad subrogada se convierta en un negocio y se debe disuadir a todo individuo de participar en arreglos de tal naturaleza, similar a lo que ocurre con el matrimonio entre parientes y menores, podría impedirse mediante multas a las partes involucradas, también es importante no permitir anuncios o cualquier tipo de propaganda masiva en medios de comunicación.

BIBLIOGRAFIA

Alsina, Hugo. (1957) **Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires. Ediar

Cabanellas Guillermo. (1968) **Diccionario de Derecho Usual tomos I, II, III**. Buenos Aires. Editorial Omeba.

Castellanos Rolando. (1938) **Curso de Procedimientos Penales**. Guatemala, Tipografía Nacional.

Chacón Mauro. (1991) **El enjuiciamiento Penal Guatemalteco y la necesidad de regular Juicio Oral**. Guatemala. Edita.

Ossorio Manuel. (1981) **Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales**. Buenos Aires, Heliasta.

LEGISLACION

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

Código Procesa Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Código Civil, Decreto Ley número 106 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil, Decreto Ley número 107 del Congreso de la República de Guatemala.