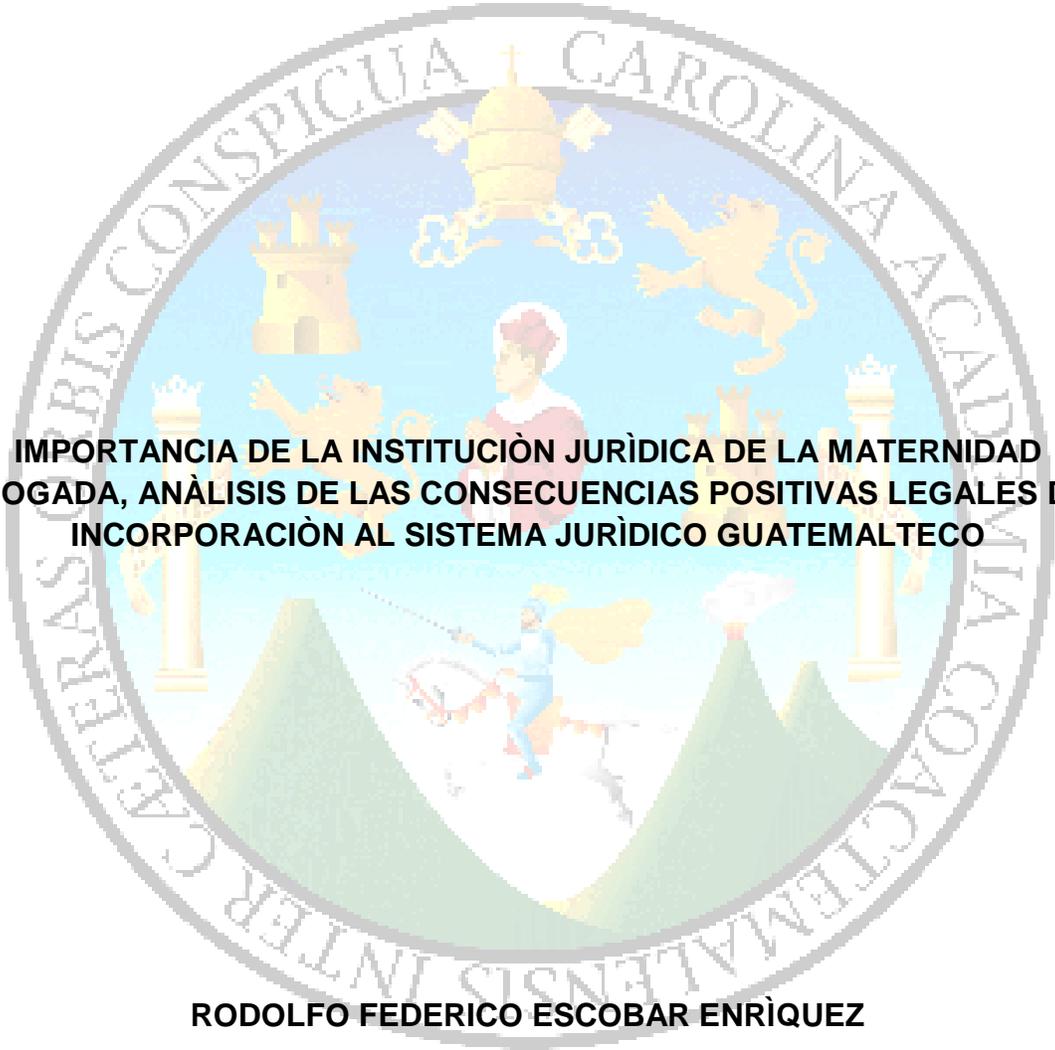


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a woman in a red dress and white headscarf, likely representing the Virgin Mary, seated on a throne. Above her is a golden crown with a cross. To the left is a golden castle tower, and to the right is a golden lion rampant. Below the central figure is a shield with a blue and white design, and a figure on a white horse. The background is a light blue sky with a green mountain range at the bottom. The seal is surrounded by a grey border containing the Latin text "LETTERAS OPTIBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALTECO INTER CETERAS".

**IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA, ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS POSITIVAS LEGALES DE SU
INCORPORACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO**

RODOLFO FEDERICO ESCOBAR ENRÍQUEZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2011

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

**IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA, ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS POSITIVAS LEGALES DE SU
INCORPORACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RODOLFO FEDERICO ESCOBAR ENRÍQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2011

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Vocal: Licda. María Soledad Morales Chew
Secretaria: Licda. Magda Elizabeth Montenegro Hernández

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez
Vocal: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario: Lic. Roberto Paz Álvarez.

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

LICENCIADO

JORGE EDUARDO HERNÁNDEZ ZAMORA

ABOGADO Y NOTARIO colegiado activo 8,489

12 calle "A" 2-58 Zona 1 ciudad de Guatemala, Segundo nivel.

Tel: 22534683 - 54021222

Jorge Eduardo Hernández Zamora
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 25 de enero de dos mil once.

LICENCIADO

CARLOS MANUEL CASTRO MONROY

JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

SU DESPACHO.



Respetable Licenciado Castro:

De manera atenta me dirijo a usted, deseando fielmente que sus actividades personales y profesionales transcurran con su debido éxito, a la vez comunicándole que en cumplimiento de la resolución de fecha veintiuno de enero de dos mil once emitida por la UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS, en la cual fui nombrado como Asesor del trabajo de Tesis del bachiller RODOLFO FEDERICO ESCOBAR ENRÍQUEZ, intitulado: **"IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA (ALQUILER DE VIENTRE), ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS POSITIVAS LEGALES DE SU INCORPORACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO"**, para lo cual procedí a revisarlo asesorando al estudiante en las modificaciones que se estimaron pertinentes tomando en cuenta lo siguiente:

- A. Se le hizo saber que la tesis debía solventar de principio a fin un contenido científico y técnico, por lo que así se ha culminado la misma, siendo este tópico que se ha trabajado, novedoso científicamente.
- B. La metodología de investigación que se utilizó fue la de la recopilación de datos y la forma histórica para datar la evolución del tema que se ha trabajado y las técnicas que se emplearon fueron el análisis analítico y descriptivo.
- C. Al darle lectura final al trabajo de tesis, me percaté que la redacción es sumamente adecuada, acorde al grado académico que se está optando y se utilizó en todo momento lenguaje adecuado y sobre todo técnico.



LICENCIADO

JORGE EDUARDO HERNANDEZ ZAMORA

ABOGADO Y NOTARIO colegiado activo 8,489

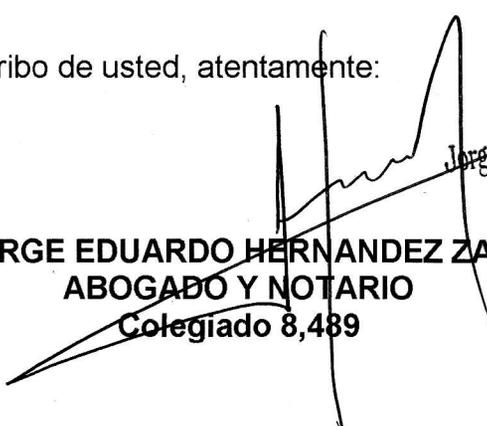
12 calle "A" 2-58 zona 1 ciudad de Guatemala, Segundo nivel.

Tel: 22534683 - 54021222

- D. El tema de la Maternidad Subrogada, sin duda alguna representa un avance en la tecnología de la medicina y por ende inmiscuye a la ciencia del Derecho, por necesitar de este para practicar este tipo de procedimiento, bajo una esfera legal, por lo que indiscutiblemente el desarrollo de este tema que es virgen en nuestro país, trae para nuestro ordenamiento jurídico un aporte invaluable.
- E. En lo referente a las conclusiones y recomendaciones de este trabajo de Tesis, le hice saber al sustentante la importancia y necesidad de redactarlas de forma sintética, precisa y sobre todo coherentes entre así, guardando las conclusiones relación fiel con cada recomendación y fue así como se hizo.
- F. La bibliografía que se utilizó fue la adecuada, toda vez que fue la necesaria, que permitió la consecución de este trabajo de Tesis, ayudando a fundamentar y explicar cada uno de los capítulos integrantes, se buscó apoyarse tanto de fuentes electrónicas como bibliotecarias, siendo estas nacionales e internacionales.

En relación a lo anterior, se pudo establecer que el trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento de las modificaciones realizadas tanto de fondo como de forma por el bachiller, según lo establecido en el **Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público**, por lo expuesto en mi calidad de ASESOR, concluyo que el trabajo de tesis del bachiller **RODOLFO FEDERICO ESCOBAR ENRIQUEZ**, cumple satisfactoriamente con lo establecido en el Normativo ya identificado, por lo que me permito aprobar el presente trabajo de investigación de Tesis emitiendo **DICTAMEN FAVORABLE**, en cuanto a la fase de asesoría.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente:


LIC. JORGE EDUARDO HERNANDEZ ZAMORA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 8,489

Jorge Eduardo Hernández Zamora
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiocho de enero de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante RODOLFO FEDERICO ESCOBAR ENRÍQUEZ, Intitulado: "IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA (ALQUILER DE VIENTRE), ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS POSITIVAS LEGALES DE SU INCORPORACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO"

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/sllh.

LICENCIADO
MARCO TULIO CASTILLO LUTIN
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado Activo No. 3,189
14 calle 10-58 zona 1
TEL: 22324531



Guatemala dos de febrero de dos mil once.

LICENCIADO
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SU DESPACHO.



Respetable Licenciado Castro:

Por este medio tengo el agrado de dirigirme a usted, con el objeto de hacer de su conocimiento, que en virtud de la resolución de fecha veintiocho de enero del año dos mil once, emitida por la UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, en la cual se me nombró como Revisor del trabajo de Tesis del Bachiller **RODOLFO FEDERICO ESCOBAR ENRÍQUEZ**, intitulado: **"IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS POSITIVAS LEGALES DE SU INCORPORACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO"**, para lo cual me permito hacer las consideraciones siguientes en estricta observancia y bajo la directriz del *artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público*:

- I. El contenido científico y técnico de esta tesis estriba en el extremo que el tema de la maternidad subrogada sin duda alguna es un tópico muy novedoso no solo en las ciencias médicas sino en la esfera del Derecho, ya que al desarrollarlo se le dio un matiz eminentemente científico al tratarlo como institución del Derecho, enfocándolo en todo momento de forma técnica.
- II. Al darle lectura a este trabajo de tesis, se percibe que la metodología de investigación que se utilizó fue primeramente la de recopilación de datos y de abstracción, toda vez que permitió la producción de conocimiento y la obtención de criterios válidos, la forma histórica para evidenciar el desarrollo que ha tenido la maternidad subrogada como institución y por último el método deductivo.



LICENCIADO
MARCO TULLIO CASTILLO LUTIN

ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado Activo No. 3189
14 calle 10-58 zona 1
TEL: 22324531

-
- III. En cuanto a la redacción que se utilizó en el desarrollo de esta tesis, considero ha sido la correcta en virtud de que siempre se observó la misma línea, guardando correlación en todo momento entre cada capítulo y se empleó lenguaje eminentemente técnico; hago constar que le sugerí al sustentante la eliminación, en el título de su tesis, la palabra: "*(vientre de alquiler)*", ya que me parecía redundante e inapropiada tal denominación, por lo que fue suprimida.
- IV. A mi consideración existe un verdadero y tangible aporte a la ciencia del Derecho la elaboración de este trabajo de tesis toda vez que, es un tópico no común, no desarrollado antes por ningún otro estudiante y sirve de base y pauta para el entendimiento y proposición de regular esta institución en el ordenamiento jurídico guatemalteco, por lo que representa un valioso aporte.
- V. Al leer y analizar cada una de las conclusiones y recomendaciones que el sustentante ha realizado, me percaté que ha seguido la concatenación que debe existir entre cada conclusión con su respectiva recomendación, observando que utilizó las palabras correctas y en pocas líneas se puso en evidencia la esencia de cada una de ellas.
- VI. El apartado de la bibliografía me parece muy completo, en virtud de que se utilizó diferentes fuentes, tanto nacionales como extranjeras así también fueron unas físicas y otras de carácter electrónicas, por lo que hace que la presente tesis muestre fundamento en cada una de sus aseveraciones.

En atención a los numerales antes expuestos, a mi consideración el trabajo de investigación del bachiller RODOLFO FEDERICO ESCOBAR ENRÍQUEZ, llena los requisitos establecidos en el artículo 32 del normativo ya identificado, por lo que habiendo observado cada uno de las revisiones y correcciones emitidas por mi persona, confiero **DICTAMEN FAVORABLE DEL PRESENTE TRABAJO DE TESIS.**

Sin otro particular me es grato suscribirme de usted, deferentemente:


Lic. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
Abogado y Notario
Colegiado 3,189

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintitrés de febrero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante RODOLFO FEDERICO ESCOBAR ENRÍQUEZ, Titulado IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS POSITIVAS LEGALES DE SU INCORPORACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

A DIOS:

Por brindar en mi vida, sabiduría, fortaleza, ánimo y perseverancia que permitieron que lograra esta meta.

A MIS PADRES:

Por confiar en mi capacidad, virtud y anhelo de ser un profesional y proporcionarme su apoyo económico y moral que hicieron posible culminar mis estudios universitarios satisfactoriamente.

A MIS HERMANOS:

Por ofrecerme palabras de motivación y aliento en momentos difíciles que inyectaron en mí, fuerza para seguir adelante durante mi carrera universitaria.

A MIS AMIGOS Y SERES QUERIDOS:

Por su apoyo incondicional, estímulo y admiración que siempre presentaron hacia mi persona; que provocaron un deseo incesante de lograr este sueño.

A LA JORNADA MATUTINA:

A través de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que me abrió las puertas y me inculcó en todo momento el perfil que como estudiante debía mostrar en todo momento, distinción, calidad académica, visionario, probo, pero sobre todo orgullosamente sancarlista.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Maternidad subrogada.....	1
1.1 Conceptos generales.....	1
1.1.1 Noción de maternidad.....	1
1.1.2 Subrogación.....	5
1.1.3 Maternidad subrogada.....	8
1.2 Origen y antecedentes históricos de la maternidad subrogada	13
1.3 Desarrollo científico de las disciplinas que posibilitan la subrogación maternal en la actualidad	19
1.3.1 Genética.....	19
1.3.2 Ingeniería genética.....	21
1.3.3 La eugenética	22
1.3.4 La biotecnología.....	23
1.4 Tipologías de subrogación maternal en atención al aporte genético a la madre subrogada.....	25
1.4.1 Subrogación tradicional o madre sustituta.....	25
1.4.2 Subrogación gestacional o madre portadora.....	26
1.4.3 Ovodonación.....	28
1.4.4 Embriodonación	28

1.5	Tipología de subrogación maternal en atención a su motivación o finalidad.....	28
1.5.1	Maternidad subrogada onerosa o por servicio.....	28
1.5.2	Maternidad subrogada gratuita o de colaboración fraterna.....	29

CAPÍTULO II

2.	El negocio jurídico como institución del derecho y la maternidad subrogada como posible figura legal.....	31
2.1	El negocio jurídico.....	31
2.2	Características del negocio jurídico	33
2.3	Clases de negocio jurídico	34
2.4	Elementos del negocio jurídico.....	35
2.5	El negocio jurídico dentro de la legislación guatemalteca	35
2.6	Posible ámbito jurídico de la maternidad subrogada	38
2.7	La subrogación maternal hace necesaria la ampliación del derecho de familia	42
2.7.1	Derecho de familia	42
2.7.2	Derecho de la personalidad	46
2.7.3	Derecho patrimonial	49

CAPÍTULO III

	Pág.
3. Marco regulatorio de la maternidad subrogada en legislaciones extranjeras..	53
3.1 Consideraciones generales	53
3.2 En los Estados Unidos de Norte América.....	55
3.3. En Israel.....	59
3.4. En Ucrania.....	60
3.5. En Australia.....	61
3.6 En Inglaterra.....	62
3.7 En México.....	64
3.8 Procedimiento común de una maternidad subrogada en el mundo	68

CAPÍTULO IV

4. La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico guatemalteco	73
4.1 Consideraciones preliminares.....	73
4.2 El consentimiento como presupuesto de la maternidad subrogada	74
4.3 Requisitos de la subrogación maternal concebida como un negocio jurídico.....	78
4.3.1 La voluntad declarada	78
4.3.2 El fin jurídico o causa.....	78
4.3.3 La licitud	80
4.4. Elementos que deben de concurrir	81
4.4.1 Esenciales.....	81
4.4.2 Formales.....	82
4.4.3 Accesorios o accidentales.....	82
4.5 Maternidad subrogada como contrato.....	83
4.6 Fundamentos de la obligatoriedad de la maternidad subrogada	87
4.7 Armonización e interpretación de la maternidad subrogada en Guatemala	92

	Pág.
4.8	Deberes y derechos que nacerían de la subrogación maternal
	respecto de los elementos subjetivos 100
4.8.1	De los donadores de gametos..... 102
4.8.2	De los usuarios 102
4.8.3.	De la madre subrogada 106
4.8.4	De los médicos o centros clínicos..... 107
4.8.5	Del niño producto de la subrogación 108
4.9	Propuesta concreta de incorporación de la maternidad subrogada al ordenamiento jurídico guatemalteco 109
4.10	Definición de maternidad subrogada acorde al ordenamiento jurídico de Guatemala 114

CAPÍTULO V

5.	Efectos y consecuencias resultantes de la incorporación de la maternidad subrogada en Guatemala 117
5.1	Efectos..... 117
5.1.1	Registrales..... 117
5.1.2	De nacionalidad 118
5.1.3	De patria potestad..... 119
5.1.4	De filiación y parentesco..... 120
5.1.5	De sucesión hereditaria..... 120
5.2	Consecuencias 121
5.2.1	Religiosas..... 123
5.2.2	Psicológicas 125
5.2.3	Sociales y culturales 127
	CONCLUSIONES 129
	RECOMENDACIONES 131
	BIBLIOGRAFÍA 133

INTRODUCCIÓN

La esterilidad se convierte cada vez más frecuente en un término que resulta ser un problema real para muchos cónyuges en todo el mundo; causa frustración y lleva a la ruina a un sinnúmero de matrimonios con penosos y deplorables efectos psicológicos devastadores, para las personas que se ven imposibilitadas de procrear, causando infelicidad y desintegración familiar; así, la creación de una familia válida, fuerte y feliz, el traspaso de la experiencia de vida de generación en generación, se convierte en una verdadera quimera, y fue precisamente este fenómeno el que motivó a la realización de esta investigación, para posibilitar la creación de posibles soluciones.

Según un estudio realizado por un equipo de expertos en el mundo, existen aproximadamente 100 millones de parejas con dicho padecimiento. La hipótesis que se planteó es que, a menudo los cónyuges en Guatemala que padecen de esterilidad se encuentran con opciones casi nulas frente a las alternativas muy limitadas, ofrecidas por la sociedad, que se simplifican en tres opciones; primero en adoptar a un bebé, atravesando un procedimiento legal de adopción eterno, teniendo como limitante aspectos económicos y sociales; segundo, acceder a métodos de reproducción asistida, tradicionales; gastar sumas muy grandes de dinero y no tener ningún resultado positivo; tercera, nunca materializar el anhelo tan valioso de ser padres y criar a sus hijos. El avance, tanto de la tecnología en la medicina y la evolución del derecho; en respuesta a toda esta problemática, nació desde hace varios años una opción muy novedosa, la maternidad subrogada;

Los principales objetivos de este trabajo son: puntualizar el desarrollo histórico que ha tenido la institución de la maternidad subrogada en el mundo, establecer el rol que juega en la actualidad en relación a los beneficios sociales, psicológicos y jurídicos

que se obtienen por su realización; de la misma forma determinar que no existe aún en la actualidad ninguna legislación que la regule; señalar los efectos positivos que generaría la inclusión al ordenamiento legal de Guatemala, en atención a la obtención de certeza jurídica y la adecuación de las normas civiles acorde al desarrollo de las diferentes necesidades en materia de familia.

Se hizo un esbozo completo para fundamentar los aspectos positivos que se deben llevar a la regulación en el ordenamiento jurídico, amparados en el método de investigación histórica, de abstracción y deductivo; así también, se buscó sustento en técnicas tales como: la observación y el uso de fichas bibliográficas; para establecer que el Estado de Guatemala no ha asumido, a través de su Organismo Legislativo, el deber de afrontar el hecho que esta práctica ya se ha venido realizando.

Esta tesis está contenida en cinco capítulos: en el primero se desarrollan aspectos doctrinarios e históricos de la maternidad subrogada,; en el segundo, se analizó la maternidad subrogada, como una institución del derecho y concebida como un negocio jurídico, el tercero trata el derecho comparado y el hecho de que otros países han permitido, como prohibida, la realización de la subrogación maternal; el cuarto capítulo, es el culmen de este trabajo, se realiza la proposición de su incorporación al ordenamiento jurídico guatemalteco, y la creación de una ley específica que regule la materia; finalizando con el quinto capítulo, en el que se desarrollaron brevemente los efectos y las implicaciones de su legalización.

Esta investigación ha sido realizada, en aras de servir de pauta y como aporte, para que el Congreso de la República de Guatemala, comprenda la necesidad de incorporar, la institución jurídica de la maternidad subrogada, al ordenamiento legal guatemalteco.

CAPÍTULO I

1. Maternidad subrogada

1.1 Conceptos generales

Se ha de empezar en este apartado desde los conceptos de forma genérica para arribar a los significados o nociones en materia jurídica, a manera de contar con un amplio panorama que permita un mejor entendimiento, ya que la doctrina en materia jurídica es muy rica en cuanto a su contenido, por lo tanto se expondrán los conceptos que a consideración merecen mayor atención en atinencia a que en ellos llevan con suma claridad lo indispensable y mejor aún de forma integral lo que se debe entender por cada uno de ellos.

1.1.1 Noción de maternidad

Debido a circunstancias como los adelantos tecnológicos, algunas figuras jurídicas sufren cambios, como es el caso de la maternidad. Con el avance de la ciencia, la maternidad ha adquirido una nueva especie: la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. Esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad, a fin de definir si las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o lo es sólo una de ellas.

La maternidad es una palabra que proviene de materno y significa "estado o cualidad de madre."¹ Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende "la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos."

De esta manera, una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé sino también la que lo educa, cuida y alimenta. Por lo tanto, se puede decir que en la maternidad subrogada existen dos madres para el bebé. Una que es la que lo da a luz y otra que ve por él toda la vida. ¿Pero cuál de estas dos tiene más peso o privilegio? ¿O cual de las dos tiene la razón legal en definitiva, o a cuál de las dos le asiste el derecho en última instancia?.

La maternidad a decir, puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

- **Etimológico**

La palabra madre procede del latín "mater/matris", la cual a su vez deriva del griego

¹ Real academia española, **Diccionario de la lengua española**, pág. 133.

"matér/matrós", cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta. Con posterioridad, en Roma se denominó con el término materfamilias a la esposa del paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial, pues aunque se le permitía participar en los actos religiosos, no se le consideraba la señora del hogar donde carecía de autoridad y libertad, requiriendo en todos los actos de la vida religiosa un jefe y en los actos de la vida civil un tutor.

- **Gramatical**

De acuerdo con el diccionario de la real academia de la lengua española, maternidad significa: "estado o cualidad de madre", mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: "hembra que ha parido", "hembra respecto de su hijo o hijos", "mujer casada o viuda, cabeza de su casa"².

² **Ibid.** pág. 958.

- **Biológico**

La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, “la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación”.³

Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural.

³ Álvarez Caperochipi, José, **filiación y maternidad**, pág. 67.

- **Jurídico**

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente⁴.

1.1.2 Subrogación

En este tema será importante iniciar desde su denominación, por la discusión que ha existido de cuál es el vocablo correcto para identificar a la maternidad, sí subrogada, delegada, incubadora o sustituta, de acuerdo con el significado gramatical de dichos términos:

- Subrogar, es sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra;
- Delegar, es dar a una persona la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación;
- Incubar, es ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos;
- Sustituir o substituir es poner a una persona o cosa en lugar de otra.

Como puede observarse, con todas estas denominaciones no se contempla en realidad

⁴ Castan Tobeñas, José, **Derecho civil español**, pág. 5

la naturaleza médica de este método de reproducción asistida, el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto. Para López Faugier la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida, es la de madre gestante, porque Gestar significa:

"Llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto."

Pero además de todos los aspectos contractuales, penales y éticos de la maternidad gestante, no debe perderse de vista el punto que interesa, es decir, con relación a la imputación de la maternidad. Este rubro, sin duda alguna, implica serios inconvenientes en estos procedimientos pues debe precisarse si la imputación de ese nexo materno filial se hará privilegiando, el lazo biológico o el vínculo de la gestación. Así, la utilización de esta técnica plantea numerosas interrogantes, tanto en el ámbito de la naturaleza como en el del derecho, respecto de este último, se puede mencionar la dificultad de las siguientes cuestiones:

- a)** La determinación de la maternidad.
- b)** El derecho a interrumpir el embarazo.
- c)** El derecho de la madre gestante a no entregar al menor.

- d) El derecho a repetir lo pagado, cuando la madre portadora se niega a entregar al menor.
- e) La revocabilidad del contrato (en este caso los momentos en los cuales se puede dar esa revocación).
- f) La aplicabilidad o no de las presunciones de paternidad.
- g) La necesidad de la autorización expresa del marido de la madre gestante.
- h) La posibilidad de impugnar la maternidad.
- i) Los posibles derechos hereditarios del menor, cuando sus progenitores biológicos mueren durante la gestación.

El término subrogación en cualquier caso, evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra.⁵ Así, subrogar significa precisamente sustituir o cambiar una cosa o persona por otra. De esta manera, hablar de maternidad subrogada es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer por otra. Se busca integrar elementos como la palabra sustituir, sinónimo de subrogación, debido a que algunos autores manejan la maternidad subrogada como maternidad sustituta, lo que no quiere decir que se hable de algo distinto. El concepto que también señala que la subrogación no sólo implica la sustitución o cambio de una cosa; es además la sustitución o cambio de una persona. En un capítulo futuro se ha de dedicar a establecer fundadamente cual es la

⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, **Derecho de las obligaciones**, pág. 1039.

denominación correcta con la cual se le ha de reconocer y las posibles soluciones a las cuestionantes que derivan de la subrogación maternal.

1.1.2 Maternidad subrogada

Existen variados conceptos doctrinales sobre el tema. Sin embargo, se expondrán los principales que se han hallado, los cuales merecen traerse a colación por su completitud enunciativa y la claridad con la que se maneja el tema.

El primero de ellos establece que la maternidad subrogada es "la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento."⁶ Respecto a este concepto, una mujer gesta un niño por otra, a fin de entregárselo al finalizar el embarazo, sin embargo no se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante ni quién va a ser la subrogada. Es decir, si la subrogante o subrogada son casadas, concubinas o solteras, pues de ser así, cualquier mujer puede convenir con otra para que gesticone y conciba un hijo, sin importar si una u otra vive en matrimonio, concubinato, es soltera, incluso podría ser lesbiana.

Por eso es importante que se determine claramente qué tipo de mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y quién puede fungir como madre subrogada. Algo parecido expone el concepto de Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal. Estos dos autores

⁶ HURTADO Oliver. Xavier, *El derecho a la vida ¿y la muerte? procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, problemas éticos, legales y religiosos*, pág. 44.

afirman que la maternidad subrogada “es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa.” En este concepto se habla de una mujer que se presta a gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre casado, respecto al óvulo de la esposa no dice nada. De alguna manera, el hecho de que se hable de una pareja unida en matrimonio es ya un avance, sin embargo, no se menciona si la mujer subrogada es casada, concubina o soltera, lo cual si es una importante omisión, debido a que es necesario saber qué tipo de persona será la que dé a luz al niño, pues si esta mujer resulta casada o concubina entonces tiene un esposo o una persona que es como un esposo, entonces por esta simple relación será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo. Si no existe un concepto que aclare esta situación y si tampoco en la ley se dice nada al respecto no se podrá determinar quiénes son padres del bebé, sobre todo en lo que concierne al aspecto jurídico.

Otro concepto es el siguiente: La maternidad subrogada es el "contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada⁷."

El concepto que a continuación se expone contiene elementos casi idénticos al

⁷ Keane, N. Y D. Breo, **The surrogate mother**, pág. 12.

anterior, excepto por que en este ya se menciona el contrato de subrogación, el cual denomina contrato de gestación, para lo cual establece ciertas palabras como alquiler o pareja contratante, lo cual ya habla de una relación contractual. Esboza lo siguiente: "la maternidad subrogada implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante."

"El término maternidad sustituta es utilizado para la situación en la que una mujer (la madre sustituta) queda embarazada y tiene un hijo por otra mujer (la futura madre) que carece de la capacidad física para hacerlo. La intención es que la sustituta tenga como objetivo, absolutamente desde el comienzo, de entregar al niño directamente a los futuros padres".⁸

Zanonni por su parte, agrega algo interesante, habla del embrión de una pareja que se implanta en el útero de otra mujer, lo cual señala que no es sólo el óvulo de la mujer que solicita el bebé, o únicamente el semen de su esposo, sino ambos, lo cual da origen a un embrión, el cual es colocado en el cuerpo de la mujer subrogada. El concepto dice: "La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja".

⁸ "Subrogación", <http://www.fertilidadhoy.com/therapyOptions/AssistedReproduction/> (4 de enero de 2011).

Es importante que exista un concepto que contenga los suficientes elementos para que se describa qué es la maternidad subrogada, quienes pueden participar de ella y cuál será el instrumento por medio del cual se obliguen las partes, pues lo que se pone en juego no es una cosa sino la vida y futuro de un bebé y de los involucrados, al cual el estado protege mediante sus cuerpos jurídicos.

En la maternidad subrogada debe ser importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que a este aspecto no se le ha dado la debida importancia, pues si la solicitante no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces cómo puede alegar ser la madre del niño. Podría serlo sólo si lo adopta, de acuerdo a lo que la ley señale. En cambio, si la solicitante es la que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el bebé: la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad.

Este aspecto que debe tomarse muy cuenta, considera Delgado Calva, y se pregunta ¿Qué pasará si en un litigio se resolviera que el niño es hijo de la mujer gestante y no de la solicitante?, en un futuro, el niño se parecerá físicamente a la mujer solicitante, pues el material genético que tiene el bebé pertenece a ella, y así como esto habrá muchas cosas afines entre la solicitante y el bebé, Por esta razón, no puede decirse que la única madre es la mujer gestante, pues la aportación de la mujer solicitante al dar su material genético es fundamental.

Por ello, la maternidad no sólo estriba en que una persona geste y dé a luz un bebé, tan importante es esto como la función de quien cría y educa a un niño, de ahí que popularmente se diga que no es madre quien engendra sino quien educa. De tal manera, que en la maternidad subrogada no se encuentra obstáculo para que sea considerada la madre del bebé, la mujer solicitante. Esto no quiere decir que la mujer gestante no lo sea, pero si se habla de maternidad subrogada, debe considerarse madre a la mujer solicitante.

A la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975 aproximadamente. A partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, como son las siguientes:

- Alquiler de vientre,
- Alquiler de útero,
- Arriendo de útero
- Arrendamiento de vientre
- Donación temporaria de útero
- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro,
- Gestación de sustitución
- Gestación subrogada
- Madre portadora
- Maternidad sustituta,

- Maternidad de sustitución,
- Maternidad suplente,
- Maternidad de alquiler
- Maternidad de encargo
- Madres de alquiler,
- Madres portadoras,
- Vientre de alquiler

Sin embargo, la que más ha predominado de todas es la de maternidad subrogada. Todas las denominaciones tienen por objeto indicar la solicitud que se hace a una mujer para que gestar. No obstante, no todas las denominaciones son en realidad correctas, madres de alquiler, madres portadoras, alquiler de vientre y alquiler de útero⁹. Así, las denominaciones que a esta autora no le parecen correctas son: maternidad de alquiler o vientre de alquiler en virtud de que no se trata de un contrato de arrendamiento de ninguna forma o modo.

1. 2 Origen y antecedentes históricos de la maternidad subrogada

El problema de la infertilidad biológica o la incapacidad física de tener hijos y reproducir familia se conoció y tiene origen desde los tiempos antiguos. La idea del vientre de alquiler o subrogación maternal se gestó en el mundo y particularmente tal idea en las personas desde hace mucho tiempo atrás, son innumerables las teorías y los datos

⁹ Delgado Calva, Ana Soledad. **La maternidad subrogada: un derecho**, págs. 35 – 37.

históricos existentes que establecen el origen de esta práctica, usada esta palabra en sus inicios, ya que con el devenir de la historia y con la evolución no solo de la tecnología sino del conocimiento humano, se hace más puntual denominársele una institución como tal, esto por llevar inmersa un plexo de elementos que hacen merecerle tal nominación y no solamente una práctica.

Como se hizo notar anteriormente, se cuenta con un vasto conjunto de información, tal cual fundamentan el inicio de esta institución, se ha de exponer que la más antigua ha sido la que se le denomina, el primer caso del vientre de alquiler. Desde la antigüedad más remota el hombre siempre ha soñado con tener hijos y pese a la infertilidad incurable en aquellos tiempos, ha procurado por todos los medios conseguir un heredero tan anhelado. La primera madre de alquiler conocida en la historia nació hace unos dos mil años antes de Cristo en la tierra árida de Canaán, cerca de Hebrón. He aquí, lo que dice al respecto el antiguo testamento, Génesis 16, libro sagrado de los judíos, cristianos y musulmanes. Sarai, la esposa de Abram era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo. Sarai dijo a Abram: “Ya que el señor me impide ser madre, únete a mi esclava, tal vez por medio de ella podré tener hijos”. Y Abram accedió al deseo de Sarai. En aquel entonces Abram tenía 86 años, pero su edad venerable no impidió la concepción. En 1910 antes de Cristo, Agar dio a luz un hijo que recibió el nombre de Ismael. Sarai le sentó en sus rodillas como si fuera su hijo propio. Éste fue el primer niño nacido por medio de un programa de la llamada gestación subrogada tradicional.

El segundo programa de gestación subrogada, del que se tiene conocimiento, se desarrolló en la Mesopotamia en Sumeria a mediados del siglo XVIII antes de Cristo. Cabe destacar que en el reino de los sumerios la subrogación gestacional fue una práctica corriente, y más aún consolidada legalmente. El Código del rey Hammurabi (1792-1750), creado en 1780, disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. Asimismo, el Código establecía garantías sociales para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a las cuales que no se podía vender por oro o plata.

La gestación subrogada fue una práctica habitual en la antigüedad. Basta decir que muchos faraones egipcios se servían de sus criadas para tener hijos. En la antigua Grecia y Roma también fue una práctica muy extendida. Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, una región que estaba situada en la parte central de Asia menor, y su esposa estéril Estratónica que personalmente seleccionó entre las prisioneras a la bella Electra para su marido y crió a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos.

La historia data muchos otros casos similares de la solución del problema de infertilidad, se asegura que las siervas y las concubinas en aquel entonces se usaron como las madres de alquiler en muchos países del mundo, “claro está que en aquel

entonces fue posible sólo la llamada subrogación tradicional”.¹⁰ cuando el padre-cliente y la madre de alquiler, fueron los padres genéticos del niño, y la fecundación fue realizada de manera natural, ya que por no existir aun conocimientos tan avanzados para llevar a cabo otro método más que este, pero es importante hacer mención de que en muchos países del mundo, al menos los considerados en vías de desarrollo, se practica todavía este método por no tener el conocimiento de que existen otras formas para su consecución, carecer de medios económicos para poder acceder al mismo o por preferir que sean personas muy allegadas dentro de la comunidad, barrio o población las que lo hagan a favor de sus conocidos, ya que en poblaciones minoritarias o rurales se mantiene la unidad cultural y sobre todo la cooperación entre miembros.

A partir de los años XX del siglo pasado en el tratamiento de la infertilidad empezó a utilizarse ampliamente la inseminación artificial con el semen del marido o un donante seleccionado especialmente. La primera fecundación in vitro (FIV) de ovocitos humanos fue realizada en 1944 en Harvard por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin que cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular. No obstante todos los logros alcanzados anteriormente, como los fundadores de la fecundación in vitro en el sentido moderno de la palabra son considerados dos científicos británicos, el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe. En 1967 Edwards consiguió el primer éxito en

¹⁰Patricia, Alzate Monroy, **La maternidad subrogada**, 2008, <http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229> (3 de enero de 2011).

la fecundación in vitro de un óvulo humano. Sin embargo, el primer embarazo de un niño ajeno que desgraciadamente fue extrauterino sólo se produjo en 1976, después de nueve largos años de investigaciones y experimentos sin cesar. El 10 de noviembre de 1977, cuando el número de intentos fallidos ya superaba la cifra de 600, los médicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable, finalmente el 25 de julio de 1978 en la pequeña ciudad inglesa de Oldham, condado de Lancashire, nació Louise Brown, la primera niña concebida in vitro. Es el día que puede y debe considerarse como la fiesta profesional de los embriólogos y expertos en reproducción, ya que se requirieron más de 600 intentos de Fecundaciones para que Louise Brown viniera al mundo¹¹.

Las prácticas de maternidad sustitutiva, llamó por primera vez la atención internacional en la época moderna a mediados de los años 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 genética, eugenética, biotecnología, ingeniería genética, la química, la matemática, la física, la sociología, la psicología y la medicina.

A mediados de los años ochentas, médicos dedicados a la investigación del tema,

¹¹ Edwards, RG. **Birth after the implantation of human embryo.** The lancet, pág. 189.

fueron capaces de implantar en un útero un embrión creado mediante fertilización in vitro, permitiendo así, a parejas infértiles obtener un niño con sus propias características genéticas. Una alternativa para mujeres que producen óvulos sanos pero que por múltiples razones no pueden concebirlos.

Según datos del doctor Haroldo López Villagrán, en la edición 65 del 31 de julio de 1993 de la revista Crítica, pionero de la fertilización asistida, relata que la primera clínica de fertilidad en Guatemala surge en 1976; trece años más tarde de la primera bebé probeta, Luisa Brown, nacida en Inglaterra. En 1978 nacen en Guatemala los primeros gemelos por el método de fertilización in vitro y, que para fin del año 1993 se estimaban más de treinta niños probeta. Asegura que existe una necesidad de atención a la población infértil la cual estima es del 10/100 al 15/100, por lo que alrededor de cuatro millones de personas en edad fértil demandarán diagnósticos y tratamientos adecuados.¹²

Como otro antecedente existente se encuentra un fenómeno que causó conmoción social y llamó tanto la atención que marcó un hito en la historia y por ende se toma como punto de partida para establecer los inicios del tema que nos ocupa. En 1975, California, Estados Unidos de Norte América, en un periódico prestigioso de la ciudad, en la sección de anuncios se realizó una publicación, en la cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente a pedido de una pareja estéril que ofrecía una

¹² López Villagrán, Haroldo, **Fertilidad en Guatemala**, pág. 23.

remuneración por tal servicio, fue entonces cuando se empezó a gestar esta práctica, lo que llevo a mas parejas en las mismas condiciones a realizar los mismos anuncios y a muchas mujeres con capacidad reproductora e intereses económicos a prestarse a este servicio, al menos, así se le empezó a denominar.

1.3 Desarrollo científico de las disciplinas que posibilitan la subrogación maternal en la actualidad

1.3.1 Genética

Es la rama de la biología que estudia lo relativo a la herencia. Se puede definirle como “la ciencia que estudia la operatividad de los genes y la manera en que éstos son transmitidos de generación en generación”.¹³

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

Pitágoras, el filósofo griego, alrededor del año 500 antes de Cristo, especulaba que la

¹³ Enciclopedia británica, **Genética**, software multimedia Cd, 2009.

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

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

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

1.3.2 Ingeniería genética

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

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

1.3.3 La eugenética

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

El término eugenética se usa a menudo para referirse a los movimientos y las políticas sociales influyentes durante el siglo XX. En un sentido histórico y más amplio, la eugenesia también puede ser un estudio para mejorar la calidad genética humana. A veces es ampliamente aplicada para describir cualquier acción humana, cuyo objetivo es mejorar el acervo genético. La eugenética comprende el mejoramiento de la raza humana en todos sus aspectos a través de la genética. Su meta es incrementar la proporción de personas que posean una excelente dotación de material hereditario. La idea de aplicar el conocimiento hereditario para mejorar la raza humana se remonta a los tiempos antiguos. Referencias sobre ideales de eugenética aparecen en el viejo testamento y en la república de Platón, se idealiza una sociedad en la que constantemente se efectúan selecciones con el objeto de mejorar al hombre.

1.3.4. 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 del siglo pasado, siendo la más poderosa de ellas la ingeniería genética. La biotecnología en una forma u otra ha florecido desde tiempos prehistóricos. Cuando los primeros seres humanos dieron cuenta que podían cultivar sus propias cosechas y criar sus propios animales, aprendieron a utilizar la biotecnología. El descubrimiento de que los zumos de fruta fermentada en vino o la leche que podría convertirse en queso o yogurt, o que la cerveza puede ser hecha por las soluciones de la fermentación de la malta y el lúpulo, se inició el estudio de la biotecnología. Los panaderos conocieron que se podría hacer un pan blando y esponjoso y no una galleta fina. Los criadores de animales se dieron cuenta que, diferentes rasgos físicos podría ser ampliada o perdidos por parejas de apareamiento adecuado de los animales, dedicados a las manipulaciones de la biotecnología.

Entonces, ¿qué es la biotecnología? El término trae a la mente muchas cosas diferentes. Algunos piensan que el desarrollo de nuevos tipos de animales, otros vislumbran la posibilidad de producir cultivos que son más nutritivos y naturalmente resistentes a las plagas para alimentar a una población mundial que crece rápidamente. En su forma más pura, el término biotecnología se refiere a la utilización de organismos vivos o sus productos para modificar la salud humana y el medio ambiente humano. En su sentido más amplio la biotecnología es cualquier tecnología

que usa organismos vivos, o parte de ellos, para hacer o modificar productos, para mejorar plantas y animales o para desarrollar organismos de variados usos, se encuentra en un momento explosivo. Se informa a diario de novedosos hallazgos y las grandes empresas transnacionales ven incrementar sus ganancias como nunca por esta tecnología que amenaza con dejar atrás a todo cuanto aportaron a la industria, la física y la química juntas, desde la 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.

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

1.4 Tipologías de subrogación maternal, en atención al aporte genético a la madre subrogada

1.4.1 Subrogación tradicional o madre sustituta

La maternidad subrogada tradicional, puede entenderse cuando existe la situación en la que la madre de alquiler es simultáneamente la madre biológica del niño que está gestando, hasta ahora se usa ampliamente en todos los países donde se permite la sustitución de vientres.

Otra concepción afirma que es el yacimiento con madre sustituta o bien, inseminación artificial de la misma. En éste caso la madre subrogada además de prestar el vientre, aporta material genético. Cuando debido a la falta de las técnicas de reproducción avanzadas la gente se veía obligada a recurrir a la fecundación natural de la donante que a la vez era madre de alquiler.

Queda muy claro que la infertilidad en los seres humanos es un problema biológico que tiene existencia desde hace miles de años, por consiguiente por no existir en aquellos tiempos métodos o formas por las cuales se pudiera llevar a cabo un procedimiento de maternidad subrogada como tal, muy sencillamente se acudía a mujeres con capacidad reproductora dentro del círculo comunitario para que ella tuviera a los hijos de todas aquellas personas que así lo solicitaban, queda pues expuesto que a esta práctica muy

antigua y aun existente en la actualidad se le denomina la forma tradicional, la que sirvió de impulso y como antecedente a la forma siguiente, la cual se le puede considerar la ya perfeccionada y propiamente sustitución materna.

1.4.2 Subrogación gestacional o madre portadora

Esta sucede cuando una mujer que posee óvulos propios no puede gestar a su hijo y en su lugar lo hace otra mujer. El embrión previamente fertilizado es implantado en el vientre de la madre portadora hasta el término del embarazo o alumbramiento. La mamá subrogada no tiene una relación genética con el bebé, sino solamente cumple con portar el óvulo fecundado hasta su consecución que es el alumbramiento.

Es quizás la más usual, debido a que la madre subrogante no tiene ningún vínculo genético con el bebe. La madre biológica se somete a un tratamiento de estimulación ovárica para poder obtener varios óvulos que son fecundados con el esperma de su pareja. Los embriones resultantes son transferidos al útero de la madre subrogada la cual llevara a término el embarazo. En este tipo de subrogación los nombres de los padres biológicos aparecen en el certificado de nacimiento del bebe lo que significa que queda registrado como hijo de la pareja.

Otra definición, expone que consiste en que un cigoto o embrión, óvulo fecundado, se implanta en el útero de madre sustituta. En éste caso la madre subrogada no aporta

material genético. Podemos decir que es un útero huésped o incubadora.

A su vez la maternidad subrogada en su modalidad gestacional se subdivide en atención y bajo el criterio de la persona que realiza el aporte genético a la madre sustituta, el cual se divide así:

- **Subrogación gestacional propia o absoluta**

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

- **Subrogación gestacional mixta o parcial**

El producto de la concepción deviene de la fusión de espermatozoides u óvulo procedente 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 sustituta.

- **Gestacional exógena o ajena**

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

1.4.3 Ovodonación

Tiene ocasión cuando una mujer puede gestar pero no posee óvulos para su fertilización por lo que recibe una ovodonación. En este caso el bebé no será gestado en el vientre de la donadora, sino en el propio vientre, pero gracias a la donación de otra mujer que le concedió el óvulo, este será fertilizado por el esperma del marido o pareja o bien, se recurre a un donante de esperma.

1.4.4 Embriodonación

Esta modalidad existe al momento en que una pareja, ambos son infértiles. La pareja recibe una donación tanto de esperma como de óvulos, cuya donante del óvulo gestará al bebé, es decir, que la mujer que donará llevará en su vientre al bebé hasta el término del embarazo.

1.5 Tipología de subrogación maternal en atención a su motivación o finalidad

1.5.1 Maternidad subrogada onerosa o por servicio

Modalidad en la cual la pareja que desea procrear a un infante se avoca ya sea a una madre sustituta particular e independiente, que este anuente a tal procedimiento o a través de una agencia o institución que ofrezca el referido servicio pero a cambio de cierta remuneración en el primer caso o el pago correspondiente en concepto del

servicio en el segundo. Esta modalidad es la más común en los países en donde es legal llevar a cabo dicho procedimiento, ya que se encuentran plenamente constituidas entidades que facilitan la optación de este procedimiento a cambio de cierta remuneración sin que por ello sea ilegal.

1.5.2 Maternidad subrogada gratuita o de colaboración fraternal

Esta tipología es la menos común, pero no por ello inexistente ya que se tiene conocimiento en diferentes partes del mundo en donde se lleva a cabo esta práctica por parte de una mujer con capacidad reproductiva, que accede a gestar y tener un hijo por y para otras personas que tiene tal imposibilidad, haciéndolo por motivos puramente altruistas o porque entre los solicitantes y ella existen lazos muy fuertes de amistad o compañerismo, lo que conlleva a que lo realice de forma totalmente gratuita o al menos solamente cobrando los gastos inherentes a la maternidad. Esta práctica es muy común en países en vías de desarrollo y particularmente en comunidades, aldeas o barrios en los cuales la población es sumamente minoritaria.

CAPÍTULO II

2. El negocio jurídico como institución del derecho y la maternidad subrogada como posible figura legal

2.1 El negocio jurídico

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

El término negocio jurídico y lo fundamental de su dogmática se debe a la teoría pandectística alemana en su intento de sistematizar la ciencia jurídica para establecer criterios que faciliten la solución de problemas prácticos en supuestos en que la autonomía de la voluntad juega un papel relevante. La doctrina contemporánea desarrollo la teoría del negocio jurídico, uno de los

principales representantes fue el Código civil alemán de 1900, la doctrina alemana elaboró la teoría del negocio jurídico, esta doctrina señala que el negocio es una declaración de voluntad orientada a conseguir una finalidad práctica lícita amparada por el ordenamiento legal, esta definición la obtienen de los pandectistas alemanes. Los pandectistas ante la necesidad de justificar y conceptualizar los actos del hombre que son relevantes jurídicamente crearon y elaboraron el concepto del negocio jurídico que en su primera versión clásica pandectista coincidió totalmente con la versión clásica francesa, salvo el cambio de término, pues mientras los clásicos franceses prefirieron la denominación de acto jurídico los pandectistas optaron por la del negocio jurídico, pero coincidiendo totalmente en sus postulados, entendieron y definieron al negocio jurídico al igual que los franceses, como “una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos perseguidos por los sujetos”.¹⁴

Una definición tradicional, en cambio, caracteriza el negocio como una manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos. Con el negocio el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que expresa directamente el objeto de su querer, y este es una regulación vinculante de sus intereses en las relaciones con otros. También, se considera como negocio jurídico: La declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos. Se destaca el resultado propuesto con la declaración de voluntad, esta ha de seguir siendo estimada como el fundamento del negocio jurídico.

¹⁴ Enciclopedia jurídica, **Negocio jurídico**, multimedia Cd, 2011.

Se le podría definir como: “todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el derecho y es regulado por sus normas, en realidad la expresión es una innovación de importancia germánica, para sustituir al nombre más clásico de acto jurídico, preferido en Francia”.¹⁵

Couture por su parte, le define como: “un hecho humano, voluntario y lícito al cual el orden positivo atribuye el efecto de crear, modificar o extinguir derechos”; Capitant por su parte afirma que es: “una manifestación de voluntad que tiene por fin producir un efecto de derecho”; y, para Diego Espín Cánovas 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”.

2.2 Características del negocio jurídico

Es un acto jurídico y por ello un acto de voluntad; más caracterizado porque el contenido de la voluntad es decisivo y regulador de los efectos jurídicos que produce; éstos, se originan de forma *ex voluntate*, no *ex lege*, a diferencia de los actos no negociales semejantes a los negocios jurídicos como tal.

El negocio jurídico tiene doble valor: a) Es título y fundamento de relaciones jurídicas, y

¹⁵ Cabanellas, **Ob. Cit.** pág. 21.

b) Establece reglas de conducta. Por ello cabe distinguirlo de aquellas declaraciones de voluntad que afectan la relación negocial, pero que carecen de independencia y de fundamento de dicha relación negocial, como son los actos de cumplimiento o actos debidos, pago de la obligación, entrega de legados, y los actos autorizados por la ley o el contrato modificativos de la relación negocial.

2.2 Clases de negocio jurídico

- Según sea necesaria la declaración de voluntad de una parte o de dos o más, los negocios pueden ser: unilaterales, como: testamento, y bilaterales o plurilaterales, verbigracia: contrato.
- Causales o abstractos, según que la causa forme parte integrante del negocio o que no esté incorporada al mismo; esto es, según que la eficacia del negocio quede o no subordinada a la existencia y licitud de la causa.
- Desde un punto de vista de la manifestación de voluntad deba o no reunir ciertas formalidades para su validez y existencia pueden ser: solemnes o no solemnes.
- Por su fin, pueden ser: familiares, como: matrimonio, adopción, emancipación y patrimoniales, que pueden ser obligatorios, reales y sucesorios.

2. 4 Elementos del negocio jurídico

Los elementos del negocio jurídico son: esenciales, naturales y accidentales. Los esenciales son imprescindibles, y se requiere que por voluntad de las partes se incorporen al negocio, ya que de no existir uno de ellos se considera que el negocio jurídico es inexistente o no válido, ya que es insoslayable su concurrencia.

Los naturales por su parte, 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, de manera que aunque uno de ellos no concorra, siempre se considera válido y existente el negocio jurídico, pero si aquel llegará a faltar no se tendrá exactitud para determinarse condiciones, modo o término del mismo.

2.5 El negocio jurídico dentro de la legislación guatemalteca

Se ha puesto en relieve como concibe la doctrina la figura del negocio jurídico, de la misma forma los requisitos que deben concurrir para ser considerado existente y válido, así como las clases de negocio jurídico atendiendo a diferentes criterios, es pues menester ubicar e interpretar la forma en cómo se encuentra regulado el negocio jurídico en el ordenamiento legal de Guatemala para tener una visión más amplia no solamente doctrinaria sino también observando el derecho objetivo regulador.

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

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

“ARTICULO 1252.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita...”

Por lo anterior se afirma que al celebrarse un negocio jurídico deben concurrir para ser válido y por ende legítimo, capacidad civil de las partes, consentimiento que no lleve inmerso ningún tipo de vicio y que el objeto sea eminentemente lícito y posible, aunado la manifestación puede ser expresa o tácita, siendo ambas formas de exteriorización válidas en el ordenamiento legal guatemalteco.

En cuanto a la capacidad, el Código establece que, toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare específicamente incapaces, de la misma forma afirma que es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, simulación o de violencia.

En lo que respecta a la condicionalidad, el Código es muy puntual al referir que en los negocios jurídicos condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependen del acontecimiento que constituye la condición y que el negocio surte efectos desde el cumplimiento de la condición, salvo estipulación en contrario. Por último limita esta libertad o ámbito de celebración de un negocio al indicar que se puede estipular cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes ni a la moral y que no vician el contrato y se tienen por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, por lo que de llegarse a observar o concurrir alguno de estos extremos asevera que existe nulidad absoluta, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la renuncia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia y por otro lado el negocio jurídico es anulable: 1o.- Por incapacidad relativa de las partes o de una de ellas; y 2o.- Por vicios del consentimiento”.

Ha quedado claro la forma y orientación que la legislación civil guatemalteca le da, al negocio jurídico en su totalidad, como advertimos al lector este capítulo no tiene como finalidad pronunciarse respecto de cada artículo que regula lo atinente al negocio jurídico, ya que en su momento oportuno el autor realizara una interpretación integral de esta institución para proponer y sobre todo fundamentar la viabilidad de la incorporación de la institución de la maternidad subrogada a la luz y tenor de la figura del negocio jurídico antes expuesta, la finalidad de este apartado es especialmente contrastar la forma y óptica de cómo la doctrina concibe al negocio jurídico y como la

legislación guatemalteca lo regula

2.6 Posible ámbito jurídico de ubicación de la maternidad subrogada

Como toda cuestión o tópico en derecho siempre es necesario su ubicación en determinada área jurídica, su importancia no solo deviene para conocer su naturaleza sino para establecer los sujetos a intervenir y sobre todo el tipo de obligaciones que nacen de la práctica de cierta institución del derecho, tener conocimiento de las normas con carácter subjetivo u objetivo no solo nos permite delimitar el campo de libertad en la cual las personas pueden incoar la asistencia de un derecho sino también delimitar hasta donde ese libertario llega a asistirle, a manera de ejemplo podemos establecer que el conocer que un delito es una acción típica, antijurídica, culpable y punible nos hace conocer sin duda alguna que es el Estado quien interviene no solo en la prevención del delito sino en el establecimiento de la averiguación de los hechos, para determinar quien fue la persona que lo cometió y por consiguiente someterlo a los tribunales de justicia para su juzgamiento y la aplicación de una pena.

Por ende saber que el derecho penal es una rama del derecho público nos ofrece conocer esta y mucho mas bondades para conocer a fondo del cómo funciona una institución y los sujetos intervinientes, de la misma forma determinar que una norma es objetiva y de aplicación obligatoria general o una norma lo es subjetiva por ende solo puede ser solicitada su aplicación a determinado sujeto de derecho, hace que se pueda comprender mejor la institución de la maternidad subrogada. Es pues menester en este

apartado pronunciarse respecto del ámbito dentro del cual actúa y pertenece la institución de la subrogación maternal.

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

La división tradicional del derecho objetivo es en derecho público, y derecho privado, reconociéndose más tarde al derecho social. El primero regula los intereses de la nación y del ciudadano. El segundo regula las relaciones entre particulares no interviniendo nada más que la voluntad de las partes; y el derecho social que participa de aspectos tanto de derecho público como del derecho privado, con mayor inclinación a aquel, pero teniendo como contralor a la esfera pública por esta no poder renunciar a su injerencia, por tratarse de situaciones jurídicas que a pesar de no ser eminentemente publicas le conciernen por las obligaciones constitucionales que debe

cumplir el estado de garantizar un sinnúmero de derechos fundamentales.

El derecho civil como rama del derecho privado, comprende el conjunto de principios y normas jurídicas sobre: a) la personalidad, b) la familia y, c) las relaciones patrimoniales. Las reglas sobre la personalidad se refieren a la persona en sí 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, y los derechos y deberes que surgen del parentesco; y las reglas del patrimonio disciplinan lo concerniente a los derechos reales, los derechos personales, los derechos sucesorios.

El ámbito del derecho civil guatemalteco que hasta ahora comprende: a) dentro del derecho de la personalidad; la existencia, duración, los atributos (nombre, estado, 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 maternal. El ámbito del derecho civil guatemalteco se ampliará y modificará con nuevos conceptos especialmente en cuanto a normas de carácter familiar. Esto no es un anhelo legislativo sino la tendencia de todo derecho a que debe irse ajustando a las necesidades que se gestan en la sociedad a manera de ampliar su

espectro regulatorio y no solo abarcar instituciones o situaciones que han sido heredadas desde la antigua roma, es pues el deber de toda ordenamiento jurídico adaptarse y moldearse para satisfacer las necesidades de toda nación y no dejar sin regulación aspectos que pueden llegar a ser de tanta trascendencia como lo es la institución que nos ocupa, si bien es cierto que el derecho civil siempre ha sido y seguirá siendo una rama conservadora, formalista y estática, en contraposición del derecho mercantil o comercial por citar un ejemplo, no por ello dejara de actualizarse para regular aspectos que con el devenir del tiempo ahora se hacen presentes.

En observancia de lo anterior la ubicación de la práctica de casos de maternidad subrogada dentro de un área específica del derecho dependerá no solo el país que trate de hacer esta diferenciación sino de la apertura y evolución legislativa que posea un estado en especial, debido a que tratándose de una situación en la que como ya quedo expuesto, se llega a negociar con una mujer con capacidad reproductora para que esta tenga a un infante por encargo de una pareja infértil, será tarea de cada nación que permita este tipo de procedimientos encuadrar esta institución en cierta área del derecho. De pronto podemos asegurar que en los países en donde se encuentra permitido la subrogación maternal se ha ubicado en el plano del derecho público específicamente en el derecho civil y de familia, esto en atención a que si bien es cierto que los negocios jurídicos de diversa índole prevalece la autonomía de la voluntad, se trata en este caso de una forma excepcional en la cual, se está llevando a cabo actos jurídicos con la vida de un futuro ser humano por lo que no puede hasta el

momento ningún estado solamente dejar a libre arbitrio dicha decisión a las parejas necesitadas, sino intervenir aquel como contralor del fiel respeto al derecho a la vida y de los demás de los cuales goza todo ser humano.

En virtud de lo antes esbozado podemos considerar que definitivamente es, en el área pública del derecho y especialmente en el derecho civil y de familia en donde debemos ubicar y encajar una práctica tan novedosa como lo es el vientre de alquiler, por tratarse en su conjunto de derechos y obligaciones que conciernen al estado por velar y controlar una práctica como esta y a una familia que desea tener familia por otros medios.

2.7 La subrogación maternal hace necesaria la ampliación del derecho de familia

2.7.1 Derecho de familia

En este apartado se realizará un esboce de las instituciones más importantes que se encuentran inmersas y hacen posible el derecho de familia, con la finalidad de poner en evidencia y contraste como cada una de ellas merece especial atención para ser ampliada y modificada por el acaecimiento de figuras modernas como lo es la subrogación maternal, se permitirá exponer una definición corta de cada una para desarrollar en donde radica la imperiosa necesidad de actualización.

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, entre cónyuges o esposos; b) paterno-filial, entre padres e hijos y c) parentales, entre parientes”.¹⁶ Además, según los autores Salvat y Planiol coinciden en definir familia como: “el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, parentesco o la adopción”. A consideración hoy día, es necesario redefinir jurídicamente el término familia con fuerte inclinación hacia el parentesco y la intencionalidad de criar. Como mero intento y con miras a hacer notar hacia donde debe ir encaminado la innovación o actualización podría definírsele así: el conjunto de personas unidas ya sea por contener características hereditarias semejantes (parentesco genético) o bien porque así la ley lo dispone (parentesco legal). De esta manera no sólo se podrá encajar de mejor manera las cuatro fuentes del derecho de familia ya reconocidas, 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, instituciones ya inmersas en otros países dentro de la legislación civil por haber realizado ya la actualización que hacemos mención.

En el mismo orden de ideas, como otro tópico inherente al derecho de familia, entendemos por filiación como la descendencia en línea recta a grandes rasgos y el lígamen o nexo consanguíneo de parentesco entre una persona con otras. Comprende a todos aquellos que se vinculan a determinada persona con algún ancestro, por alejado que este fuere. Por filiación sabemos de quién o de dónde procede una

¹⁶Beltranena de Padilla, María Luisa, **Lecciones de derecho civil**, pág. 89.

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 natural o por consanguinidad; legal o por afinidad; y civil, considerada en el Artículo 190 del Código civil de Guatemala, es aún muy atinada y de actualidad. Pero 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 derecho¹⁷.

El parentesco genético cubre a cabalidad el parentesco por consanguinidad tanto en la línea recta y colateral; y, el parentesco ficto que conviene sub-clasificarle 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 hoy día a pesar de muchos detractores, quien pare un hijo no necesariamente es su madre, esto obviamente deviene del tema que nos ocupa al menos parcialmente, ya que no se debe perder de vista la clonación y otras formas de procreaciones novedosas, pero de

¹⁷ Zachrisson Castillo, Fernando José, **Legalidad de la maternidad subrogada**, pág. 38.

pronto esta distinción se ha ido convirtiendo cada vez más compleja. 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 de forma clara. Al concepto de paternidad le ocurre algo semejante, existiendo varios criterios para determinar la misma, en cambio antes solo existía el primero como único y exclusivo, ahora se hace necesario tomar como mínimo estos tres.

Habría que considerar y es digno de tomarse en consideración, si conviene incorporar lo concerniente a la madre subrogada y donadores de gametos en el Registro Civil del Registro Nacional de las Personas, institución en donde se asientan o inscriben 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. A consideración del autor 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, toda vez que no se puede soslayar información de esta naturaleza y que a pesar de haberse procreado a una persona por métodos o medios anormales o especiales, no puede cohibirse o limitarse esa información u ocultarse, todo esto conlleva la implementación de formas especiales de datar dicha información, tal vez ese pensamiento pareciere muy aventurado o extensivo, pero no por ello desatinado ya que se parte desde la premisa que todo acto que altere o modifique el estado civil de una persona debe hacerse constar.

En la doctrina y de conformidad con el Artículo 254 del Código Civil de Guatemala, la patria potestad es: 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 éstos. 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 también. ¿Se le confiere al padre y/o madre genéticos, a la madre subrogada o, a los padres prospectivos, o sea a la pareja que solicito se realizara este procedimiento. De momento la finalidad es poner en relieve todas las adversidades o cuestionantes que nacen de la subrogación maternal, no le daremos respuesta sino hasta en el capítulo final que como ya hemos advertido será el de la propuesta de inserción al ordenamiento jurídico de Guatemala.

2.7.2 Derecho de la personalidad

El concepto de persona, tomando la definición de Puig Peña citado por Beltranena: “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: “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 a la luz y tenor de que ahora resulta posible que la concepción puede desarrollarse en un seno distinto del materno, aunque tal afirmación parezca descabellada o ilógica, es posible acorde al tema que tratamos, en virtud de que si bien es cierto que la concepción se gesta en el vientre alquilado no fue producto natural de la casualidad, sino buscado deliberadamente por personas que planearon precisamente esta situación, a pesar de tener estas palabras un grado de complejidad bastante alto y complejo, quedando a bastas consideraciones dependiendo del arbitrio de cada interpretante, es importante traerlo a colación por ser un tópico que también conlleva cambios fundamentales.

Es importante comentar sobre los atributos de la personalidad, para ello, es fundamental definir la 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”¹⁸, dicho término tiene aún vigencia pero veremos que sus atributos deberán modificarse en respuesta a los nuevos avances de la tecnología reproductiva. La doctrina establece cuatro teorías para explicar el origen de la personalidad jurídica: a)

¹⁸ Bonnecase, Julien , **Lecciones del derecho civil**, pág. 56.

de la concepción, b) del nacimiento, c) ecléctica y, d) de la viabilidad; entre dichas teorías, los civilistas nacionales han adoptado la de la viabilidad, en la cual se concede protección en todo lo que le favorezca al *nasciturus*, visto como una esperanza de ser humano. De éstas 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 inscriban con individual particularización los principales hechos relativos al hombre: nacimiento, matrimonio, muerte, entre otros; 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.

Esto anterior podría para muchos ser irrelevante o muy extensivo, pero no lo es, en cuanto que en un registro civil debe quedar anotado cuanta información exista del estado civil de toda persona, más aun para contar fehacientemente con la información exacta para fundamentar y sobre todo probar situaciones que como ya sabemos se suscitaran en la vida del infante o de la persona que haya nacido producto de una maternidad subrogada, a decir verdad como ejemplo podemos mencionar que aunque no figure en la principal certificación de nacimiento del menor, la forma en cómo nació y quien lo pario o quiénes fueron los donadores del espermatozoide o del ovulo en su caso,

porque serian datos incómodos o exorbitantes para el titular, pero si fuese necesario que constara dentro del expediente de la persona, para que en un futuro se desatara un problema de filiación, sucesión o de relaciones familiares, se contaría con la información que posibilitaría dilucidar con exactitud sobre esta situación.

2.7.3 Derecho patrimonial

De todos los temas, este es el que ha causado mayores preguntas y más aun frecuentes debates en contra de la práctica de la maternidad subrogada, por suscitar problemas legales no tan fáciles de resolver, en virtud de llevar aparejada una serie de fenómenos legales que despiertan un sin fin de posiciones, unas en_contra de otras y una multitud de posibles soluciones.

La sucesión hereditaria es un mecanismo utilizado por el derecho para traspasar los elementos que constituyen una herencia o masa patrimonial, tales como: los bienes, derechos y obligaciones. A excepción los que se extinguen en el momento de la muerte. Los cuales quedan sin titular llegado el fallecimiento de una persona. Es un derecho que tiene su fundamento en las relaciones familiares de patrimonio y en las de no patrimonio, teniendo como punto de partida la muerte. Las legislaciones de todo el mundo contemplan este derecho desde la antigüedad.

Existen distintas clases de herederos. Un heredero puede ser la persona que figura en el testamento dejado por la persona antes de su fallecimiento. También pueden ser aquellos que la ley estipule por legitimidad, por ausencia o nulidad en el testamento. Los herederos están en plena libertad de aceptar o renunciar a la herencia, disponer de ella desde el momento que sea asignada, impugnar el testamento y valerse de todos los mecanismos judiciales necesarios si considera que se efectuó de modo ilegal para hacer valer sus derechos frente a la ocurrencia de esta situación.

- **Clase de herederos**

Los herederos forzosos son aquellos que, según la ley, no pueden quedar por fuera de la herencia. Los hijos, por parentesco de consanguinidad y el cónyuge. En caso de no tener hijos ni cónyuge, serían los descendientes respecto de sus padres y ascendientes, esto lo establecen la mayoría de legislaciones. Los herederos voluntarios son las personas que no siempre están incluidos en la herencia y que pueden haber quedado mencionados en el testamento tales como hermanos, tíos, primos y sobrinos.

- **Tipos de sucesión**

Sucesión testamentaria puede ser a título universal o a título o a título particular. Cualquier persona independientemente de las propiedades o activos que posea puede valerse del acto jurídico que representa el testamento, para disponer dada su muerte de su patrimonio e incluso de dar por sentado actos no patrimoniales como el

reconocimiento de un hijo. El testamento se hace con la voluntad de la persona por vía notarial y en la mayoría de los casos en presencia de testigos para garantizar su validez. El testamento es la expresión de la última voluntad de un individuo, es de carácter personalísimo, unilateral, solemne y revocable.

La sucesión intestada se refiere a la forma de distribuir una herencia cuando una persona fallece sin dejar testamento o en caso de que su testamento no tenga validez jurídica. Este procedimiento se lleva a cabo por vía notarial o judicial. En este caso los sucesores son establecidos por la ley, basándose en los niveles de herederos. Llegado el caso de no encontrar herederos hasta el quinto nivel, será el estado quien se quede con la herencia. A los herederos de una sucesión intestada se les conoce con el nombre de herederos *ab intestato*.

Hasta aquí, de una forma somera se ha expuesto lo que se debe de entender por sucesión hereditaria y las formas existentes dentro del ordenamiento jurídico para hacerlo posible, existiendo precisamente en este momento la cuestionante de todo jurista, juez, abogado litigante y notario ¿en qué situación se encuentra una persona que nació por el método de maternidad subrogada al momento de fallecer tanto sus padres biológicos como sus padres sociales? ¿Es tomado en cuenta por la ley y reputado heredero legítimo? Estas y otras más interrogantes son las que campean al discutir la esfera patrimonial de los nacidos por madre subrogada. Para suceder por 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 productivo 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. Se debe tomar en cuenta y recordar que ante la ley todos los hijos son iguales y tienen los mismos derechos siendo punible toda discriminación según lo establece el Artículo 50 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que ante cualquier situación u orientación que se pretenda dar al respecto, sería imposible no observar la norma constitucional que es de por más clara e imperativa.

CAPÍTULO III

3. Marco regulatorio de la maternidad subrogada en legislaciones extranjeras

3.1 Consideraciones generales

Demasiadas son las consecuencias y sobre todo las implicaciones jurídicas que de la maternidad subrogada devienen. ¿Quién es la madre de todas o de las mujeres que intervienen? ¿Serán legales y válidos los pactos? ¿Qué fuerza vinculante tienen los convenios en materia de subrogación maternal? ¿A quién compete la patria potestad? ¿Cuál es el grado de parentesco que existe entre el nacido y los que figuran como padres? ¿Quién es responsable de un bebé que nace con anomalías? Desde que aparece la subrogación maternal ya no es fácil definir quién es la madre de un niño por todo lo ya considerado por dicha razón los legisladores buscan ésta y muchas otras respuestas, para la solución de todas las interrogantes, ya que no solo es de incorporar una figura e insertarla a la sociedad sino de ser previsibles que tarde o temprano acaecerán este tipo de dificultades legales y que si no se cuenta con una legislación adecuada se convertiría en un verdadero caos, en donde quien más sentirá sufrimiento será el menor que nazca producto de una subrogación.

Se hace necesario involucrarse con la normativa internacional en materia de subrogación maternal toda vez que, es sabiéndola como podemos llegar a entender cómo se lleva a cabo esta práctica de una forma muy normal y sobre todo tomando como base la legislación que la permiten tales países, a decir verdad como veremos

más adelante existen ya en la actualidad muchos Estados que han incluido dentro de sus preceptos legales la institución de la maternidad alquilada, sea esta para admitirla y trazando los lineamientos de observancia obligatoria para quienes deseen participar en este tipo de procedimiento y su vez estableciendo las formas o los mecanismos de solución de muchos desafíos legales que nacen con la incorporación y con su materialización o prohibiéndola de forma taxativa y más aun creando tipos delictivos en los que puedan llegar a incurrir los sujetos que se involucren sea la forma que sea en un procedimiento de esta naturaleza, ya que se concibe a todas luces como una práctica carente de ética, finalidad y sobre todo ilegal.

La óptica con que se vea a la maternidad subrogativa depende en primer término de la evolución vista desde toda arista con la que cuente un país, ello porque si nos referimos a naciones consideradas potencias mundiales con un amplio panorama de desarrollo, así también será su evolución legislativa que responde a las necesidades de su sociedad acorde a los avances y requerimientos que la misma población le demanda siempre y cuando legisle para permitirlo, por la misma ideologización flexible y poco conservadora con que estos cuenten, de forma contraria los países que siendo avanzados en todos sus aspectos, no lo han hecho para permitir dicho procedimiento, sino en respuesta a prevenir, prohibir y sancionar toda practica tendiente a alquilar el vientre de una mujer, en atención a lo anterior vemos con buenos ojos ambas posturas ya que por una parte se legisla en atención y respuesta a las nuevas necesidades sociales pero siempre bajo el control y fiscalización del estado permisivo y la segunda aunque asuman una postura en contra y limitativa por no decir cohibitoria aun así es

aplaudible en virtud de que no deja sin regulación un fenómeno que más que evidente día a día va en un aumento acelerado, no dejarlo al libre arbitrio de los seres humanos sino sancionar su práctica, se hace también de momento una acción digna de reconocer, aunque no se esté de acuerdo con su negativa.

Como se advirtió hasta hoy día existen muchos países que ya incluyen y contemplan dentro de su legislación vigente, la maternidad subrogada, sea esta para permitirla o para prohibirla y sancionarla como la comisión de un delito, en este apartado se tiene como intención no independizar quienes la permiten y cuáles no, sino incluir ambas posturas para poner en relieve como se ha manejado este tema que ya es un tema eminentemente legal, por lo que se concretara a realizar un breve esbozo con miras a enriquecer el conocimiento del lector y gestar un panorama claro de la institución del vientre de alquiler.

3.2 En los Estados Unidos de Norte América

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

que uno a uno conforman en su totalidad la federación, por la naturaleza de su división federativa cada uno de estos observa obligatoriamente la Constitución, ostentando cada cual la libertad de legislar y adoptar las concepciones y normativas acorde a la visión que cada estado tenga respecto de la maternidad subrogada.

El gobierno federal de los Estados Unidos de Norte América no ha legislado ninguna norma al respecto y, su corte suprema aún no ventila caso alguno en la materia. Como resultado de no existir política federal acerca de la maternidad subrogada, cada uno de los cincuenta Estados decide independientemente al respecto y desarrollan sus propias políticas. Hasta el momento 18 estados poseen leyes que de alguna manera hacen referencia a la subrogación maternal, y 9 de ellos, Arizona, Nuevo México, Nueva York, Michigan, Minesota, Nueva Jersey, Utah, Wayoming y Washington D.C. le criminalizan.¹⁹ Si bien no todos los estados lo permiten, en los que si es legal y quizás en el que más procesos se realizan, como California, todo el procedimiento está muy bien regulado. Desde los contratos entre las partes, el asesoramiento, seguimiento del embarazo, respaldo a las madres subrogadas, obtención de certificados y todo lo relacionado con ello.

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

¹⁹ Litz, Steven, **Surrogate mother**, pág. 23.

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 esperma 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 1993, en éste sentido en el caso Johnson contra Calvert codificado en el Código civil de California número 7003. Cuatro argumentos utilizó la Corte: primero: 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 concevidores; 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; cuarto: 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.

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 Columbia, 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 dólares. 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.

3.3 En Israel

Por lo novedoso del tema no hay antecedentes en la legislación judía. Como resultado de ello, estudiosos del derecho judío han analizado el tema bajo las leyes preexistentes. Las normas judías no señalan claramente quien es la verdadera madre en una subrogación maternal. Y la respuesta a la incógnita de quién es la madre del niño es sumamente importante bajo la ley judía toda vez que un niño es considerado judío 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, ya que 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 en el año de 1999 legislo 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 o convenios, 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 o parto, tiempo sufrido y pérdida de ingresos por dicho período.

3.4 En Ucrania

En Ucrania se dio inicio a los métodos de la medicina reproductiva asistida formalmente a principios de los ochentas del siglo pasado. Jarkov fue la primera ciudad donde el método de la fecundación in vitro (FIV) fue aplicado con éxito y gracias a este método nació una bebe a quien le llamaron Katya en 1991. Asimismo Jarkov fue la primera ciudad entre los países de la Confederación de Estados Independientes en realizar el programa de vientre de alquiler. Más de 1,000 bebés in vitro han sido nacidos en Jarkov durante los últimos 20 años bajo el método o práctica de la maternidad subrogada. En este país no es mucha la información con la

que se cuenta, solamente el hecho de que es uno de los estados dentro del área que lleva ya varios años practicando el procedimiento de subrogación maternal por caracterizarse por la prevalencia de sus ideas innovadoras y evolucionistas.

3.5 En Australia

En Australia, los Comités de Investigación de las distintas jurisdicciones se expresan con graves reservas o bien recomiendan que dicha práctica sea prohibida.

En los territorios de Victoria, centro capital Australiana, el sur de Australia, Queensland y Tasmania a pesar de que, con algunas diferencias en cada territorio o ciertas variantes, se ha legislado en contra de dicha práctica, establecen inválidos así como no vinculantes y por ende no obligatorios los arreglos y es una ofensa que cualquier persona entre a participar en un procedimiento de esta naturaleza. 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. Respecto de este último enunciado merece realizar ciertas consideraciones en virtud de estar de acuerdo parcialmente con las medidas adoptadas, ya que positivamente permiten la subrogación altruista o solidaria, pero negativamente prohíben la segunda al grado de castigarla con pena de prisión, en lo que se está de acuerdo es en el hecho de restringir toda publicidad tendiente a convertir esta modalidad en un comercio a todas luces, lo cual se considera algo errado

ya que si bien es cierto que existe una remuneración a la mujer que presta su vientre para procrear a un cigoto fecundado, no por ello ha de convertirse o volvérselo un comercio común y corriente, es muy importante hacer tal distinción ya que dentro de este trabajo se ha manifestado en varias ocasiones estar de acuerdo con la subrogación maternal mediando ambos fines, el altruista y el oneroso, no por ello se ha aceptado ni se hará el hecho que se vea o convierta eso en un negocio comercial y se incline mas a fines lucrativos y no de solidaridad humana para lograr familias que por otros medios no se podrían lograr.

3.6 En 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 juristas, 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, espermatozoides, 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.

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

3.7 En México

Se ha dejado de último a México intencionalmente, en virtud de que Guatemala, tiene mucha cercanía con dicho Estado y es un país miembro latinoamericano, mucha legislación guatemalteca, tiene similitud con la de este país por lo que, hacer mención de la forma y modo en la que regulan o conciben la subrogación maternal hace todavía aun más claro lo que hemos venido afirmando de que es una institución digna de incluirse dentro de las legislaciones en todo el mundo. Tan puntual es hablar de la maternidad subrogada en México que el recién pasado año 2010 fue testigo que el pleno de la asamblea legislativa del distrito federal aprobó la ley de maternidad subrogada, iniciando su vigencia el uno de enero de dos mil once, a decir verdad el

país vecino cuenta ya con una normativa legal que no solo acepta y permite la práctica del alquiler de vientres sino también establece una serie de normas que deben de observarse para llevarla a cabo.

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

En el contrato se establece la obligación de la madre y el padre biológicos de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante, con independencia de si se logra o no el nacimiento. También establece la obligación de la mujer gestante de entregar a la madre y al padre biológicos al menor después del nacimiento, y de éstos a recibirlo. Asimismo, debe hacer del conocimiento de las partes el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el Código penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, de acuerdo con la legislación vigente. Entre los requisitos que debe cubrir la mujer gestante se pide no haber estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación, y que su

intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro. Además, deberá informar a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato, de su intención de participar en esta práctica para que manifieste lo que a su derecho convenga.

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

De los distintos casos en los que se puede dar la inseminación in vitro, la ley sólo regula el supuesto en el que la pareja contratante aporta el material genético, óvulo y espermatozoide, y que la mujer gestante solo preste su vientre para el desarrollo del embrión y del feto durante el periodo gestacional. Conforme a los Artículos 2 y 3, fracciones V, VIII y X, esa pareja contratante tiene que estar unida por matrimonio o concubinato, restringiendo el acceso a la figura a parejas heterosexuales al definir la maternidad subrogada como la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un

espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su material genético.

La ley también prevé que mujeres solteras acudan a celebrar un contrato de maternidad subrogada, pero existen contradicciones legales, ya que por un lado se obliga al padre, donador, a asumir los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica, entre ellos, la obligación de aportar alimentos y el derecho a ejercer la patria potestad, y por el otro el Artículo 293 del Código civil para el distrito federal que establece que: “la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida”. Otra problemática legal que genera esta ley es que aunque limita el supuesto de la maternidad subrogada a la madre biológica que no puede llevar la gestación en su útero, podría entorpecer la práctica de la fertilización in vitro en otros casos, al establecer en su Artículo 9 que ningún médico tratante realizará la transferencia de un embrión humano, sin que exista un instrumento para la maternidad subrogada.

Vemos pues, como México ha regulado esta institución y al darle lectura a la ley recién entrada en vigencia, es obvio que aunque se puede imaginar se tuvo el cuidado para evitar vacíos legales y sobre todo inconstitucionalidades, partes de la ley tiene partes que seguramente devienen contradictorios y peor aun otras disposiciones pudiesen ser atacadas de no constitucionales, ya que se trata de una inserción al ordenamiento que se hace por primera vez y armonizarlo con todo el sistema jurídico y sobre todo con el

derecho civil resulta una tarea ardua y difícil de lograr, ya que no es algo sencillo lograrlo solamente con una sola ley o Código y menos aun con una institución tan novedosa por llamarle así y por de más compleja.

Se ha puesto en evidencia al menos algunos países que se consideraron pioneros y protagonistas en el tema que nos ocupa, tanto prohibiendo la práctica de la subrogación maternal como otros permitiéndola y mejor aun legislando al respecto, es de hace notar que si bien es cierto incluimos solamente algunos ejemplos de países inmersos, existen muchísimos más en el mundo que de forma total y absoluta prohíben llegar a incoar un procedimiento de esta naturaleza y así como también podemos afirmar que con el pasar de los años son mas países los que se suman a la preocupación de que se debe tomar una postura al respecto y no se puede seguir evitando, ya que con ello no se está logrando más que permitir a las personas lo realicen que es un hecho real y tangible, pero a su libre arbitrio lo cual muchas veces es deliberado, ilícito y teniendo solo como finalidad el lucro de por medio.

3.8 Procedimiento común de una maternidad subrogada en el mundo

Una vez expuestos algunos ejemplos de los países que ya se han pronunciado respecto a la maternidad subrogativa, es oportuno y pertinente traer a colación el esquema que se ha encontrado común o estándar en la mayoría de países en los cuales se permite este procedimiento o contrato como ya se aclaro, se advierte que a pesar de que en otros países no se considera un contrato como tal, si se concibe como

un acto jurídico digno de tener su propio procedimiento para llevarlo a cabo dentro de una esfera jurídica confiable y bajo la estricta observancia de la ley. Veamos pues es bosquejo al menos después de haber notado ya varias formas, es el que se hace característico en su mayoría.

1. El primer paso siempre es la toma de decisión por parte de la pareja infértil y que desea tener un hijo, acudiendo a un centro especializado en realizar este tipo de procedimientos para que le brinden asesoría y/o consejería, ya sea la clínica particular, corporativa o estatal.
2. La agencia o clínica requiere toda la documentación con la que se cuente referente a la infertilidad de la pareja, diagnósticos previos, pruebas médicas, análisis, ecografías, seminograma, entre otros. El médico encargado del caso en particular evalúa y confirma si realmente se necesita un proceso de subrogación. Casi siempre como en un proceso de adopción, se somete a la pareja a entrevistas y sesiones psicológicas para determinar si mentalmente están anuentes y estables, preparados para un procedimiento de esta índole y no presentaran problemas durante y después de haberse realizado.
3. El psicólogo o psiquiatra del centro clínico en donde se hace la gestión emite un dictamen con el visto bueno y aclara que la pareja se encuentra apta

psicológicamente para iniciar el procedimiento. La agencia entrega el contrato que debe ser firmado por la pareja, en el que se especifica entre otras cosas las obligaciones y derechos de ambas partes, así como los honorarios a cancelar en concepto de asesoría y por motivo de la intervención de los médicos en el procedimiento.

4. La agencia procede a buscar o ubicar una posible madre subrogante dentro del banco de personas que previamente han mostrado anuencia en participar como madres sustitutas o bien muchas veces la misma pareja acude junto a la ya seleccionada madre subrogada, solicitando solamente que les sea practicado el método. En el primer caso, la agencia remite un cuestionario en el que mediante diversas preguntas intentará poner en contacto a los comisionistas con una madre subrogante que pueda tener igual opinión respecto a diversos aspectos del proceso, tales como tipo de relación que se desea tener antes, durante y después del embarazo, si se quiere hacer la amniocentesis, que hacer en caso de malformaciones del feto, posibilidad de embarazo múltiple y otros aspectos que son de vitalidad, pronunciarse debido a que por ser demasiado complejo este método, resulta necesario hacerlo. Esto es importante para que de llegarse a presentar un obstáculo de esta naturaleza, no haya un conflicto de intereses entre los padres biológicos y la madre subrogada. Por ejemplo: si alguna prueba detectara una malformación en el feto y los padres biológicos decidieran abortar, podría resultar difícil para una madre subrogante someterse a un aborto, si ella fuese contraria a estas prácticas.

5. La agencia por lo regular facilita un bufete de abogados que representa a la pareja y se encargara de llevar a cabo todas las gestiones permitentes. Este se encarga de redactar el contrato entre la pareja solicitante y la madre subrogante. Preparará todos los documentos y los presentará al juez para que en el momento del nacimiento del menor, de inscribir el mismo y emitir la partida en donde conste los nombres de los padres solicitantes, ahora esto último solamente se da en algunos países ya que, en otros el recién nacido se inscribe como hijo de la madre que lo alumbró, pero de inmediato al nacer se inicia un trámite de adopción para entregárselo a los padres solicitantes.

6. Constituido el fondo de garantía y firmado el contrato entre la madre sustituta y la pareja infértil, ya es posible empezar el tratamiento médico.

CAPÍTULO IV

4. La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico

4.1 Consideraciones preliminares

Se ha de advertir que este trabajo de tesis se encuentra de alguna forma en su punto más álgido dentro de este capítulo o en su culmen para ser más exacto, sin menosprecio a los demás capítulos que anteceden, nos encontramos en el momento más importante de todo este esfuerzo, en virtud de que se ha intentado desde la primera palabra dejar en claro la institución de la subrogación maternal, precisamente para que en este apartado se pueda con propiedad realizar un intento de acoplar, acomodar o ubicar a esta institución dentro del derecho guatemalteco, atendiendo a cada uno de los postulados que se han venido esbozando, tal preocupación desde un inicio responde a la finalidad de que será en este capítulo en donde el autor propicie y se atreva no solo a realizar una estructuración de la figura de maternidad subrogativa dentro del sistema jurídico de Guatemala, sino mas allá, proponer sin duda alguna su inserción al ordenamiento interno guatemalteco. A decir, no ha sido ni será tarea fácil, pero se hará con miras y solamente a tenor de la estricta observancia de cada uno de los elementos positivos y negativos que conllevan intentar esta peligrosa pero fundamentada decisión.

No es en vano esta aventurada proposición ya que responde solamente al indagar a fondo desde el concepto más general hasta el más elevado emitido por expertos en la

materia, así como la evaluación del como otros países dentro de sus legislaciones ha incorporado esta tan novedosa, aunque existente desde ya hace varias décadas pero que a pesar de ello aun las sociedades no la digieren y por ende la rechazan, es meta pues de este trabajo afirmar la viabilidad y la bonanza de su incorporación si y solo si a la luz de la observancia de lo que a continuación se hará constar.

4.2 El consentimiento como presupuesto de la maternidad subrogada

La voluntad exteriorizada del autor de un acto jurídico o de las partes que intervienen en el mismo es indispensable para la existencia de dicho acto. La autonomía de la voluntad ha sido decisiva para que el individuo engendre actos jurídicos a su libre decisión, aún cuando en la actualidad cada vez se encuentra más restringida por la necesidad de proteger intereses de la sociedad. Así, el Estado ha intervenido para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorios a las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de terceros. La voluntad es indispensable en la celebración de un acto jurídico; es su motor principal; en los contratos, dicha voluntad se llama consentimiento y se integra con las dos manifestaciones de la voluntad de las partes que se conciertan²⁰.

En este sentido, el consentimiento es el presupuesto indispensable de cualquier práctica tendiente a la procreación asistida en especial a la de la maternidad

²⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, **Obligaciones civiles**, pág. 55.

subrogada, siempre que dicha práctica no estuviera prohibida por el Estado de Guatemala. Cabe señalar que algunas personas sostienen que cualquier clase de intervención genética en el ser humano, dentro de los límites objetivos de la actividad terapéutica o terapéutico-experimental, es lícita si se lleva a cabo con el consentimiento informado y personal de las receptoras, no así de las personas que se conciertan para que una mujer tenga un hijo por ella y se lo entregue al momento del alumbramiento, cuestiones que deben ser analizadas de fondo y por propuesta en este apartado, toda vez exista consentimiento de las partes para realizar un procedimiento de esta naturaleza y con estricta observancia de la ley, debiese ser permitido en Guatemala.

En este campo, como en cualquier acto jurídico, el consentimiento debe ser uno de los requisitos esenciales. Es claro que se trata de un consentimiento eficiente, es decir, otorgado por persona capaz, en pleno uso de sus facultades mentales, ausente de cualquiera de los vicios de la voluntad y, en este tema, debe ser otorgado de manera libre, consciente, expresa y por escrito. La integración de dicho consentimiento debe contener una información explícita y adecuada de la información veraz que no deje ni una sola duda, que será un procedimiento de maternidad subrogada el que se llevará a cabo y mejor aún de qué forma se practicara para que al momento de prestar el consentimiento las partes, no pueda alegarse posterior reclamo en virtud de que se tenía pleno conocimiento de lo que se iba a realizar.

El consentimiento requerido específicamente en esta materia tiene dos ámbitos: el

primero, para que una persona capacitada actúe sobre el cuerpo de otra como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y el segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica, es decir, el consentimiento para asumir manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas y un denominador común: la concepción de un ser humano y no solo hasta aquí sino mas allá aun, entregárselo a los padres solicitantes.

El consentimiento, el derecho a la intimidad, los daños a la integridad física, en su caso; la responsabilidad civil; la responsabilidad penal y otros aspectos jurídicos que se ven afectados por la utilización de estas técnicas, están intrínsecamente involucrados. Si se da al consentimiento el valor de reconocimiento anticipado, el reconocimiento de la donante resultaría contradictorio. Sería aconsejable cuando se va a llevar a cabo una fecundación in vitro por maternidad subrogada, seguida de la transferencia embrionaria, si intervinieron donantes, que la pareja receptora reconozca al posible hijo desde su estado embrionario; de esta forma, si se congelan algunos para un momento posterior se plantearían después menos problemas de filiación y sucesorios en caso de muerte de uno de los miembros de la pareja. Si los consentimientos no tienen este valor, el reconocimiento de la donante podría ser eficaz. Su propia anuencia a la donación se considera revocable mientras no se lleve a cabo una fecundación, pero ¿y después de producida ésta? Es otra de las cuestionantes que surgen pero a nivel de donación de material reproductivo, el tema es tan extenso que la finalidad de este apartado no es abarcar todo, sino poner en consideración la viabilidad de su incorporación al ordenamiento jurídico de Guatemala.

Como se tiene conocimiento el estado civil de toda persona es una cuestión indisponible y que no está al alcance de la voluntad individual renunciar a las acciones de estado. Igual podría alegarse respecto a los donantes de gametos. Sin embargo, habría que señalar a dichos consentimientos las mismas características que tienen en la adopción los prestados por los padres del adoptando cuando no se dan las circunstancias de abandono. En realidad, *mutatis mutandi*²¹, el fundamento último de lo que quiere significarse con esa manifestación de la voluntad es el mismo: por parte de los padres del adoptando la renuncia a su posición respecto al hijo; por parte de los adoptantes de aceptación con los mismos deberes y derechos que los padres biológicos, si la adopción es plena, también es plena, incluso desde antes de la concepción, por eso no es propiamente una adopción, la sustitución en los papeles maternos de la mujer que recibe los óvulos de otra.

Y ese espíritu semejante a la adopción es lo que permite establecer que, no declarando ilícita la práctica de la maternidad subrogada en Guatemala y cumplidos los requisitos que conlleva disponer de la propia integridad para la donación, la mujer al donar sus gametos, como ocurría con el hombre, consciente a la finalidad de procreación para terceros con la conciencia de que no tendrá vinculación alguna con el futuro nacido. Por eso mismo se propugna que el consentimiento de la receptora sea determinante para la filiación del hijo, de modo que para este tipo de filiación quede sentado jurídicamente que la derivación biológica no es constitutiva del vínculo legal. Esto por su parte hablando de filiación, por otra el consentimiento prestado por parte de la

²¹ Elías Azar, Edgar, **Cambiando lo que se debe cambiar**, pág. 216.

madre subrogada de permitir se le inyecte in vitro el material fecundado en su útero y con total anuencia accede a llevar en su vientre a una criatura para que al momento de parir le sea entregado a la pareja con la que concertó este procedimiento, no debiese ser sujeto de penalización y mucho menos de atacársele de carecer de validez jurídica en virtud de que la convención entre las partes fue revestida consentimiento entre las partes y mucho mejor aun se podría llegar a realizar en Guatemala con la estricta observancia de lo que se pueda llegar a legislar en la materia.

4.3 Requisitos de la subrogación maternal concebida como un negocio jurídico

4.3.1 La voluntad declarada

Claro está que como en todo negocio jurídico para su validez y siendo esta una figura de tanta trascendencia de 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 fecundado, permitiéndole desarrollarse hasta que nace el niño, para luego entregarlo a la pareja solicitante. Por la otra, la de crear un nuevo ser y, tomarle como propio para criarlo, una vez haya sido entregado.

4.3.2 El fin jurídico o causa

La causa o fin, 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 propio²². Es pues muy clara la finalidad con la que obraría esta intención no existiendo ambigüedad al respecto, ya que está de por más claro cuál ha sido el querer de cada parte, dentro de este procedimiento.

El elemento causal resulta ser sumamente importante por no decir definitorio. Tiene dos manifestaciones: como negocio, oneroso, y como conducta fraternal humana, altruista. Como negocio está excluido del comercio por su naturaleza y por disposición de ley, en muchos países donde el tema éste ya se encuentra legislado de momento, ya que es aquí en donde hacemos la aclaración que no se está de acuerdo y de llegarse a legislar en este sentido aunque parezca absurdo o inobservante de la ley, es intención de esta tesis poner en evidencia que de legislarse no debiese ser en sentido de exclusión. En principio 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 regulados en el Código civil de Guatemala en los Artículos 442, 443 y 444, ya que se tendría como objeto una finalidad que no está dentro del comercio o del albedrio de las personas, por ende no sujeto a negociarse, en lo cual se difiere y en ese sentido se

²² Zachrisson Castillo, **Ob. Cit.**, pág. 57.

encaminaría su futura regulación. 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 esto último existe una diferencia por existir otra finalidad, no mediando el interés de lucro y como advertimos en capítulos anteriores no es la finalidad de este esfuerzo propiciar el comercialismo de la maternidad subrogada, pero si propulsar que aunque no sea altruista y exista remuneración, no por ello se castigue considerándosele ilícito.

4.3.3 La licitud

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 tutelar puede ser: la libertad de hacer todo aquello no prohibido, el derecho a procrear o bien, el derecho a integrar una familia. Como bien se sabe, que no sea contrario a la ley es algo muy claro no susceptible de contradicción, pero contrario a la moral y al orden publico es un error legislativo a consideración ya que son elementos muy subjetivos que dependerán del pensamiento más íntimo de quien lo lee e interpreta ya que ¿Quién establece la moralidad con fin altruista o inmoralidad por ser oneroso? ¿se considera la maternidad subrogada un acto jurídico que provoca desorden público? Estas y muchas más cuestionantes hacen que se desvanezca a consideración la

negativa de no querer regular dicha institución y sobre todo a prohibir la modalidad onerosa.

4.4 Elementos que deben concurrir

4.4.1 Esenciales

Se considera elementos esenciales: la voluntad, la causa y la licitud, además de sus elementos subjetivos y objetivos; el altruismo gratuito o el pacto de determinada remuneración; y, un mínimo grado de solemnidad.

Los 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, los demás aunque muy necesarios se toman como accesorios. 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.

Para evitar cualquier simulación parece apropiada y puntual la expresión de causa como un elemento esencial, pues de no ser así, no se sabría cuál es la pretensión real de las partes.

4.4.2 Formales

Además, por seguridad y certeza jurídica concebimos que de llegarse a regular debiese de formalizarse en escritura pública, utilizando este instrumento notarial para dotarlo de seguridad y ser plena prueba ante cualquier eventualidad o litigio que llegare a existir, tomando en consideración que por tratarse de un acto de tanta trascendencia es insoslayable el hecho de no hacer lo más formal posible a tenor de que es con la vida de un ser humano con la que se está pactando legalmente.

4.4.3 Accesorios o accidentales

Elementos accesorios pueden ser muchísimos generalmente asociados a condición, término o al modo de realizar el negocio, aunque no se mencionen dentro de los esenciales o definitorios, son de tanta importancia que de llegar a faltar alguno bastaría para que se suscitara un problema legal. A manera de ejemplo podemos mencionar de que, dentro del contrato es indispensable determinar y fijar a los cuantos días de nacido la criatura debe ser entregado a los padres solicitantes, en qué momento se hará entrega de la remuneración y de qué forma si esta fuere onerosa, por cuenta de quien corren los gastos por descuido de la madre sustituta en fin, muchos de estos son elementos que aunque sean accidentales, son de demasiada importancia que se debe poner estricta atención en ellos.

4.5 Maternidad subrogada como contrato

Como ya se ha apuntado en apartados anteriores la finalidad de esta tesis es la de proponer a la luz de toda la información que se ha incluido, para ver a la maternidad subrogativa como un negocio jurídico y especialmente como una figura contractual, es pues hasta este momento en el que se establece tan puntualmente que así debe tenerse en virtud de que a pesar de tratarse de la búsqueda por parte de las personas de traer al mundo a una criatura, no es directamente con ésta con la que se está negociando, ya que si bien es cierto el objeto es el nacimiento de un ser humano, no se entra a negociar por qué monto será la venta o solamente afanados por intereses monetarios, como aclararemos más adelante la propuesta no va encaminada a motivar la subrogación maternal como un puro negocio y deliberadamente mercantil, sino mas bien propiciar la aceptación de dicha figura y posteriormente la inclusión dentro del ordenamiento jurídico a través de la legislación para permitir que por la vía contractual civil se permita que dos personas que carezcan de capacidad reproductiva puedan acceder a este tipo de reproducción asistida, y contratar con una mujer fértil y capaz de gestar en su vientre a un ser humano, ya sea onerosamente sin ánimo de lucro o altruistamente. Fundamentaremos en las líneas siguientes el porqué si con propiedad puede llegarse a tener como un contrato.

Podemos definir al contrato como el convenio o acuerdo mutuo de consentimiento concorde y recíproco que tienen como consecuencia la creación de un vínculo obligatorio con fuerza de ley entre las partes contratantes.

Un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, según el cual, puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes²³.

Es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, constituye una especie particular e convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones²⁴.

Así para Savigny: “el contrato es el concierto de de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

De la misma forma se encuentra regulado lo atinente al contrato en el Código Civil de Guatemala, decreto ley 106 del jefe de gobierno de la república de Guatemala, el cual establece en su:

²³ Álzate Monroy, Patricia, **El contrato**, pág. 56.

²⁴ Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 499.

“ARTICULO 1517.- Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

De allí se afirma que los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez y que desde que se perfecciona un contrato, obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.

De lo expuesto se puede afirmar que la institución y sobre todo la orientación que el Código le atribuye al contrato, si es totalmente encajable y por ende es posible insertar la subrogación maternal como otra figura contractual atípica y de modo muy especial, ya que sería el instrumento legal idóneo para que tanto la pareja infértil y la mujer sustituta puedan pactar por escrito, que se le inyectara un embrión en su útero y ésta, al dar a luz al recién nacido se lo entregara a los padres comisionantes, estableciendo dentro del contrato, clausula por clausula cada uno de los extremos a los que quedaría sujeto cada parte, antes, durante y posteriormente al nacimiento del menor, no se ve cual pueda ser el obstáculo a adecuar esta figura que la tecnología ha permitido, para que una familia pueda anhelar y materializar el sueño de poder tener un hijo inclusive biológico, nacido gracias al material que ellos mismos colocaron y si bien es cierto que es una figura muy arriesgada y que conlleva múltiples adversidades no por ello se

puede negar sus bondades y sobre todo la suma posibilidad de incluirse mediante una legislación particular para que de forma limitada, respetuosa de la ley y bien fiscalizada por el estado y sin convertirse en un negocio, se pueda utilizar la figura del contrato para lograr este cometido.

La limitante que se encuentra al momento de pretender incorporar la institución de la maternidad subrogada al ordenamiento legal de Guatemala, es que a pesar de concurrir la mayoría de requisitos, el objeto del negocio se consideraría totalmente ilícito, a decir de boca de los detractores o de los que propugnan la no inserción de la maternidad subrogativa y su principal fundamento es que no es susceptible de negociación, la vida de un ser humano, mucho menos considerársele una figura contractual, por no encontrársele dentro del ámbito permitido en que las personas pueden negociar libremente, bastión de batalla que puede quedar a consideración desvanecido por múltiples factores positivos que conlleva la iniciación de este procedimiento de forma legal y aunque es algo muy anormal que se celebre un contrato para gestar a un ser humano en el vientre de otra mujer y que esta no vaya a ser su madre, suena muy arriesgado y tal vez incoherente o contradictorio a los postulados del derecho de hace cincuenta años, mas no a los del derecho presente que debe responder a las necesidades exógenas que se gestan en el seno de toda sociedad y no digamos en la guatemalteca en donde desde ya hace varios años se ha venido dando subrogación maternal pero lamentablemente al margen de la ley por carecer de regulación al respecto. Las bondades que esfuman o atacan la afirmación que es una afrenta para el derecho y la sociedad, negociar con la vida de un ser humano quedan

destruidas con cada uno de los aspectos positivos que se expondrán en el ultimo capitulo, la intención en este apartado seguirá siendo hacerse notar que la maternidad subrogada muy positivamente puede incluirse dentro de la legislación de Guatemala.

4.6 Fundamentos de la obligatoriedad de la maternidad subrogada

Ya se ha expuesto como la figura contractual es totalmente utilizable para llevar a cabo procedimientos de maternidad subrogada en Guatemala, mediante la manifestación de voluntad de las partes que intervienen en la misma, por ende como se estableció las partes concurren voluntariamente a declarar libremente su voluntad de querer practicar este tipo de procedimiento por consiguiente lo hacen a través de un contrato en el que principalmente generaran derechos y obligaciones lo cual deviene procedente asegurar que lo pactado en tal contrato debe cumplirse a cabalidad no existiendo refutación o modo de desligarse de lo en el estipulado, veamos como la obligación dentro del contrato es perfectamente válida y sobre todo legitima, digna de cumplirse.

La obligación podemos definirla como el deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto o prestación, y a cuyo incumplimiento, además de la coerción interna, moral, 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 insoluble pues únicamente en condiciones muy especiales y extraordinarias puede alterarse o romperse, mediante el acaecimiento de circunstancias no previsibles en el momento de pactarse y a través de la revisión de una autoridad judicial, quien finalmente decide en qué forma de debe cumplir o no la obligación.

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. Para poder entender el porqué se pudiese llegar a pensar que a pesar de existir un contrato válido y legítimo revestido de todos los requisitos y elementos aun así se piensa que no es exigible traemos a colación dos postulados que clarifican muy bien circunstancias que pudiesen acaecer para decidir al respecto.

Se tiene en relieve, los principios rectores de todo ordenamiento jurídico, *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*: ambas expresiones latinas de efecto contrapuesto en las obligaciones. La primera establece 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 propugna 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 partes²⁵.

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 parezca 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 cumplimiento²⁶

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

²⁵ Ossorio, Manuel, **Diccionario jurídico**, pág. 189.

²⁶ Recasens Siches, Luis, **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 40.

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. Esto anterior nos sirve para fundamentar que a pesar de que moralmente, religiosamente y socialmente no se acepte la maternidad subrogada como contrato y practica en Guatemala, se estará a lo que las partes pactaron en un contrato, mas si en el momento de celebrarlo se tuvo pleno conocimiento y no se tuvo ninguna duda de lo que se estaba aceptando, por ende si bien es cierto que los enfoques morales y éticos, sociales y religiosos son de suma importancia en el mundo del derecho se ha aprendido a que se debe hacer una total independencia entre estos debido a que en la esfera jurídica, se toma solamente en cuenta la parte objetiva regulatoria y no aspectos subjetivos que son propios de otras consideraciones.

Si se tratase a las pretensiones de incorporar el alquiler de vientres en Guatemala, los arreglos de subrogación maternal, en cuanto a la obligación propiamente dicha, pueden ser moralmente o socialmente rechazados y por lo tanto calificados de no obligatorios pero ¿lo serán jurídicamente?

A consideración de este trabajo si debiesen ser totalmente obligatorios al momento de ser incorporados al ordenamiento jurídico guatemalteco, toda vez que se debe de superar las barreras conservadoras que tienen tinte moralista y religioso para pasar solamente a responder aspectos eminentemente jurídicos, ya que si una pareja

voluntariamente decidió, previo proceso psicológico iniciar un procedimiento de maternidad subrogada y ha seleccionado a la mujer portadora o sustituta y esta anuente y con capacidad civil para decidir, de la misma forma no sin antes pasar por un proceso psicológico en donde se encuentre apta y segura de que lo quiere hacer, se lleve a cabo la concertación mediante la contratación de todos los aspectos regulatorios en un contrato a través de escritura pública y observándose la legislación que se debería de emitir al respecto con plena fiscalización del estado, no se ve la negativa en ningún momento de podersele tachar a este contrato como nulo o invalido y mucho menos ilícito, cuando cuidadosamente se cuida llevar a cabo cada uno de los pasos del procedimiento que debe de existir- Tiene pues que cumplirse el contrato en todo momento, sin tomar en cuenta ningún alegato en contra ya que precisamente se tendrá al inicio de cada procedimiento el momento oportuno para decidir si se desea llevar a cabo o no.

En la mayoría de casos a nivel mundial de procedimientos de maternidad subrogada o en los países en los cuales se le considera un contrato, el principal problema y común obstáculo siempre ha sido en el que la madre subrogada o sustituta durante el embarazo adquiere lazos afectivos con la criatura que lleva dentro al dar a luz, llega a experimentar trastornos mentales y confusiones psicológicas que la hacen arrepentirse de entregar a menor sujeto del contrato, negándose en muchas ocasiones a dárselo a sus padres comisionantes. Si bien es cierto que este tipo de adversidad no se puede juzgar como sencilla y mucho menos insignificante debido a que es tan natural que nazca entre la madre y el bebé un lazo afectivo fuerte digno de crear arrepentimiento y

por ende llega a ser difícil para la madre que pario a la criatura entregarla y negarse entonces a hacerlo, es muy comprensible, pero no se debe dejar de lado que en su útero fue depositado un embrión que fue fecundado en cierto caso por el semen del padre y el óvulo de la madre comisionantes, aun así aunque no fue la aportación total de los padres sino mixta, o sea en el supuesto, que solo la madre o el padre dono su material biológico, la mujer que decidió le colocaran in vitro el embrión, tiene tanto derecho por haberlo engendrado y llevado hasta la vida, pero más derecho tienen quienes así lo solicitaron y aportaron el material genético, por lo que aunque se reconozca la dificultad de esta situación y a sabiendas de que conlleva múltiples consecuencias de diversa índole, se debe privilegiar el contrato que se firmo partiendo desde la premisa que nadie obligo a la mujer portadora a realizar este procedimiento, es portadora de material ajeno y manifestó su voluntad de hacerlo ya sea a cambio de una remuneración ósea de forma onerosa, pero esa fue la finalidad por lo que debe cumplirse el contrato de buena fe, ya que fue redactado para cumplirse, al menos es esa la orientación que de llegarse a regular se propone adoptar.

4.7 Armonización e interpretación constitucional de la maternidad subrogada en Guatemala

En la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, un conjunto de normas adquiere unidad cuando la validez de todas ellas deriva de la denominada norma constitucional, en la cual se apoyan todas las demás. Así, el derecho regula su propia creación y establece la manera en que puede ser modificado o pueden ser 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.

El ordenamiento jurídico guatemalteco no escapa a ello; en el artículo 175 la Constitución Política de Guatemala establece su supremacía al indicar que: “ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones (...) exceptuándose los tratados y convenciones aceptadas y ratificadas por Guatemala en materia de derechos humanos, que tienen preeminencia sobre el derecho interno, y que las leyes que violen o tergiversen dichos mandatos son nulas ipso jure.”

La 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 Guatemala, en 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.

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 o permitida y no contradictoria a la normativa constitucional?

Es por ello menester exponer las principales normas de carácter fundamental que deben ser consideradas para determinar la armonía o adecuación de la maternidad subrogada en legislación guatemalteca y son las siguientes:

“Art. 1o. **Protección a la persona.** El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

Bajo la estricta observancia del Artículo 1 de la Constitución en donde afirma que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia y lo hace desde la

concepción, es por ello que es importante que el Estado de Guatemala se pronuncie al respecto de la maternidad subrogada regulándose, permitiéndose en casos muy específicos y calificados en atención a que con la implementación de la maternidad sustitutiva no se busca atentar o negociar con la vida de un ser humano sino mas bien darle la oportunidad a una familia con la protección del Estado, acceder a estos métodos de reproducción asistida haciendo muy posible cumplir su anhelo de tener hijos, tomando el estado el control de esta institución y estableciendo los lineamientos para llevarla a cabo, por lo que vemos que no existe ninguna contradicción sino al contrario, proteger a la familia, es ayudarla a que cumpla cada uno de sus anhelos de forma legal.

“Art. 2o. **Deberes del Estado.** Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

“Art. 4o. **Libertad e igualdad.** En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos...”

“Art. 5o. **Libertad de acción.** Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe...”

La propia Constitución regula la libertad e igualdad de las personas, si pensamos en que toda mujer y su familia tienen el derecho de optar por un embarazo normal y llegar

a tener hijos entonces ¿porque esa igualdad no puede extenderse a las mujeres que carecen de fertilidad y capacidad reproductiva y dárseles la igualdad de lograr tener hijos? Esto no será de forma igualitaria a las demás, pero si accediendo a este tipo de métodos.

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

El principio de que no hay delito ni pena sin ley anterior, puede ser utilizado para que si de llegarse a regular la maternidad subrogada no se prohíbe siempre y cuando se realice bajo la estricta observancia y apego a la ley, solamente podría regularse que de no hacerse así y a manera de prevención se castigará las acciones que a todas luces resulten malintencionadas y que por ende desemboquen en la comisión de un hecho delictivo.

“Art. 44. **Derechos inherentes a la persona humana.** Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular...”

La ley fundamental hace alusión a que garantiza todos los derechos en ella contenidos así como aquellos que aunque no se encuentren expresamente regulados, pertenecen a la esfera de los fundamentales de toda persona para lograr la felicidad y el desarrollo integral, claro está que al momento de promulgarse la Constitución no existían muchos derechos que ahora hoy día ya existen, por lo que el derecho a optar por un procedimiento de maternidad subrogativa, debe interpretarse extensivamente que está inmerso dentro de dicho artículo constitucional.

“Art. 47. **Protección a la familia.** El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia...”

“Art. 52. **Maternidad.** La maternidad tiene la protección del Estado, el que velara en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven.

También la Carta Magna se pronuncia respecto de que le da una protección preferente a la familia, a los menores de edad, a la maternidad, a la desintegración familiar y a la adopción, ¿acaso en su conjunto es tan difícil pensar de que la fusión de todos ellos hace permisiva la maternidad subrogada?, claro que si, toda vez que si el Estado se propone proteger cada una de estas instituciones, debe por ende permitir y regular otra institución que tiende a mejorar, ampliar y sobre todo perfeccionar las otras, haciendo posible que exista una familia con hijos, una maternidad anormal pero legal y sobre todo una opción más que es similar a la adopción y que mejor aun la supera, ya que

esta ultima pretende en observancia del interés superior del niño, darle al menor una vida digna, saludable y meritoria con unos padres que le puedan proveer de todo lo necesario para su bienestar, a pesar de que los que cuidaran de él, no son sus padres biológicos, pero lo toman como tal, si esto es comprensible, como no lo será que se les permita a una pareja fusionar su material biológico para que con la ayuda solidaria de una mujer, puedan traer a este mundo a una criatura que lleva en los genes sangre de sus propios padres, se hace no fácil pero si comprensible este hecho, para poderse regular la maternidad subrogada.

A la luz de cada uno de los artículos de la Carta Magna, se permite realizar las consideraciones que permiten asegurar que la inserción de la maternidad subrogada al ordenamiento jurídico no colisiona y mucho menos contradice la armonía constitucional y aunque siempre existe y es producto de la riqueza de la ciencia del derecho, del conocimiento amplio y de las diferentes corrientes de pensamiento que confluyan habrán quienes refuten, debatan y hasta califiquen la incorporación de la maternidad subrogada como un acto atroz y más aun tildando que sea mediante la figura contractual algo que se asemeja a una afrenta social y con demasiada ilógica y en contra de los postulados del derecho, a decir verdad se ha de respetar las múltiples opiniones que nazcan de este tópico, mas no comulgase con el fundamento de todo opositor afirmando que con la vida de un ser humano no puede negociarse y peor aun que a una madre o puede limitársele o vedársele el derecho a quedarse con la criatura que ella misma concibió y aunque parezcan *in-limine* acertadas estas aseveraciones, no debemos olvidar que se trata de casos sumamente aislados, con fines saludables y

de protección a la familia, no se está convirtiendo en un negocio, lo llevan a cabo solo los que así lo deseen y sobre todo con el pleno consentimiento de la madre que acepta, entregar no a su hijo, sino al hijo de quienes aportaron el material genético.

Acogiéndonos dentro de la teoría general de los derechos fundamentales expuesta 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, sea esta altruista y gratuita o remunerada, 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, por lo que deviene posible y pertinente su regulación superando todo obstáculo que no sea acorde a la pureza del derecho y que por lo tanto hace que la maternidad subrogada sea viable, posible y positiva realizarse en Guatemala, debiéndose cumplir el contrato celebrado para su efecto, con la tranquilidad de que armoniza perfectamente no solo con la constitución sino con el ordenamiento civil y de familia, claro debiéndose regular cada aspecto mínimo e importante para evitar y darle solución a cada uno de los problemas que puedan gestar por ocasión de su elaboración.

4.8 Deberes y derechos que nacerían de la subrogación maternal respecto de los elementos subjetivos, responsabilidad jurídica

Hay responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio; es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer expresan su comportamiento en forma contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados²⁷.

Tamayo y Salmorán señala que: “la responsabilidad es una obligación de segundo grado, que aparece cuando la primera no se ha cumplido”; es decir, que si una persona tiene la obligación de no causar daño y lo causa, es responsable de pagar por él. El responsable de un hecho ilícito debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan. Por regla general, la persona que causa el daño es quien debe pagar; pero no siempre el responsable es el que originó dicho daño y, en consecuencia, otro debe responder por las consecuencias del comportamiento de personas ajenas²⁸.

La responsabilidad jurídica es el género cuyos tipos son la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La subjetiva descansa en la teoría de la culpa, originada por un hecho ilícito. En cambio, la responsabilidad objetiva se funda en que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe

²⁷ Guzmán Avalos, Aníbal. **Inseminación artificial y fecundación in vitro**, pág. 73.

²⁸ **Ibid**, pág. 74.

responder de la ración de los daños que produzca con dicho objeto, por su aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa. La responsabilidad subjetiva comprende dos subespecies, a saber la civil y la penal. La civil se puede conceptuar como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por un ilícito o un riesgo creado. Por su lado, la penal es el deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

La diferencia entre una y otra es la distinción entre derecho penal y derecho civil. En materia civil, al no cumplir con una obligación únicamente se causa un daño y como consecuencia el daño debe ser reparado. La sanción tiende a asegurar la acción del daño causado, o sea, una condena pecuniaria, indemnización de daños y perjuicios a cargo de su autor. En materia penal, la palabra delito denomina la conducta sujeto que causa el hecho ilícito y como consecuencia traerá consigo un castigo. La sanción que se impone es castigo al culpable, imponiéndole una pena.

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

causar daño o perjuicio a otro de los sujetos que intervienen en el proceso de maternidad subrogada. Así, los usuarios pueden ser responsables frente a su pareja o frente al hijo, y el personal médico frente los usuarios por culpa o simplemente por riesgo creado.

4.8.1 De los donadores de gametos

En este tema se da el nombre de donador a la persona que dispone de sus gametos, óvulos o semen, en favor de otra a fin de que se realice una fecundación artificial. En este sentido, el consentimiento del donante tiene que abarcar el conjunto de acciones que confluyen en la fecundación, es decir, aceptar que le sean extraídos los gametos, si esta se hace por los padres que solicitan la maternidad subrogada no abarca mayores responsabilidades, más que tener el pleno conocimiento que están aportando material biológico para la creación de un ser humano, mientras que si son donadores ajenos al procedimiento de subrogación, en la mayoría de países como lo debe de ser en Guatemala, lo hacen de forma confidencial, renunciando expresamente en que útero se utilizaran y por ende a conocer todo sobre el nacimiento de un menor por motivo de su donación, conllevando en su extremo renunciar a toda demanda de filiación.

4.8.2 De los usuarios

Por usuario se entiende a la persona que se somete a cualquiera de las técnicas de procreación asistida con el fin de asumir la maternidad o paternidad que de ellas

resultare. En las legislaciones que ya contemplan normas específicas para las formas de concepción, por lo regular se piensa en un matrimonio o en concubinos. Por lo general, se señala que los usuarios deben cubrir toda una serie de requisitos y exámenes antes de iniciar la práctica de la maternidad subrogada.

Ya se señaló que el consentimiento es indispensable para iniciar las actividades médicas encaminadas a lograr la reproducción, y que entre las personas que requieren manifestar expresamente su voluntad están los usuarios: la mujer, esposa, concubina o sola. Desde luego, de esta manifestación de voluntad deriva la aceptación de la maternidad del ser así concebido. Mientras que no se externe la voluntad de la mujer, ni el médico ni la institución podrán iniciar cualquier acción para inseminar o para extraer óvulos, mucho menos implantar embriones o cualquier otra actividad relacionada con la procreación asistida. El consentimiento del esposo o compañero es también indispensable, según los criterios más aceptados en el mundo.

Para algunos especialistas tratándose de fecundación homóloga, la problemática es menos delicada que en la heteróloga, pues se trata de un ser concebido en matrimonio o en concubinato, cuyos datos genéticos van a coincidir con los del padre y de la madre. El problema se presenta en la heteróloga. En este renglón, el consentimiento es esencial, pues el esposo o el concubinario deben aceptar que su esposa o concubina sea fecundada con espermatozoides de otro hombre, por lo tanto, tendrá que aceptar la responsabilidad de la paternidad de un hijo con el que no va a estar

ligado por vínculos genéticos. Hay quien piensa que este consentimiento del marido o del concubinario de la madre tiene quizá un valor moral, pero jurídicamente se encuentra desprovisto de eficacia; por ello pueden impugnar la paternidad con la prueba de su esterilidad o un examen de sangre.

En este contexto, el varón que consintió expresamente a que su compañera o esposa fuera inseminada artificialmente con semen de otro tiene la responsabilidad de asumir la paternidad inherente. De hecho, en un eventual juicio de desconocimiento de la paternidad, el documento en donde conste la expresión de la voluntad del inconforme será prueba para establecer el vínculo de filiación. Desde luego, el conflicto puede ser posterior al parto y el padre legal podría desconocer al recién nacido entonces. Algunas legislaciones señalan que después del nacimiento, el padre legal ratifica su consentimiento al reconocer al hijo nacido, a nuestro parecer en Guatemala debiese prestar el consentimiento antes de la fecundación y al momento de su inscripción en el registro civil, ratificar el deseo de reconocer a ese hijo, precisamente porque en pareja se decidió realizar un procedimiento de maternidad subrogada, en el caso de que solo el varón aporto o solo la mujer, ya que está claro que si ambos aportaron y solo lo fecundaron in vitro en el vientre de otra mujer resultaría inútil redargüir la filiación.

Existen juristas del derecho que afirman categóricamente que la voluntad del marido o compañero de la madre debe constar en escritura pública, ya que se trata de un instrumento que servirá como título de determinación legal de la filiación y por su

carácter de prueba plena, señalando que se está en presencia de un reconocimiento previo del hijo. En cambio afirman para la mujer sola basta con que se externe en documento privado ante el médico o en la institución que practique la procreación asistida de maternidad subrogativa. Desde luego, un exceso de formalidades puede producir un efecto contrario al deseado, por ello es conveniente el equilibrio entre la posible valoración de un consentimiento expresado de manera tácita y los requisitos de elevarlo a escritura pública. Entre ambos extremos, existen formas indubitables de expresar la voluntad que, en su momento, deberán ser valoradas en beneficio del interés superior del ser nacido a consecuencia de esa expresión de voluntad. A consideración si es de suma importancia de que de llegarse a regular en Guatemala, se haga constar el consentimiento como ya se había sugerido en escritura pública tanto para la mujer como para el varón que solicitan como pareja la maternidad subrogada haciendo constar desde allí la aceptación de la filiación existente.

En concreto los derechos que nacen para los padres comisionantes dentro de la maternidad subrogada serían: a) Derecho a exigirle a la madre subrogada respetar la salud del nuevo ser cuidando de su cuerpo, su alimentación, sus horas de descanso y ejercitación. b) Obligación de reembolsar gastos y remunerar a la madre subrogada. c) Obligación de proporcionarle un seguro médico a la madre subrogada, que la proteja de todo riesgo por su embarazo. Y, d) Derecho más importante, aunque a algunos les parezca incorrecto y es el que causa mayores problemas sería, el derecho de los solicitantes a que les sea entregado el niño luego del alumbramiento, por disposición legal o en adopción, para criarlo como propio, esto dependerá de cómo Guatemala lo

llegue a regular si solamente la entrega posterior al parto, en virtud de existir ya un convenio de maternidad subrogativa o si se debe realizar un proceso de adopción, aunque a consideración se sugiere el primero, que haría todo el procedimiento más corto y lo dotaría de particularidad e independencia de la adopción que es un tema muy aparte.

4.8.3 De la madre subrogada

Entre tantos derechos que tendría la madre sustituta ya que también se buscaría su total protección por el papel tan importante y definitorio debiese tener: a) Derecho a exigir el reembolso de gastos efectuados durante el embarazo y el alumbramiento, a menos de que ese dinero se haya pactado que no se reembolsara sino se le entregará por adelantado o según lo vaya necesitando. b) Derecho a ser remunerada por el o los padres prospectivos con por lo menos el salario mínimo legalmente establecido durante nueve meses y el doble de dicho salario para los períodos pre y postnatal. c) Obligación de tener seguro médico para estar protegida ante cualquier problema. Y dentro de sus obligaciones principales tendría, obligada a no trabajar ni desempeñar actividades rudas o peligrosas. d) Obligada a respetar la salud del nuevo ser cuidando de su cuerpo su alimentación, sus horas de descanso y ejercitación. Esto incluye prohibición de fumar, ingerir bebidas alcohólicas, drogas o medicamentos de cualquier tipo no prescritas por su médico. Y, e) El más importante y lamentablemente punto de discordia, debe ser obligada a entregar al niño luego del alumbramiento, ya sea por disposición legal o dándole en adopción.

4.8.4 De los médicos o centros clínicos

Hoy en día la procreación asistida y en especial la subrogada es un recurso de la tecnología médica utilizado con frecuencia. Se reconoce que ayuda a salvar los problemas de infertilidad con mucha eficacia. El mundo entero registra ya miles de niños y niñas nacidos de la utilización de estas técnicas en circunstancias de diversa índole.

El tema del consentimiento es muy simple pues el médico o la institución manifiestan su voluntad para la realización de las técnicas de procreación asistida por medio del consentimiento requerido para la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales, integrado entre paciente y médico. A través del contrato, el galeno queda autorizado para realizar todas las actividades necesarias para lograr la fecundación de una mujer, que será la madre sustituta siempre que se manejen en el marco de licitud que se permite a la actividad terapéutica. En cambio, la responsabilidad se torna más compleja porque abarca varios momentos que comprenden desde el secreto profesional hasta la responsabilidad profesional.

La responsabilidad del personal médico también abarca la pericia en la práctica profesional en el ámbito civil, responsabilidad contractual; y en el ámbito penal, si se llegare a incurrir en alguno de los ilícitos prescritos por las normas. El equipo médico tiene que realizar sus intervenciones con la diligencia necesaria para evitar que surjan patologías que puedan minar la salud del *nasciturus*. En los debates sobre este tema

en particular se enfocan en dos puntos: la especificación que el daño injusto que el *nasciturus* puede resentir por la inexacta realización de la concepción; y el nexo de causalidad entre acción del personal médico y la consecuencia dañosa, en principio, al fruto de la concepción misma, en este orden de ideas es como se debiese de tomar en cuenta al momento de incorporarlo al ordenamiento jurídico guatemalteco.

Así concretamente estos son los derechos y obligaciones que debiesen de recaer en los facultativos: el único derecho que tienen es el de cobrar sus gastos y honorarios, siempre que no sea una subrogación ilícita, pudiendo ser onerosa pero estrictamente calificada y no convertirse en un mero negocio. Obligados a evaluar y revelar la condición de salud física y mental de las partes en un arreglo de subrogación. Obligación de velar por la salud de la madre y supervisar que la madre subrogada respete la salud del nuevo ser cuidando de su cuerpo, su alimentación, sus horas de descanso y ejercitación.

4.8.5 Del niño producto de la subrogación

Dejamos de último los derechos del menor, precisamente a propósito a sabiendas que queda muy claro que desde su concepción quedará protegido como todo ser humano que vendrá al mundo respecto de lo que le resulte para sus derechos, no es importante hacer un deslinde de que derechos tiene, ya que serán exactamente los mismos con los que cuenta toda criatura. Ahora bien el único punto que despierta interrogantes acerca de los derechos de este menor es por cuenta de quién ha de ser alimentado,

estando dentro del vientre de la madre subrogada, a decir verdad, la alimentación se la tendrá que proveer directamente quien lo lleve en su vientre cubriendo estos gastos los padres solicitantes de la subrogación. De allí, no podría hacerse otra diferenciación ya que él, es producto de un método de reproducción asistida, pero no por ello deja de ser un ser humano normal que viene al mundo en diferentes condiciones pero exactamente con los mismos derechos de todo menor.

4.9 Propuesta concreta de incorporación de la maternidad subrogada al ordenamiento jurídico guatemalteco

El tema que se propuso desarrollar a lo largo de esta tesis ha llegado a adquirir tal madurez que se puede afirmar que se está en la capacidad de poder en este momento proponer de forma muy puntual y a decir verdad exacta del como el Estado de Guatemala a través del honorable congreso de la república pudierá llegar a regular esta institución de tanta importancia hoy día. Este esfuerzo se intenta solamente una vez agotado cada uno de los temas que merece desarrollar esta institución que si bien es novedosa ya se cuenta un una variada y rica doctrina así como posturas muy concretas al respecto.

Como se ha afirmado en cada capítulo de esta tesis, el autor está a favor de la incorporación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico de Guatemala, en virtud de cada uno de los fundamentos ya bien explicados y sobre todo bajo la fáctica y tangible realidad de que actualmente se lleva a cabo en la sociedad

guatemalteca pero lamentablemente de forma negativa y totalmente desapegada a la ley, pero puede entenderse ya que se carece en su totalidad de una regulación en la que se pueda basar o fundamentar, por lo que, es deber del Estado de Guatemala a través del poder legislativo atender a las necesidades que se gestan en el seno de la sociedad, percatarse de que en muchos países no se ha ignorado y mejor aun hasta ya se ha regulado, en unos para mal, prohibiéndola pero al menos se mostro una postura al respecto, en otros para bien a consideración, permitiéndola y en hora buena creando una ley especifica que regule todo lo relativo a la materia, es pues menester que el estado asuma la postura que le corresponde de tutelar y limitar el libre albedrio que ostenta todo ciudadano dándole las pautas y fijándole los limites dentro de los cuales puede actuar, restringiendo el principio constitucional de que todo lo que no está prohibido por ende está permitido y si bien se está a favor de su permisión no por ello se está de acuerdo en que se convierta esto en una mala práctica que lleve a desembocar en consecuencias negativas que hagan resultar lamentable la realización de procedimientos como la sustitución, por lo que sólidamente se propugna por una inclusión pronta dentro del sistema jurídico adecuándose a las leyes civiles y de familia, que posibiliten su materialización en un ambiente legal y sobre todo que genere el bien común y no el malestar de la población, peor aún su rechazo por no estar regulado.

Posición legal a adoptarse

Primeramente una actitud de atención a lo que sucede en Guatemala, tal cual, ya se practican hace algunos años procedimientos de esta naturaleza de forma clandestina y

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

Concretamente se motiva a que la comisión encargada dentro del congreso de la república antes de presentar el proyecto de ley al pleno, programe ciertas reuniones con diferentes bloques de la sociedad a manera de escuchar a cada uno de ellos y armonizar la necesidad de su regulación y al mismo tiempo tomar en cuenta cada una de las sugerencias que se susciten, a manera de que el proyecto de ley sea incluyente y de forma integral se llegue a contar con un plexo de normas jurídicas que en su conjunto y de forma integral sea la ley de la maternidad subrogada que regule esta institución en Guatemala. Dentro de la ley se aconseja regular tanto aspectos generales como especiales, tales como crear la figura contractual de la maternidad subrogada, los requisitos y elementos que deben de concurrir para considerársele lícita y exigible, las partes que intervienen en la maternidad subrogativa, las calidades que estrictamente deben cumplir las personas que deseen participar en él, los derechos y obligaciones que emanan de ella, las modalidades en las cuales se puede llevar a cabo, este punto es muy importante ya que en muchos países se ha prohibido la forma onerosa, lo cual no parece del todo atinado ya que, decir que sea remunerada no

quiere decir que por esto se convierta en un negocio o se permita que se comercialice su realización, aceptar y permitir que al momento de darse puede acaecer gratuitamente por la persona que así lo desee o recibir cierta compensación en concepto de agradecimiento.

Otro de los aspectos a regularse es el deber del Estado de intervenir en su labor de garante y fiscalizador de estos procedimientos, limitando el uso abusivo o desviación de la verdadera finalidad de la subrogación, crear entidades por lo tanto que se encargaran de llevar a cabo este control verificativo, a manera de ejemplo podemos citar que tal como se origino el Consejo Nacional de Adopciones que es la entidad encargada de tramitar en la vía administrativa todas las adopciones y es obligatorio contar una vez fenecido el tramite con la homologación de un juez de familia, se haga exactamente igual, en materia de maternidad subrogada, crear un ente encargado de tramitar este tipo de procedimientos o de autorizar previo evaluaciones y dictámenes centros clínicos que estén autorizados para llevarlo a cabo, intervenir de forma directa en su realización y lo más importante decidir si procede o no realizar en una mujer la reproducción asistida que conlleva la subrogación y por ultimo como un filtro o final contralor la intervención de un juez de familia quien finalmente decida si homologa y aprueba todo el tramite llevado a cabo en la entidad administrativa encargada de subrogaciones, a manera de que se constate que sea cual fuere la forma de llevarlo a cabo, no es por negocio que se realiza y se garantiza la vida e integridad tanto de la mujer que prestara su vientre como del futuro ser humano que se pretende traer a esta vida.

Otro aspecto que no podría faltar en la ley de maternidad subrogada de Guatemala, es crear figuras delictivas ya que como se apuntó actualmente no se cuenta con ninguna regulación de la materia, por lo que sin necesidad de estar encuadrando acciones ilícitas dentro de los ya existentes tipos delictivos, se sugiere originar propios tipos que respondan a la naturaleza de la subrogación unos para prevenir actitudes ilícitas y otros para castigar drásticamente acciones antijurídicas que trasgredan toda la normativa creada para observarse en todo procedimiento, ya que se hace necesario para no solo disuadir cualquier conducta no deseada sino atar con candados legales a través de tipos delictivos a toda aquella persona que no observe la finalidad con la que se crea esta modalidad de reproducción asistida, fuese necesario penas de multa en unos casos, inhabilitación de la licencia para ejercer para los médicos que se presten a anomalías, así como pena de prisión para quienes cometan conductas notoriamente contrarias a la buena fe con la que se permitiría realizar esta figura.

Y por último las formas de dirimir conflictos, toda disputa resultante de una subrogación maternal deberá en primer término ser resuelta por las partes involucradas y de no llegar a ningún acuerdo (preferiblemente notarial), se sujetarán a la decisión que imponga el juez. El juez en este caso tendrá que ser competente el del ramo de familia, éste habrá de tomar muy en cuenta la intención y deseo inicial (causa inmediata y ulterior) del negocio en combinación con el aporte genético, la declaración de voluntad de las partes y otras circunstancias de riesgo. En todo caso el Estado velará por los intereses de niño producto de dicha práctica y protegerlo pese a cualquier conflicto pero en dicha ley deberá adelantarse en esbozar no la forma en

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

Aunque parezca un poco somera la explicación del como debiese de regularse e incluirse en el ordenamiento jurídico, se atiende mas a la motivación de que se lleve a cabo y fundamentar la necesidad de hacerlo legalmente, será tarea del legislativo elaborar de forma muy profunda la exposición de motivos de la futura ley, en espera de que sea así e incluir en ella cada uno de los aspectos que deben de regularse, por su parte se ha realizado la fundamentación legal que se considera necesaria, para convencer al lector de las bondades legales que esto conlleva, tratando las sociales, psicológicas, económicas y religiosas en el siguiente capítulo.

4.10 Definición de maternidad subrogada acorde al ordenamiento jurídico de Guatemala

Se puede entonces a la altura de este capítulo, conceptualizar y proponer una definición de maternidad subrogada haciendo de cuenta su incorporación y acorde al

ordenamiento legal guatemalteco, a decir se puede definir como:

El contrato atípico de naturaleza civil en virtud del cual, una mujer civilmente capaz con aptitud reproductiva acepta ser fecundada in vitro en su útero, material biológico donado por una pareja heterosexual que padece de problemas de fertilidad para procrear a un ser humano, para que aquella lleve su embarazo hasta su consecución y al momento de dar a luz, entregue al recién nacido a la pareja solicitante, perfeccionando este negocio jurídico ante notario en escritura pública por ser formal y teniendo como característica principal, ser consensual, ya que importa la voluntad expresada libremente por las partes, es gratuito en virtud de no cobrar la madre subrogada precio alguno por dar a luz y oneroso por cuanto la pareja debe cubrir todos los gastos existentes, naciendo de todo lo anterior un plexo de derechos y obligaciones que los elementos subjetivos deberán cumplir de buena fe.

CAPÍTULO V

5 Efectos y consecuencias resultantes de la incorporación de la maternidad subrogada en Guatemala

5.1 Efectos

Como es de conocimiento de todo sabedor de derecho toda institución jurídica que se reconozca como tal y por ende se creen formas y medios para materializarla y posibilitar a los individuos hacer uso de ella, sin duda alguna generará inmediatos y futuros efectos en la esfera de lo legal, es por ello que se considera oportuno hacer una breve exposición de los principales efectos, para tener una idea que tanto esta institución llega a transformar el mundo jurídico.

5.1.1 Registrales

Debe definirse si es conveniente que en el registro civil del Registro Nacional de las Personas, aparezcan datos sobre la madre subrogada o bien, de donadores de gametos. Aunque se está de acuerdo en que se debe respetar cierto grado de secretividad en cuanto a los elementos subjetivos de la subrogación maternal y respetarse la libre disposición o acto de liberalidad y despojo que todo donador hace, por razones médico hereditarias y por considerar que todo ser humano tiene el derecho a conocer su origen, debe existir algún registro de carácter especial ya sea médico, notarial o estatal en el que se asienten estos acontecimientos. Al dirigirse al Registro

Nacional de las Personas y solicitar una certificación de nacimiento, afirmamos que nada tiene que hacer este tipo de información impresa en la misma, ya que resultaría para el titular suma incomodidad que aparecieran dichos datos, ahora bien si se considera vital el hecho de que hoy día gracias a los avances tecnológicos se cuente con una partida digital, incluir dentro de ella, toda información referente al estado civil de toda persona, mas aun a una que haya nacido por conducto de un método de esta naturaleza, esta información puede o no confesársele al menor que nazca producto de una subrogación, pero al llegar a una edad adulta tendría todo el derecho de saber cualquier tipo de información de que de él conste en libros o documentos estatales, hacer constar en la partida de nacimiento toda información que seguramente resultara muy elemental para dirimir conflictos de filiación, patria potestad, demandas futuras, medico que practico la fecundación y la inseminación, por citar algunos ejemplos. Ahora bien incluir los nombres de los donadores de gametos, se nos hace un extremo no digno de incluir ya que con eso se estaría desmotivando la finalidad de todo donador, que lo que desea es ayudar al prójimo pero lo primero que solicita la secretividad y hacer constar su nombre vendría a causar un desanimo en este sentido, por lo que lo consideramos innecesario.

5.1.2 De nacionalidad

Esto resulta ser un tanto específico y hasta muy extenso, en virtud de que se parte desde la premisa en que no toda subrogación se realizará de modo tradicional o normal, ya que si una pareja extranjera, si se llegase a permitir, solicita a una madre

subrogada guatemalteca conciba a un ser humano por ellos, se estaría ante la situación en la cual, se debe establecer en donde nacerá el menor y que nacionalidad debe adquirir, de la misma forma aunque se tratara de una pareja guatemalteca y que desee practicar la inyección del gameto en el útero de la mujer en el extranjero por confiar más en médicos internacionales, ¿qué nacionalidad se le otorgara al futuro menor, el del lugar en donde se realizó la concepción, en donde se firmo el contrato o donde se dará el alumbramiento? Estas y muchas más cuestionantes son las que surgen al pensar en cada uno de los efectos que esto conllevara, de momento se sugiere darla la nacionalidad del lugar en donde nazca la criatura.

5.1.3 Patria potestad

Debe definirse a quién conferir la patria potestad del niño subrogado. Tanto en el caso de la maternidad subrogada gestacional como en el de la maternidad subrogada tradicional. Aquí nuevamente se está convencido de que se requiere legislar en favor del parentesco genético en combinación con el deseo inicial pero en función del mejor interés del niño. En las legislaciones que muestran un avance significativo en esta materia le confieren la patria potestad a los padres que solicitaron se practicará este procedimiento, ya que es la principal finalidad que se tenga un hijo a través de esta modalidad y por ende ser entregado al momento de su alumbramiento, teniendo desde un principio tomar como su hijo al nacido y por ende que la ley les otorgue la patria potestad única y definitivamente a los padres comisionantes, ya que si la mujer respeta y cumple lo convenido en el contrato de nada le servirá reclamar la patria potestad

sobre el recién-nacido, diferente es que se arrepienta en el transcurso del embarazo y por consiguiente reclame el derecho a la potestad de educarlo, criarlo los demás derechos que engendra ser padre de un menor.

5.1.4 Filiación y parentesco

Debe determinarse el parentesco existente entre el niño subrogado para con los padres prospectivos y para con la madre subrogada. También debe determinarse para con los donadores de gametos²⁹. Se está de acuerdo con lo refiere este concepto en virtud que debe regular todo lo relativo al parentesco para que no exista ninguna duda acerca de cómo se establecerá el parentesco entre los sujetos principales que intervinieron, ahora se difiere en cuanto a establecer el parentesco con los donadores si estos no son los padres solicitantes, ya que como bien se apunto la principal modalidad de donación de material biológico es precisamente mantenerse en el anonimato y sobre todo la no ligación de su donación con el posterior uso que le den a ese material, por lo que no es necesario legislar al respecto, sino solamente en respuesta a los padres requirentes y a la madre subrogada, hacerse constar en la partida de nacimiento como se fundamento a manera de evitar posteriores vacios que no permitan con exactitud saber qué grado de parentesco existe y hacia quienes.

5.1.5 De sucesión hereditaria

Este es uno de los temas que más despierta problemática ya que se hace la pregunta

²⁹ Zachrisson Castillo, **Ob. Cit.** pág. 103.

¿el menor producto de la maternidad subrogada, hereda solo de los padres prospectivos o también de la madre subrogada?, existen un sinnúmero de posturas al respecto hay quienes establecen que solo deben heredar de los padres que solicitaron la subrogación, otros en cambio afirman que por existir parentesco consanguíneo también herede legalmente de la madre subrogada, ya que aunque no se desee que se sepa que ella fue quien lo dio a luz, es innegable para el derecho el hecho mismo que guarda con aquella un parentesco directo que difícilmente se podría contradecir, por otro lado existen autores en la doctrina que asemejan esta institución a la adopción, para hacer notar que el niño subrogado, de manera similar al niño adoptado, tenga herencia recíproca con los padres prospectivos, y herencia unilateral, de madre subrogada y donadores de gametos cuando éstos así los dispongan expresamente. Nos parecería bien desechar esta última opción, para solamente abrazar la postura de que exista la posibilidad de herencia tanto con los padres comisionistas como con la madre subrogada por privilegiar el parentesco irrefutable que guarda con ésta.

5.2 Consecuencias

Sin lugar a duda como advertimos en el apartado anterior todo fenómeno que tienda a romper con los esquemas tradicionales de maternidad y peor aún que impulse la reproducción asistida de una forma no común, inmersos procedimientos como que una mujer tenga a un hijo por encargo de otros y al momento del alumbramiento se los entregue, en virtud de que todos estos a través de un contrato lo convinieron y que a pesar de llevarse a cabo por fines estrictamente humanitarios y con miras a fortalecer

la familia que no se puede tener por ningún otro motivo, hace que la sociedad no lo pueda digerir de forma tan fácil gestando por un lado posiciones a favor, otras en contra y peor aun unas que ni siquiera llegar a comprender la dinámica de este procedimiento por tener implícitas practicas que no son de conocimiento de todo ciudadano, sino del que se interesa y se informa al respecto, por lo que crudamente preguntarle a una persona ¿está de acuerdo con que una mujer tenga un hijo por encargo de un pareja para después entregárselo?, seguramente la mayoría de respuestas versaran sobre el no rotundo, ya que lo primero que viene a la mente es, los sentimientos de la madre que debe entregar a su hijo y peor aún se concibe al niño como una mercancía, esto sí y solo si se carece de la información que es necesaria para llegar a comprender que esta institución realizada a tenor de la plena observancia de las leyes y de forma organizada, segura y con fines humanitarios, hace que se acepte esta figura y no se le vea como una afrenta o grave violación a los principios éticos y postulados de la familia tradicional.

Es pues menester no solamente opinar en base a la poca información que se tiene sino a la necesaria para entender que la maternidad subrogativa tiene consigo muchas bondades, más que implicaciones negativas. Se tomara en cuenta los ámbitos en los que se considera que causará más impacto por jugar un papel trascendental en la sociedad y en la vida de los seres humanos, dependerá de la óptica con la cual cada quien lo quiera ver haciendo prevalecer intereses económicos, religiosos, morales o psicológicos.

5.2.1 Religiosas

Como no parecerá extraño la religión siempre se ha visto inmiscuida en cuestiones políticas y jurídicas, no es de extrañar ya que como grupo de presión que ejerce, siempre se pronuncia respecto de cada tema que colisione con sus intereses, en la mayoría de ocasiones al menos en Guatemala es la iglesia católica la que mayor injerencia muestra respecto de temas jurídico sociales, por lo que sería muy extenso exponer el punto de vista de cada una de las religiones existentes, cuando lo que se pretende es someramente establecer qué tipo de impacto provoca la maternidad subrogada en las religiones. Se simplifica la comprensión de este apartado en virtud de que al menos las religiones principales prevaletentes en cada país y especialmente en Guatemala, se oponen rotundamente en principio a la planificación familiar, a los métodos anticonceptivos, a las charlas informativas de sexualidad a los estudiantes, peor aún a métodos de reproducción asistida como la maternidad subrogada que lo consideran una degradación del ser humano, con vileza y contraria a las leyes eternas de Jesucristo.

Se utilizará a México como ejemplo del como la iglesia ha reaccionado, primero por ser un país vecino, segundo por tener una influencia casi total del catolicismo arraigado que lo caracteriza, al igual Guatemala y tercero y el más importante que desde el primer día del año dos mil once, en México ya se encuentra vigente la ley de maternidad subrogada por lo que resulta una ejemplificación de las opiniones tan drásticas emitidas al respecto. En su momento la iglesia católica condenó la pretensión

del partido de la revolución democrático, en la asamblea legislativa del distrito federal de impulsar una ley de maternidad subrogada, aduciendo que las personas no son cosas que pueden ser usadas como tales. “Si caminamos hacia ese sentido, pues entonces luego no nos extrañe el desprecio a la dignidad de las personas y llegar a situaciones todavía peores”, señaló el padre Hugo Valdemar, vocero de la Arquidiócesis de México. El jerarca religioso dejó claro que la Iglesia siempre se ha opuesto a este tipo de manipulaciones porque de por medio está la vida humana y para suplantar un vientre, se tiene que hacer toda una serie de esos óvulos fecundados, "lo cual nos parece un tanto grave porque nosotros y la Iglesia asimismo tiene más claro que la vida empieza desde la fecundación". El padre Hugo Valdemar consideró que el "jugar con este tipo de experimentos simplemente no es una práctica tan ética y es obvio que con esta ley, seguramente tendrá intereses económicos con los hospitales, porque no es una cosa que sea imprescindible, que sea necesaria, que sea una preocupación social, habiendo tantas cosas tan importantes que hacer en vez de andar haciendo ese tipo de leyes inmorales que afectan a la concepción misma de la persona, a su denigración, a su cosificación".

Así existen innumerables opiniones de sacerdotes católicos, pastores de iglesias evangélicas y líderes de otras religiones que tienen en común la negativa rotunda de acceder y permitir a este tipo de métodos que contrarían el respeto a las sagradas escrituras y por lo tanto aducen se debe prohibir este tipo de práctica en virtud de ser abiertamente inmoral y contraria a la religión. Se deja en claro que se respeta cada una de las posturas de toda religión, sin embargo no se está de acuerdo en lo más mínimo

ya que en principio como todo sabedor del derecho y sobre todo a la luz de la objetividad que siempre debe prevalecer de la mano de no olvidar que el derecho ha sido creado para regular conductas exógenas del ser humano y no subjetivas, dejando la libertad de que cada uno haga lo que mejor le llegue a parecer acorde a sus interés, por lo que es necesario desligar rotundamente los principios religiosos del deber del estado de regular y permitir este tipo de conductas, queda en cada feligrés la plena decisión si opta por este método o se niega, esto por respetar la religión que profesa.

5.2.2 Psicológicas

El ser humano es un ser complejo lleno de múltiples fenómenos unos inclusive difíciles de explicar, tanto que tienen a la ciencia y la tecnología trabajando para poder entender mucho de los comportamientos en individuos que padecen o participan de ciertas adversidades o dificultades, por ocasión de la maternidad subrogada es insoslayable el hecho de que el ser humano se desligue de pensamientos psicológicos ya que de allí partió la idea de una pareja por no tener capacidad reproductiva, buscasen un centro clínico que les ayudará a realizar un método de reproducción asistida que les permitiera lograr su tan anhelado sueño de convertirse en padres de familia. La mente es tan amplia, tan compleja y sobre todo muchas veces cambiante que llevar a cabo un procedimiento de esta índole no podría hacerse sin la intervención de un psicólogo o psiquiatra ya que serian ellos los que determinaran la salud mental de los posibles participantes para admitir o rechazar que lo hagan, toda vez que se acepta que es un procedimiento muy difícil de asimilar y más aun para la madre sustituta que tendrá que

entregar a su hijo al darlo a luz.

Cuando se habla de consecuencias psicológicas mas se debe pensar en la madre sustituta y en el hijo nacido de dicho producto, esto porque como en muchos casos la madre subrogada durante el embarazo adquiere lazos afectivos con la criatura, muchas veces arrepintiéndose de entregarlo y decidiendo incumplir el contrato o convenio pactado, por lo que es en ella en quien radica las mayores secuelas de la subrogación maternal, se acepta la dificultad que esto conlleva por lo que como anotamos anteriormente es vital que profesionales de la psicología intervengan bajo tratamiento antes, durante y después de realizar este procedimiento a manera de establecer la estabilidad emocional de la madre sustituta y mejor aun, hacerse una evaluación a fondo, preguntándole cuales son los motivos por los cuales ella esta accediendo a ser fecundada y llevar en su vientre a un hijo que lo deberá entregar al momento del parto, para establecer que la motiva, que la convence y determinar si esta apta o no para llevarlo a cabo y de esa manera protegerla y evitar consecuencias negativas que puedan convertirse en sentimientos de culpa, depresión o peor aun de llegarlo a hacer solo por interés económicos.

Y para con el menor nacido producto de la subrogación es muy importante tomar en cuenta, su nacimiento en un ambiente de paz y carente de todo conflicto, así también cuando llegue su momento decidir si se le confiesa cual fue el método que se uso para que el naciera, ya que habrán muchas interrogantes si el parecido con sus padres no

llega a ser según sus expectativa o nulo dependiendo del tipo de donación de gametos que se utilizó.

5.2.3 Sociales y culturales

Sin temor a equivocarse se puede afirmar que de todos los ámbitos. este será el que mayormente se verá afectado, ya que aunque se haya fundamentado que la maternidad subrogada es una figura que cada vez cobra mayor auge en toda sociedad, aun no se ha convertido en un hecho tan real y palpable que la población ya tenga conocimiento de ello, debido a que solamente lo conocen las personas que se encuentran inmiscuidas dentro del medio de la medicina reproductiva o clínicas de reproducción asistida, así como familiares muy cercanos a la pareja que desea optarlo, ya que por lo regular siempre se maneja con suma secretividad por la frustración que le genera a los solicitantes no poder concebir un hijo por los medios normales y pena o vergüenza a la mujer que se preste a la subrogación.

Por lo que de ello se afirma que aun no existe ni siquiera la cultura de la reproducción asistida en métodos normales, menos el conocimiento de la maternidad subrogada para llegar a ser una cultura de método de traer a un ser vivo al mundo. Muchas personas que tienen al menos el conocimiento básico lo rechazan otros peor aun ni lo conocen, pero de lo que se está seguro es que al momento de presentarse una iniciativa de ley en la materia como se propuso debe de tomarse en cuenta a todos los sectores de la sociedad para que no solo conozcan esta institución sino sepan que es

con fines humanitarios, la entiendan, confíen en la subrogación como una opción de materialización del sueño de toda pareja que se encuentra imposibilitada de tener hijos y como todo fenómeno e institución del derecho adquiera aplicación reiterada, se convierta en una cultura de aceptación y finalmente se opte por ella.

CONCLUSIONES

1. El desarrollo de la vida humana ha traído bondades y, a la vez, problemas; la incapacidad reproductiva responde a que el hombre no es capaz de aportar esperma fértil a su pareja y la mujer no posee un óvulo susceptible de ser fecundado o un útero apto para gestar el embrión hasta su fin; existen recientes estadísticas por la Organización Mundial de la Salud, que determina que, aproximadamente cien millones de personas padecen de problemas de fertilidad a nivel mundial.
2. La maternidad subrogada tradicional, nació en respuesta a los problemas de infertilidad, por no ser suficiente hoy día y no solucionar la creciente problemática; surge la subrogación gestacional, perfeccionándose a tal grado, que en muchos países del mundo, ya es concebida como una institución del derecho y, por ende, totalmente viable, permitida y bondadosa por sus efectos; desafío que debe superarse también en el ordenamiento jurídico guatemalteco.
3. Actualmente, en Guatemala se ha venido practicando desde hace varios años, procedimientos de sustitución maternal, desapegados y al margen de la ley; siendo una práctica clandestina que representa para los elementos subjetivos que intervienen, un ámbito de inseguridad, hallándose el derecho a la vida, salud y la familia, en grave peligro, haciendo posible su comercialización y destinándosele a fines ilícitos y deplorables.
4. Hoy día, se afronta el problema que el ordenamiento jurídico de Guatemala carece en su totalidad de regulación respecto de la maternidad subrogada, representando esto la posibilidad de que por no estar legalmente prohibido; bien puede practicarse

al libre arbitrio de cada persona interesada; creándose un ambiente de libertad, ilegalidad, peligro inminente y desprotección para las personas a participar.

5. Al discutirse la viabilidad y la positividad de regularse la maternidad subrogada en Guatemala, inmediatamente surgirá la cuestionante que se convierte en un obstáculo de como regularse y ¿qué forma o figura legal es la que se deberá utilizar para su inserción al ordenamiento legal?, interrogante a ser despejada previamente a la creación de la ley específica en la materia, para prevenir cualquier inconstitucionalidad o efectos negativos.

RECOMENDACIONES

1. El Gobierno de Guatemala debe atender la tan evidente y ascendiente problemática que afrontan las parejas, para poder traer al mundo un nuevo ser humano como su descendencia; se hace necesario que dirija sus esfuerzos a este fenómeno social, tratándolo como un tema de Estado, incluyéndosele y dándole prioridad en la agenda de los tópicos de salud; proponiendo para ello, diferentes mecanismos y programas que no sólo lo traten, sino lo erradiquen y lo solucionen de forma real.
2. Los legisladores deben entender que los métodos tradicionales de reproducción asistida, nacieron para lograr la concepción de un ser humano; pese a ello, ya no son suficientes, por lo que debe lograrse apertura mental de parte de la sociedad para aceptar que la maternidad subrogada gestacional, es otro método de reproducción asistida y, por ende, tal flexibilidad perceptiva debe dirigirse a concebirla como una institución del derecho en Guatemala y posibilitar su realización legalmente.
3. El Estado de Guatemala, a través de sus instituciones y dependencias encargadas, debe asumir la obligación constitucional de garantizar el derecho a la vida, seguridad de las personas y de protección a la familia, interviniendo de forma inmediata para prevenir resultados negativos y sancionar su ilicitud; toda vez que actualmente en el país, se practican procedimientos de maternidad subrogada de forma clandestina, no existiendo ninguna ley que regule dicho procedimiento.
4. El Congreso de la República de Guatemala debe asumir y cumplir su mandato constitucional, a través de la creación de una ley de maternidad subrogada que

posibilite su realización legal, segura y confiable; así como de prevenir su comercialización y destinos mercantiles, sancionando todo acto que sea contrario a los fines altruistas y humanitarios que la inspiran, a tal punto que se hace urgente que el Congreso regule, de forma inmediata, la subrogación maternal.

5. Los legisladores deben entender que la maternidad subrogada es una institución del derecho; por lo tanto, en Guatemala puede ser un negocio jurídico entre las partes intervinientes, a través de un contrato atípico civil, formalizado en escritura pública por un notario, concurriendo para su validez los elementos que establece la ley; adicionándose, la gratuidad por la concepción del ser humano y gestación en el vientre y, onerosidad por la cobertura de gastos médicos, seguro, alimentación, coercible; tal convenio ante los órganos jurisdiccionales, por ser un acto válido y lícito; en tal sentido se debe legislar.

BIBLIOGRAFÍA

- BELTRANENA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Guatemala: Ed. Académica Centroamericana, S.A., (s.e.).1982.
- BERNAL, Martin, **Temas sobre contratos civiles**. 1ª. ed., Ed. Dykinson, S.L, (s.l.i).1996.
- BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**, volumen 1, Parte A, Ed. Pedagógica Iberoamericana, S.A., México, Distrito Federal, (s.e.).1997.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, Ed. Estudiantil Fenix, Cooperativa de Ciencia Política. R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, (s.e.).1996.
- BRENA SESMA, Ingrid. **El derecho y la salud, temas a reflexionar**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, Universidad Nacional Autónoma de México. México, (s.e.). 2004.
- CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, (s.e.).1976.
- CASADO, María, **Nuevos materiales de bioética y derecho**, Doctrina Jurídica Contemporánea Vol. 25, Fontamara, México. (s.e.). 2007.
- CHACÓN, M. y Carmen María Gutiérrez. **Introducción al derecho**. Ed. Superiores, Guatemala, (s.e.).1987.
- DELGADO CALVA, Ana Soledad. **La maternidad subrogada: un derecho a la reproducción humana a la luz del derecho mexicano**. Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, (s.e.). 2004.
- ESPÍN, Diego. **Manual de derecho civil español**. 5a. ed. Vol 1. Ed. Revista de Derecho Privado. España, 1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3a. ed. Ed. Civitas, S.A., Madrid, España, 1985.

GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal. **Inseminación artificial y fecundación In vitro humanas, un nuevo modelo de filiación**, Universidad Veracruzana, Xalapa. Veracruz, México,. (s.e.) (s. E.). 2001

HURTADO OLIVER, Xavier. **El derecho a la vida ¿Y a la muerte?**, 2ª. ed. Ed. Porrúa, México, 2000.

LEMA AÑON, Carlos. **Reproducción, poder y derecho. ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida**, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid, España, (s.e.). 1999.

LÓPEZ FAUGIER, Irene. **La prueba científica de la filiación**, Ed. Porrúa, México,. (s.e.). 2005

MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela. **Bioderecho**, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Mar del Plata y Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina, (s.e.). 1998.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, (s.e.). 1987.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español**, Tomo II. 3ª. ed. revisada, Madrid, Ed. Pirámide, S. A. Madrid, España, 1976.

RECASÉNS, Luis. **Introducción al estudio del derecho**. 6a. ed. México: Ed. Porrúa, S.A., España, 1981.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Ingeniería genética, reproducción asistida y criminología** Criminalia 60 Aniversario, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Ed. Porrúa, México, (s.e.). 1994.

STUHMCKE, Anita. **For love or money: The legal regulation of surrogate motherhood.** Murdoch University Electronic Journal of Law vol 2. No. 3 (Dec. 1995): Disponible URL: <http://www.lib.murdoch.edu.au:8088/ecolln/type/jnls/murdoch/elaw/elaw.html>

The American Surrogacy, Inc. **Legal overview of surrogacy laws by state** (1997): n.pag. Online Internet.. Disponible URL: <http://www.surrogacy.com/legals/map.html>

UMAÑA, Ricardo. **El derecho de familia y la inseminación artificial en el género humano, necesidad de legislación y sugerencias.** Monografías. Universidad Rafael Landívar. Guatemala: Talleres Gráficos de EDI-ART, (s.e.). 1986.

VITERI ECHEVERRÍA, Ernesto. **Los contratos en el derecho civil guatemalteco.** Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Rafael Landívar, Guatemala.. (s.e.). (s.E.). 2005

WALTON, Timothy. **Splitting the baby** The UC Davis journal of juvenile law & policy (Fall 1996): n. pag. Online. Internet.. Disponible <http://www.netatty.com>

Legislación

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto ley 107, 1964.

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

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

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

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