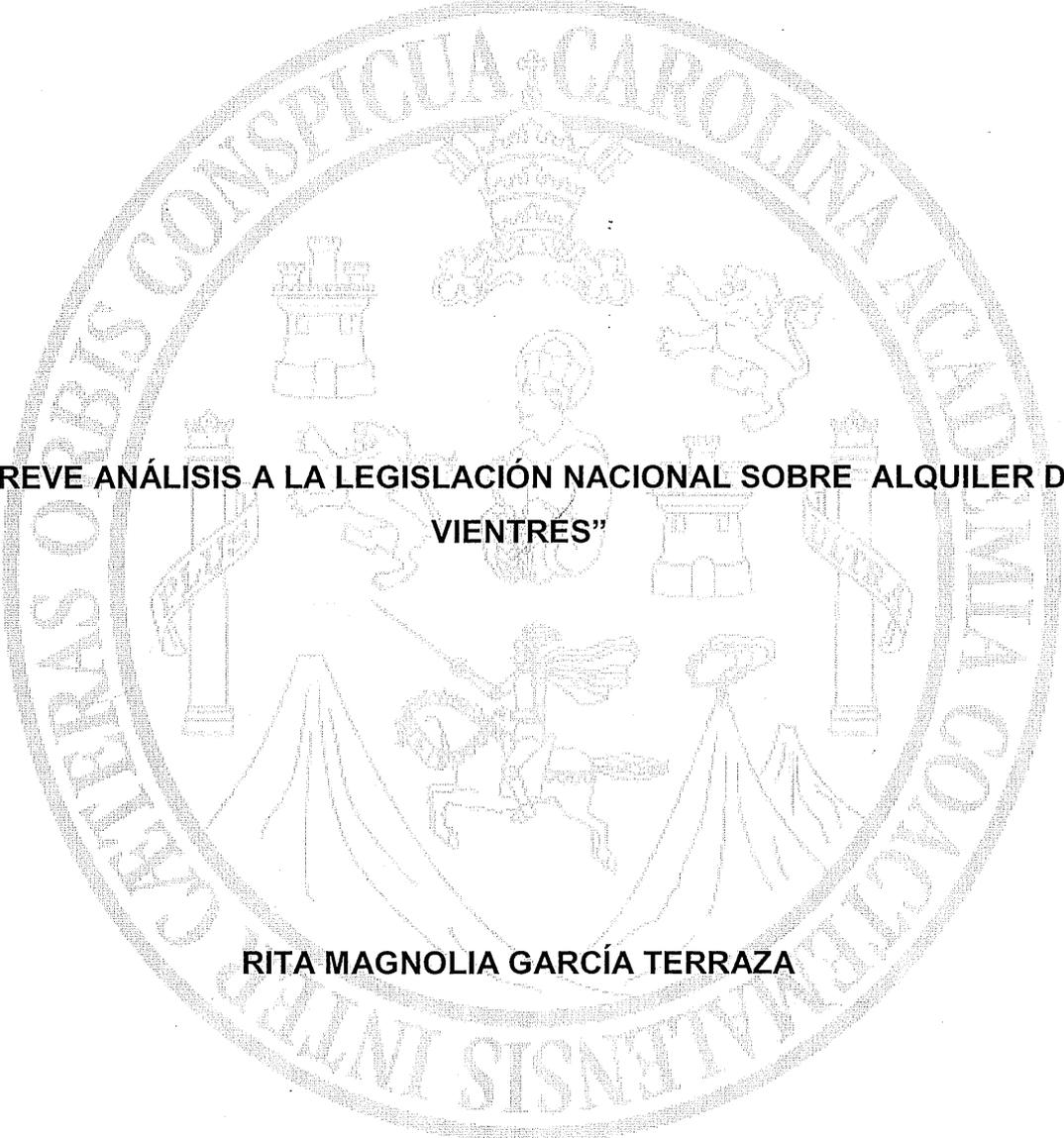


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**“BREVE ANÁLISIS A LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE ALQUILER DE  
VIENTRES”**

**RITA MAGNOLIA GARCÍA TERRAZA**

**GUATEMALA, JUNIO DE 2012**

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

**“BREVE ANÁLISIS A LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE ALQUILER DE  
VIENTRES”**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**RITA MAGNOLIA GARCÍA TERRAZA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, junio de 2012

**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. Avidán Ortiz Orellana  
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi  
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz  
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez  
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez  
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. José Luis De León Melgar  
Vocal: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo  
Secretaria: Licda. Waleska Romelía García

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. José Alejandro Córdova Herrera  
Vocal: Lic. Héctor David España Pinetta  
Secretario: Lic. Gamaliel Sentés Luna

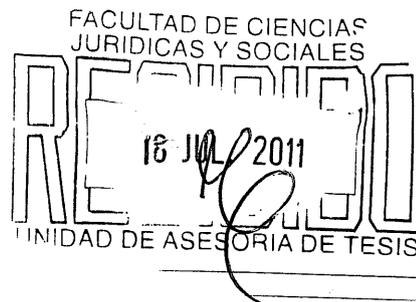
**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General y Público.

Licenciada  
Mónica Elizabeth Ixcot Rodríguez  
Abogada y Notaria



Guatemala, 18 de julio de 2011.

Licenciado: Carlos Manuel Castro Monroy.  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.  
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Estimado Licenciado:

En atención a la providencia emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis, de fecha uno de marzo de dos mil once, se me nombra como asesor de tesis de la Bachiller **RITA MAGNOLIA GARCIA TERRAZA**, quien se identifica con el carné estudiantil **9610464**, para en su momento emitir el dictamen correspondiente, por lo que habiendo asesorado el trabajo encomendado y de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito emitir el siguiente;

#### DICTAMEN:

- a. Que el trabajo de tesis se intitula **“ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL APLICABLE A LOS VIENTRES DE ALQUILER EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA EN LOS AÑOS 2000 AL 2010”**
- b. Inmediatamente que recibí el nombramiento y se estableció comunicación con la Bachiller **RITA MAGNOLIA GARCIA TERRAZA**, procedí a efectuar la revisión de los planes de investigación y de tesis, los cuales se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con la ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo.
- c. Que durante la realización del trabajo de tesis realice la revisión de la investigación y sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, la Bachiller **RITA MAGNOLIA GARCIA TERRAZA**, con empeño y atención cuidadosa desarrollo cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis de manera acuciosa, el trabajo tiene un amplio contenido científico, utilizando la ponente un lenguaje técnico acorde al tema desarrollado; la ponente hizo uso con amplitud del método científico, abarcando las etapas del mismo, ya que al plantear el problema lo enfoca a la realidad jurídica, en este caso principalmente sobre la situación de la ausencia de seguridad jurídica sobre la practica de los vientres de alquiler en Guatemala, por no existir normativa legal aplicable a los casos concretos, y es lo que se propone en el presente trabajo de tesis, y para ello profundiza la ponente de una manera exhaustiva su investigación así mismo comprueba la hipótesis planteada, utilizando

Dirección 11 avenida 6-62 zona 7 Colonia Quinta Samayoa  
Tel. 42198760



Licenciada  
Mónica Elizabeth Ixcot Rodríguez  
Abogada y Notaria

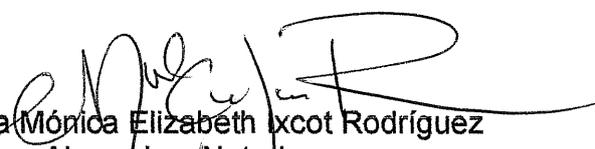
en su investigación los métodos inductivo y deductivo, el método analítico sistematizando de una buena manera lo analizado. También ilustra en excelente forma todo lo referente al parentesco, la filiación y la paternidad. El sustentante utilizó la técnica de investigación bibliográfica, comprobando que se hizo acopio de bibliografía actualizada.

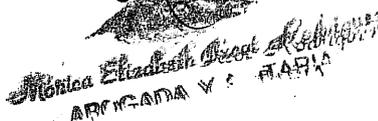
- d. El presente trabajo de tesis es un esfuerzo meritorio, y será una excelente fuente de consulta para el futuro, sobre todo para los profesionales del derecho, ya que este es un tema de actualidad lo que se refleja en las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo, las cuales son congruentes con el tema, por lo que se ha cumplido con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. En virtud de lo anterior me es grato;

#### DICTAMINAR

Que el contenido del trabajo de tesis de la Bachiller **RITA MAGNOLIA GARCÍA TERRAZA**, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplirse de conformidad con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo respetuosamente.

  
Licenciada Mónica Elizabeth Ixcot Rodríguez  
Abogada y Notaria  
Colegiado Activo 7692

  
Mónica Elizabeth Ixcot Rodríguez  
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

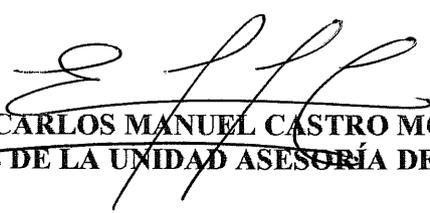
Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, seis de septiembre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **CESAR AUGUSTO CONDE RADA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **RITA MAGNOLIA GARCÍA TERRAZA**, Intitulado: "ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN LEGAL APLICABLE A LOS VIENTRES DE ALQUILER EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA EN LOS AÑOS 2000 AL 2010".

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 las 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 estime pertinentes".

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS**

cc. Unidad de Tesis  
CMCM/ jrvch.



Licenciado  
César Augusto Conde Rada  
Abogado y Notario



Guatemala, 18 de mayo de 2012.



M.A. Luis Efraín Guzmán Morales.  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

En atención a la providencia emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis con fecha seis de septiembre de dos mil once, se me nombró como revisor de tesis intitulado **“Análisis de la regulación legal aplicable a los vientres de alquiler en la república de Guatemala en los años 2000 al 2010”** de la Bachiller **RITA MAGNOLIA GARCIA TERRAZA**, quien se identifica con el carné estudiantil **9610464**, para en su momento emitir el dictamen correspondiente, por lo que luego de revisar el trabajo encomendado, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de esta Facultad, me permito emitir el siguiente;

#### DICTAMEN:

- a. Inmediatamente que recibí el nombramiento y se estableció comunicación con la alumna, procedí a efectuar la revisión de los planes de investigación y de tesis, los cuales se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con la ponente del tema se introdujeron cambios para alcanzar un mejor producto. Ese proceso se realizó durante varias sesiones en donde se intercambiaron conocimientos y se intercambiaron opiniones; algunas del suscrito no fueron aceptadas por la sustentante, salvo las de tipo gramáticas y de redacción que fueron atendidas con diligencia, sin embargo y en los aspectos de fondo en donde no hubo coincidencia se dejó en definitiva su opinión, sin que ello implique que el trabajo no cumple con los requisitos que para este tipo de documentos se exigen en nuestra Facultad.
- b. Que durante la realización del trabajo de tesis realicé la revisión de la investigación y comprobé que el trabajo tiene un sustento doctrinario y contenido científico, utilizando la bachiller García Terraza un lenguaje técnico acorde al tema desarrollado; ella recurrió al método científico, abarcando las etapas del mismo, ya que al plantear el problema lo enfoca a la realidad jurídica, en este caso principalmente sobre la situación de la ausencia de seguridad jurídica sobre la práctica de los vientres de alquiler en Guatemala, por no existir normativa legal aplicable a los casos concretos, y es lo que se propone en el presente trabajo de tesis, y para ello profundiza de una manera integral su investigación, así mismo comprueba la hipótesis planteada, utilizando en su investigación los métodos inductivo y deductivo, el método analítico sistematizando de una buena manera lo analizado. También ilustra en excelente forma todo lo referente al parentesco, la filiación y la paternidad. La bibliografía consultada fue adecuada.

Dirección: Vía 5, 3-65 zona 4 oficina 32 edificio el Ángel  
Tel. 23320786

*Licenciado*  
*César Augusto Conde Rada*  
*Abogado y Notario*



- c. El trabajo hace referencia a los "vientres de alquiler", que también se conoce como madre de alquiler o maternidad subrogada. Consiste esencialmente en que una mujer acepta, por acuerdo, quedar embarazada con el objetivo de engendrar y dar a luz un niño que va ser criado por otras personas como hijo propio, sea pareja o persona soltera. Este fenómeno, de tremenda actualidad por diversas razones, aparece expresamente prohibido en varios países y en otros es permitido, existiendo casos en donde la normativa incluye disposiciones de orden comercial. En nuestro medio la legislación no aporta suficientes elementos para regularlo, lo que contrasta con la abierta "oferta y demanda" que se ofrece de vientres a través de los medios de comunicación social, lo que puede comprobarse fácilmente al acceder a internet sobre ese asunto. Ello evidencia la actualidad del tema y obliga a su estudio, como lo hace ahora la alumna García Terraza.
- d. El presente trabajo de tesis, por lo señalado, es un esfuerzo meritorio y será una fuente de consulta para el futuro sobre un tema relevante, sobre todo para los profesionales del derecho, ya que desarrolla un tema de actualidad como lo reflejan las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo. En virtud de ello,

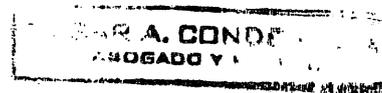
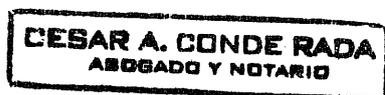
#### DICTAMINO

Que el contenido del trabajo de tesis de la Bachiller RITA MAGNOLIA GARCÍA TERRAZA se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplirse en esta Facultad para la elaboración de tesis, especialmente con los requisitos exigidos en el Artículo citado al inicio de este oficio, por lo que emito DICTAMEN FAVORABLE, pero con la sugerencia que se apruebe con el título de "**Breve análisis a la legislación nacional sobre alquiler de vientres.**", por estimarse que el original no responde cabalmente al contenido del trabajo. Luego de autorizarse su impresión, puede continuarse con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis.

Sin otro particular me suscribo respetuosamente.

"Id y enseñad a todos"

  
César Augusto Conde Rada  
Abogado y Notario  
Colegiado Activo 2585



Dirección: Vía 5, 3-65 zona 4 oficina 32 edificio el Ángel  
Tel. 23320786



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, cuatro de junio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante RITA MAGNOLIA GARCÍA TERRAZA intitulado BREVE ANÁLISIS A LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE ALQUILER DE VIENTRES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

CEHR/iyc





## DEDICATORIA

- A DIOS:** A quien debo la gloria, la honra y el honor, por iluminarme y guiarme en cada paso de mi vida. Gracias Jesús por todas tus bendiciones.
- A MI MADRE:** **Magna Terraza.** Por hacer de mí la mujer que hoy soy, porque han sido tus enseñanzas y cuidados lo que me ha traído hasta aquí. Te amo mami, no sería nada sin tí.
- A MI HIJO:** **Jorge David Martínez García.** Por ser el motor que me mueve cada día y mi inspiración para ser mejor persona, recuerda hijo eres el amor de mi vida.
- A MI HERMANA:** **Débora Mabel Herrera Terraza** Por ser mi primera y mejor amiga, cómplice y confidente, te quiero mucho.
- A MI ABUELITA:** **Magnolia Tello de Terraza.** (Q.E.P.D.), por darme el más grande y profundo amor que pude conocer en la vida. Te extraño.
- A MI TÍO:** **Aurelio Terraza.** Por ser mi papá y apoyarme siempre en todas las etapas de la vida, y ser un ejemplo de rectitud, honradez y amor. Te amo tío.
- A MI TÍA:** **Marta Julia de Terraza.** Por tu apoyo y cariño.
- A MIS PRIMOS:** **José Manuel y Harold Estuardo Terraza Barrascout.** Por su amor, el cual me han demostrado siempre, gracias por apoyarme en todo.
- A MIS SOBRINOS:** **José Alfonso, Diego Andrés y Javier Alejandro.** Por todo el amor y la alegría que le dan a mi vida. Siempre podrán contar conmigo.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** En especial a Alejandra Ardón, Ana Lucía Recinos, Astrid Cardona, Carmen García, César Robledo, Cindy Aguilar, Claudia Abril, Danilo Rodas, Desiré García, Diego Montenegro, Fernando Chacón, Gaby Santizo, Horacio Avendaño, Jorge Ixcot, José Ernesto Ramírez, Josué Pinto Búcaro, Julia Cristina Gutiérrez, Lopsany Godínez, Luis Emilio Carrillo, Luis Pineda, Marco Villatoro, Margarita Carbajal, Miguel Ángel Cuellar, Oswaldo Roca, Paty Bor, Roberto Taque, Susan Morales, Susy Ortiz, Velvet Guerra, Vilma Salazar, Yesi Chile. Por acompañarme en el camino



para alcanzar esta meta, y su valioso apoyo, son especiales para mí.

**A MIS CATEDRÁTICOS:**

En especial a Federico Huitz Ayala, Carlos Vásquez, Romeo Monterrosa, Omar Barrios, Rafael Godínez, Ovidio Parra, Ricardo Alvarado, Ingrid Rivera, Evelin Cano y mi más sincero cariño y agradecimiento a la licenciada **Ana María Artola**, por ser tan especial, un ejemplo a seguir y un orgullo de esta Facultad.

**AL LICENCIADO:**

**César Augusto Conde Rada**. Revisor del presente trabajo de tesis, Por su participación y asesoramiento diligente, gracias por su valiosa amistad y apoyo incondicional.

**A MI UNIVERSIDAD:**

**LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**, en especial a la **FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**, casa de estudios que me albergó para hacer de mí una profesional digna.



## ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. El parentesco.....	1
1.1. Concepto.....	1
1.2. Clases.....	2
1.2.1. Parentesco por consanguinidad.....	2
1.2.2. Parentesco por afinidad.....	3
1.2.3. Parentesco civil.....	4
1.2.4. Parentesco espiritual.....	5
1.3. Formas de computar el parentesco .....	5
1.3.1. Línea.....	6
1.3.2. Grado.....	6
1.3.3. Cómputo del parentesco por consanguinidad.....	7
1.3.4. Cómputo del parentesco por afinidad.....	7
1.4. Sistemas para computar el parentesco.....	8
1.5. Regulación legal del parentesco.....	9
1.6. Efectos del parentesco.....	13

### CAPÍTULO II

2. Filiación matrimonial.....	17
2.1. Concepto.....	17
2.2. Paternidad y maternidad.....	17
2.2.1. Definición.....	17
2.3. Caracteres de la filiación.....	18
2.4. Clases de filiación.....	18
2.4.1. Filiación legítima o matrimonial.....	19



	<b>Pág.</b>
2.4.2. Filiación cuasimatrimonial.....	20
2.4.3. Filiación extramatrimonial.....	21
2.5. Regulación de la filiación matrimonial en la legislación guatemalteca.....	21
2.6. Efectos jurídicos de la filiación matrimonial.....	23
2.7. Determinación de la filiación.....	26
2.7.1. Determinación legal.....	27
2.7.2. Determinación voluntaria o negocial.....	29
2.7.3. Determinación judicial.....	29
2.8. Acción de impugnación del estado de la filiación matrimonial.....	30
2.8.1. Casos en los que procede la acción de impugnación de la paternidad.....	32
2.9. Prueba admisible en la impugnación de la filiación matrimonial.....	33

### **CAPÍTULO III**

3. Vientres de alquiler o madres subrogadas.....	37
3.1. Reseña histórica.....	37
3.2. Madre de alquiler (definición).....	40
3.2.1. Tipos de madres de alquiler.....	41
3.2.1.1. Tradicional.....	41
3.2.1.2. Gestacional.....	41
3.3. Procedimiento del vientre de alquiler.....	41
3.4. Ventajas y desventajas.....	43
3.5. Legalidad e ilegalidad.....	44
3.6. Técnica de la fecundación in vitro.....	45

### **CAPÍTULO IV**

4. Reconocimiento del hijo que nace de un vientre de alquiler.....	49
4.1. Acciones judiciales.....	50



**Pág.**

4.1.1.	Acciones que otorgan al niño una filiación, llamadas de reclamación.....	51
4.1.2.	Acciones que quitan a un niño su filiación, llamadas de impugnación.....	51
4.2.	Métodos e investigaciones científicas para acreditar o desvirtuar la filiación .....	53
4.2.1.	Investigaciones antropomórficas.....	53
4.2.2.	Investigaciones fisiológicas.....	54
4.2.3.	Investigaciones hematológicas.....	54
4.2.3.1.	Investigaciones basadas en los antígenos en los eritrocitos de la sangre.....	54
4.2.3.2.	Investigaciones basadas en los antígenos en los leucocitos de la sangre.....	56
4.2.4.	Investigaciones genéticas.....	58
4.3.	Determinación e impugnación de la filiación en la inseminación artificial y fecundación in vitro.....	60
4.4.	Determinación de la filiación de la maternidad subrogada.....	63

## **CAPÍTULO V**

5.	Contrato de alquiler de vientre.....	69
5.1.	Concepto.....	69
5.2.	Partes que intervienen en el contrato de vientre de alquiler.....	70
5.3.	Naturaleza jurídica del contrato de vientre de alquiler o subrogación materna.....	72
5.4.	Figuras jurídicas de la relación consensual y denominación de las partes	74
5.5.	Licitud del contrato de alquiler de vientre.....	77
5.6.	Efectos jurídicos de alquiler de vientre.....	80
5.6.1.	Por la sola celebración del acuerdo.....	80



**Pág.**

5.6.2. Por efecto del parto o alumbramiento.....	81
5.7. La Necesidad de su Regulación.....	85
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97



## INTRODUCCIÓN

En este análisis se pretende determinar si en Guatemala existe la regulación legal adecuada para solucionar los conflictos que puedan resultar de la práctica de la maternidad subrogada, ya que es una situación que de manera poco ortodoxa es realizada en la República de Guatemala; principalmente es un fenómeno que se ha dado con mayor frecuencia en la última década.

Es necesario mencionar que la legislación no cuenta con la suficiente normativa jurídica para regular estos problemas por ejemplo; se presume que el hijo que nace de una mujer es de ésta; pero ahora con las nuevas técnicas genéticas no es así en el supuesto de la fecundación asistida (implante de óvulos fecundados); por lo que a la hora de hacer un estudio de Acido Desoxirribonucleico (ADN) la prueba saldría negativa, porque biológicamente el hijo es de otra personas y no de la madre que dio a luz; estos son algunos de los problemas que se plantean tratándose de dar respuesta legal a los mismos.

Lo que se pretende con este informe es demostrar la necesidad de que se regulen los contratos de alquiler, de modo que exista seguridad jurídica para las partes que intervienen en los mismos.

La presente tesis consta de cinco capítulos, en el primero se describe el parentesco como parte fundamental, su concepto, las clases, las formas y sistemas para computar el parentesco, regulación legal del mismo; el capítulo segundo, a la filiación matrimonial, concepto, caracteres y clases de la filiación; el capítulo tercero, se refiere a los vientres de alquiler o madres subrogadas y una breve reseña histórica de los tipos de madres de alquiler, procedimiento de los vientres de alquiler, ventajas y desventajas y la legalidad e ilegalidad de estas prácticas; en el capítulo cuarto, se detalla el



reconocimiento de los hijos que nacen de un vientre de alquiler, las acciones judiciales que devienen del nacimiento de una madre subrogada, los métodos e investigaciones científicas para acreditar o desvirtuar la filiación; y en el capítulo quinto, se establece la forma legal que se dará a la voluntad de las partes; es decir, el contrato de alquiler de vientre, y se detalla de mejor manera quienes intervienen en el mismo, su naturaleza jurídica, la licitud del mismo y por supuesto los efectos jurídicos del vientre de alquiler.

En la investigación se utilizó específicamente el método analítico deductivo, para analizar los hechos fundamentales y la regulación aplicable a los vientres de alquiler en el sistema jurídico guatemalteco, cada tema se trató a nivel particular para luego llegar a generalizar el problema, La técnica para recolectar el material de estudio fue la bibliográfica.



## CAPÍTULO I

### 1. El parentesco

#### 1.1. Concepto

El concepto del parentesco fue ampliándose paralelamente al desarrollo del derecho. Antiguamente, el nexo sanguíneo era determinante: por ejemplo, se definía el parentesco como: “La relación o conexión que hay entre personas unidas por los vínculos de la sangre; sin perjuicio de reconocerse tangencialmente otras clases del mismo (el civil y el espiritual).”<sup>1</sup>

Sánchez Román da una definición más amplia al asegurar que: “El parentesco es la relación, unión o conexión que existe entre varias personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión.”<sup>2</sup>

Según Rojina Villegas: “el parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Escrache*, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Pág. 1380

<sup>2</sup> Puig Peña, Federico. *Tratado de derecho civil*, tomo. I. vol. II, pág. 181

<sup>3</sup> *Ibid.* Pág. 187



## 1.2. Clases

De los conceptos expuestos se infieren las distintas clases de parentesco generalmente admitidas, de las cuales una sola de ellas no tiene mayor relevancia para el derecho. En el orden resultante de la importancia que de los preceptos legales se advierte en cuanto a esta materia, puede decirse que las distintas clases de parentesco son:

### 1.2.1. Parentesco por consanguinidad

“Generalmente definido como el que existe entre personas unidas por los vínculos de la sangre, o sea entre las personas que descienden una de otra, o que sin descender una de otra proceden de una misma raíz o tronco.”<sup>4</sup> Aclarándose que: “los que descienden uno de otro son los ascendientes o descendientes: los que descienden de una misma raíz son los hermanos, tíos, sobrinos, primos, etc., los cuales se llaman colaterales.”<sup>5</sup>

Para el autor Rojina Villegas: “El parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor común.”<sup>6</sup> Y aclara el concepto citando a Planiol: “La serie de parientes que descienden uno de otro, forma lo que se llama una línea. Es éste el parentesco directo; se representa por medio de una línea recta yendo de uno de los parientes al otro, cualquiera que sea el número de intermediarios. En cuanto al parentesco que une a dos personas que descienden de un autor común, se llama parentesco colateral; su

---

<sup>4</sup> Sánchez Román. **Ob. Cit.** Pág. 1386

<sup>5</sup> **Ibid.**

<sup>6</sup> Rojina Villegas, Rafael. **Derecho mexicano.** Tomo II. vol. I, Pág. 188



representación gráfica forma un ángulo; los dos parientes ocupan la extremidad inferior de los lados, y el autor común el vértice. Por tanto, los parientes colaterales no se hallan en la misma línea, forman parte de dos líneas diferentes, separadas a partir del autor común, el cual representa el punto de bifurcación; las dos líneas se prolongan a cada uno de los lados, explicando esto la expresión -colateral-; cada uno de los parientes está, con relación al otro, en una línea paralela a la suya, collateralis.”<sup>7</sup>

El parentesco por consanguinidad es determinante de numerosos efectos jurídicos, en especial aquellos relativos a la familia, sea en forma de preeminencia por razón del mismo (patria potestad, tutela legítima, etcétera), sea en lo referente a obligaciones legales (prestación de alimentos), o bien a manera de prohibiciones (impedimentos matrimoniales, celebración del contrato de compraventa entre marido y mujer); sin olvidar importantes efectos en el ámbito del derecho público.

### **1.2.2. Parentesco por afinidad**

Es un parentesco resultante del matrimonio, que la ley reconoce entre el varón y los parientes de la mujer, y entre ésta y los parientes del varón (concepto basado en los términos del Artículo 294 del Código Civil mexicano).

---

<sup>7</sup> Planiol, Macel y Ripert, Jorge. **Tratado práctico de derecho civil francés**. Pág. 189



Con cierta vaguedad e impropiedad terminológica, el autor Puig Peña dice que: “esta clase de parentesco se origina por la unión que existe entre un cónyuge y los parientes del otro.”<sup>8</sup>

Del parentesco por afinidad sólo surgen determinantes y restringidos efectos jurídicos; como por ejemplo, el de constituir impedimento absoluto para contraer matrimonio; no produce efectos en cuanto a la obligación alimenticia —salvo entre los cónyuges— o al orden de sucesión intestada.

### **1.2.3. Parentesco civil**

Se le denomina también parentesco por adopción, debido a que nace en razón de la misma. Tiene, necesariamente, los alcances y efectos que cada legislación le reconoce.

“El parentesco civil, es el originado por la adopción, haciéndose parientes en virtud de ella el adoptante y el adoptado, y éste y la familia del adoptante.”<sup>9</sup>

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 229 del Código Civil guatemalteco, el parentesco que se establece entre adoptante y adoptado no se extiende a los parientes de uno y otro. Asimismo, el adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste sí lo es de aquél; y el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca (Artículos. 236 y 237 Código Civil guatemalteco).

---

<sup>8</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Tomo I, vol. II, Pág. 182

<sup>9</sup> **Ibid.**

#### **1.2.4. Parentesco espiritual**

También llamado parentesco religioso: “Se crea por la administración de los sacramentos del bautismo y confirmación y se hacen parientes por él, el ministro del sacramento y la persona que lo recibe, los padres y los padrinos.”<sup>10</sup>

Esta clase de parentesco, el parentesco espiritual, no está reconocido por la legislación de Guatemala, aunque se reconoce en las relaciones sociales como una unión espiritual, no tan acentuado respecto al ministro religioso y quien recibe los expresados sacramentos, como entre éste y padrinos y padres.

#### **1.3. Formas para computar el parentesco**

La computación del parentesco se hace por las líneas y los grados. Línea es la serie de personas que proceden de un mismo tronco. Grado es la distancia que media entre dos parientes. La línea puede ser: recta, constituida por la serie de personas que proceden unas de otras por vínculo inmediato de generación y colateral que comprende la serie de personas que aun sin estar engendradas entre sí, proceden todas de un mismo tronco. La recta puede ser ascendente o descendente, según que desde la persona de que se trate se suba al tronco común o se baje hasta el último descendiente. La colateral puede ser igual o desigual, según entre los parientes comprendidos en ella disten o no los mismos grados del tronco común.

---

<sup>10</sup> **Ibid.**



### **1.3.1. Línea**

Se llama línea a la serie no interrumpida de grados, o bien, el conjunto de las personas que descienden una de otra. El artículo 194 del Código Civil guatemalteco, expresa que es la serie de generaciones o grados procedentes de un mismo ascendiente común formando una línea. El parentesco comprende dos líneas: la recta y la transversal o colateral.

- a. Línea recta: Se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras. Puede ser ascendente o descendente.
  
- b. Línea transversal o colateral: Es el conjunto de personas que no descienden una de otra, pero que tienen el mismo tronco común.

### **1.3.2. Grado**

Es la distancia que media entre dos parientes. Es el vínculo entre dos individuos formando una generación. Se llama tronco el grado de donde parten dos o más líneas, las cuales por relación a su origen se llaman ramas, este aspecto doctrinario no lo contempla el Código Civil.

### **1.3.3. Cómputo del parentesco por consanguinidad**

En la línea recta el cálculo es muy sencillo, para saber en qué grado de parentesco se encuentra una persona con respecto a otra o de la cual desciende (padre e hijo, abuelo y nieto). Se cuentan las generaciones que median entre las dos personas, o bien, lo que es lo mismo, se cuentan el número de personas, excluyendo sólo al ascendiente a que se refiere el parentesco que se trata de establecer; el número así obtenido indica el grado de parentesco que se busca. De tal suerte, el hijo es pariente en primer grado de su progenitor, el nieto en segundo grado en relación al abuelo y así sucesivamente.

En la línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y, desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en el segundo grado, el tío y el sobrino en el tercero, los primos hermanos en el cuarto, etc.

### **1.3.4. Cómputo del parentesco por afinidad**

Una persona es afín de un cónyuge en la misma línea y en el mismo grado en que es pariente del otro cónyuge; en consecuencia, el suegro o la suegra serán afines en línea recta por afinidad en el primer grado, respecto a su yerno o nuera; los cuñados lo serán en línea colateral en segundo grado por afinidad.

Por cuestiones meramente didácticas se menciona que entre los parientes por afinidad existen grados; sin embargo, habrá que indicar que legalmente no existen los grados



por afinidad, en consideración que no hay generaciones, sino que el cómputo se realiza por analogía; suponiendo que los cónyuges son parientes pero no forman grado, se consideran como la misma persona en cuanto al cómputo del parentesco.

En el parentesco por afinidad, los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges se convierten en pariente por afinidad del otro. No existen vínculos entre las familias como generalmente se cree, sino sólo entre un consorte y los parientes del otro. La afinidad no va más lejos, no existe parentesco por afinidad entre los parientes de uno de los esposos y los del otro. Se comete un error al afirmar que las familias se unen por el matrimonio, una sola persona se une a la familia de cada cónyuge, la que se casa.

#### **1.4. Sistemas para computar el parentesco**

“Los sistemas de computación del parentesco son dos: el civil y el canónico, aunque en la línea recta no haya discrepancia entre ellos, supuesto que se rige por la regla tanto son los grados como las generaciones. La diferencia está, pues, en la línea colateral. En ésta el sistema de computación civil se hace subiendo al tronco común y luego descendiendo (así, los primos o tronco común y otros dos grados desde el abuelo al otro primo). Esta computación rige en lo referente a la sucesión intestada y, en general todas las materias civiles; en cambio, en el sistema canónico sólo se cuenta una de las dos líneas si son iguales, o la más larga si son desiguales (los primos hermanos están



en segundo grado canónico). Esta computación sólo rige para lo relativo a impedimentos del matrimonio canónico.”<sup>11</sup>

### **1.5. Regulación legal del parentesco**

El Código Civil guatemalteco de 1877, en la sistemática que abandonaron los códigos posteriores, regulaba el parentesco dentro de las disposiciones relativas a la sucesión o modo de adquirir el dominio por herencia, en el Libro II, Título X, Capítulo XIX, dedicándole los Artículos comprendidos del 959 al 968.

Salvo en el concepto del parentesco por afinidad (el que nace del matrimonio consumado o de la cópula ilícita, según el Artículo 960 de dicho Código), y en la circunstancia de no precisar los grados sino para los efectos sucesorios, la regulación legal del parentesco ha variado muy poco, especialmente entre el Código de 1933 y el ahora vigente, cuyas disposiciones son casi idénticas.

El Código Civil actual reconoce expresamente tres clases de parentesco: el de consanguinidad, dentro del cuarto grado; el de afinidad, dentro del segundo grado; y el civil, que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado; dispone, además, que los cónyuges son parientes, pero no forman grado (Artículo 190).

Parecería inferirse de la redacción de ese precepto legal, pero no es así, que en adición al parentesco por consanguinidad, al parentesco por afinidad y al civil, distingue el que podría denominarse parentesco conyugal, existente entre ambos cónyuges, pero sin

---

<sup>11</sup> **Ibid.**



formar grado (es decir, no constituyendo una generación para marcar el parentesco entre otras personas; en otras palabras, los cónyuges no son tomados en cuenta para computar la distancia entre dos parientes).

Parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor (Artículo 191). El concepto legal es incompleto: debió decir, además, de un tronco común; o sea, que el parentesco por consanguinidad existe entre personas que descienden de un mismo tronco, para fundamentar, en este caso, el parentesco que liga, por ejemplo, a tíos, sobrinos, primos, etcétera.

Parentesco de afinidad es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos (Artículo 192). Para el código mexicano (Artículo 294), parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón. Nótese la diferencia entre lo dispuesto por una y otra ley; la de Guatemala reconoce parentesco por afinidad entre ambos cónyuges; y la de México, no.

El criterio del Artículo 192 está reñido con el concepto generalizado del parentesco por afinidad. Véase lo que escribe el autor Messineo: “La afinidad consiste en la relación que tiene lugar entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge.”<sup>12</sup>

El parentesco se gradúa por número de generaciones; cada generación constituye un grado (Artículo 193). La serie de generaciones o grados procedentes de un ascendiente

---

<sup>12</sup> Messineo Franchesco. **Manual de derecho civil comercial**. Tomo II, Pág. 148



común, forma línea (Artículo 194). La línea es recta, cuando las personas descienden unas de otras, y colateral o transversal, cuando las personas descienden unas de otras, y ascendiente común, pero no descienden unas de otras (Artículo 195). En la línea recta, sea ascendente o descendente, hay tantos grados como generaciones, o sea tantos como personas, sin incluirse la del ascendiente común (Artículo 196). En línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, subiendo desde la persona cuyo parentesco se requiere comprobar hasta el ascendiente común y bajando desde éste hasta el otro pariente (Artículo 197). El parentesco de afinidad se computa del mismo modo que el de consanguinidad, y concluye por la disolución del matrimonio (Artículo 198).

Para comprender con mayor claridad las disposiciones del Código Civil, que son las generalmente aceptadas por Códigos de países de la región, conviene citar al autor Messineo: “El parentesco es contemplado por la ley especialmente con referencia al modo de computar sus grados. El grado está constituido por una generación, o sea por la situación que deriva del hecho de que una persona ha nacido de otra (engendrado, respecto del engendrante). En la línea recta, el cómputo se realiza calculando el número de las personas (entre las cuales se quiere establecer el grado de parentesco), excluyéndose el ascendiente (tronco)... Así, entre padre e hijo, media un grado de parentesco; porque entre ellos, media una generación, o porque se trata de dos personas, pero el tronco debe excluirse del conjunto; ellos son entre sí parientes en primer grado. El abuelo y el nieto ex filio (hijo del hijo) son entre sí parientes en segundo grado, porque entre ellos median dos generaciones, o porque se trata de tres personas, pero el tronco debe excluirse del conjunto, etcétera. Adviértase que, usualmente, se



llama sobrino (también) al engendrado por el hermano o por la hermana de una determinada persona (nepos ex fratre o ex sorore para distinguirlo del nepos ex filio).”<sup>13</sup>

“En la línea colateral, el cómputo se realiza a base del número de las personas engendradas, contándolas desde uno de los dos parientes (respecto de los cuales se quiere establecer el grado de parentesco) hasta el ascendiente (tronco) común y descendiendo de éste hasta el otro pariente, excluido el ascendiente común... Así, el tío y el sobrino son parientes en tercer grado; los primos, son parientes en cuarto grado; los hermanos son parientes en segundo grado, etc. En la línea colateral no existe un parentesco por bajo del segundo grado; en otras palabras, no existe un parentesco en línea colateral de primer grado, mientras que lo hay en línea recta de primer grado. El vínculo de parentesco, considerado como hecho natural de descendencia y comunidad de sangre, no tiene límites. Sin embargo, la ley considera jurídicamente relevante el parentesco por lo regular hasta el 4o. grado de consanguinidad y 2o. de afinidad, y más allá, solamente para efectos particulares. Ciertamente, cuando se consideran dos generaciones no inmediatas, o bien las relaciones entre colaterales, se advierte que el vínculo familiar se afloja; no existe —por lo regular— la misma intensidad de afecto entre abuelo y nieto (o viceversa) que entre hijo y padre (o viceversa), de la misma manera que no existe entre hermanos con la misma intensidad que entre progenitores e hijos. Es que el vínculo familiar es uno solo e irrepetible, y cada descendiente tiende a formarse una familia propia, en la que el vínculo nuevo es advertido con más intensidad que el antiguo. El parentesco no se extingue por muerte de uno de los dos parientes,

---

<sup>13</sup> *Ibid.* Pág. 146



porque viene de la naturaleza (descendencia o comunidad de sangre). Se llama parentesco civil la relación civil que nace de la adopción....”<sup>14</sup>

## 1.6. Efectos del parentesco

Sirve para ampliar la esfera de derechos entre parientes. Derechos que derivan del parentesco. Los principales derechos que derivan del parentesco son: Derecho de ser alimentado, la patria potestad, la tutela y la herencia. Obligaciones que nacen del parentesco. La obligación de prestar alimentos, en su aspecto pasivo; el respeto y la consideración que los descendientes deben a sus ascendientes, y la tutela legítima. Incapacidades que derivan del parentesco. La incapacidad para contraer matrimonio entre parientes cercanos; la prohibición que impone la ley, en determinados casos, para servir como testigos, en juicio, a un pariente, y la incapacidad para ocupar determinados cargos dentro de la administración pública, cuando un aspirante a dichos cargos ya ocupa otros dentro de la propia administración. Entre las obligaciones derivadas del parentesco figura, de modo preeminente, la obligación alimenticia, que es recíproca, pues el que la cumple tiene, a su vez, el derecho de exigirla. En virtud de esta obligación, el deudor debe procurar al acreedor todos los medios necesarios para que éste no carezca de alimentos, habitación, medicinas, educación, etc.; es decir, lo necesario para vivir decorosamente.

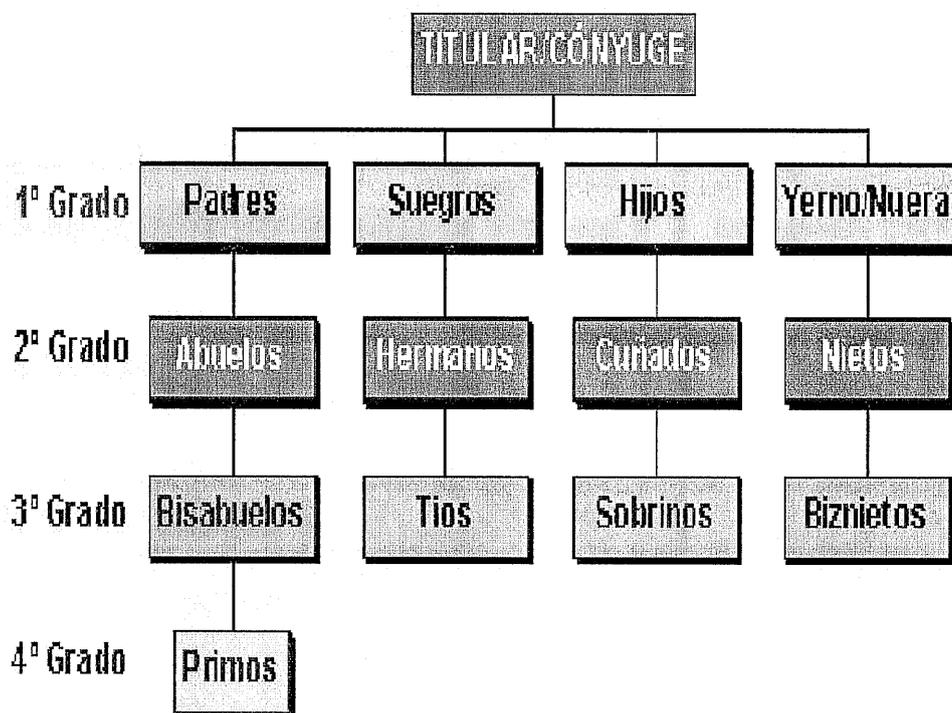
---

<sup>14</sup> **Ibid.**

Cuadro gráfico del parentesco:

Grados	Titular/Cónyuge			
1º	Padre/Madre	Suegro/Suegra	Hijo/Hija	Yerno/Nuera
2º	Abuelo/Abuela	Hermano/Hermana	Cuñado/Cuñada	Nieto/Nieta
3º	Bisabuelo/Bisabuela	Tío/Tía	Sobrino/Sobrina	Biznieta/Biznieta
4º	Primo/Prima	-----	-----	-----

### GRADOS DE CONSANGUINIDAD Y AFINIDAD



Fuente: <http://asesorlaboraltca.obolog.com>, Guatemala, 20 de mayo de 2011.



Este capítulo define y explica lo relativo al parentesco con el objeto de tener una mejor comprensión acerca de este, para poder evaluar los problemas derivados de un contrato de alquiler de vientre, con respecto a que parentesco existe entre la madre subrogada y el niño nacido de esta o entre este y la pareja concomitante.





## CAPÍTULO II

### 2. Filiación matrimonial

#### 2.1. Concepto

La filiación en sentido jurídico es definida como: el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra; es decir, es la relación inmediata del padre o la madre con el hijo. Asimismo, la filiación es entendida como: el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró (paterno-filial) y la mujer que lo alumbró (materno-filial).

#### 2.2. Paternidad y maternidad

##### 2.2.1. Definición

Vínculo legal, natural o moral que une a un padre con el hijo (Se dice padre en forma genérica, refiriéndose a padre y madre). Paternidad significa, en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre; pero en el sentido jurídico significa la relación existente entre los padres y los hijos.

La filiación, en su aplicación al derecho civil, equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa, pues, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física.

### **2.3. Caracteres de la filiación**

Los caracteres esenciales de la filiación son la certeza y la estabilidad. Con la certeza la ley requiere que no haya dudas sobre la filiación, pretendiendo una paternidad indudable; y con la estabilidad la ley requiere que el estado que la filiación ofrece sea permanente, firme y duradera, que se traduce en garantía de firmeza.

### **2.4. Clases de filiación**

Comúnmente, la doctrina clasifica la filiación atendiendo al vínculo matrimonial existente entre el padre y la madre del hijo. De tal manera, que si es un hijo nacido de una relación en la cual padre y madre están unidos por matrimonio será filiación legítima o matrimonial; y si es un hijo nacido de una relación en la cual padre y madre no están unidos por matrimonio, será filiación ilegítima o extramatrimonial. Sin embargo, la Constitución Política de la República de Guatemala regula en su Artículo 50 que: “Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos”, sin hacer distinción entre estos sea cual sea su clase de filiación.

Algunos autores adicionan a esta clasificación clásica la filiación cuasimatrimonial, que es aquella que se da entre hijos nacidos de padre y madre que tienen unión de hecho legalmente declarada y registrada; y la filiación adoptiva, que es la que se da entre el adoptado y el adoptante.

### 2.4.1. Filiación legítima o matrimonial

La filiación legítima o matrimonial es la relación que surge entre padres e hijos nacidos o concebidos dentro del matrimonio. Es la relación paterno-filial existente entre los padres e hijos donde se cumplen los siguientes supuestos:

- a. Un lazo matrimonial de los padres: Se tiene como primer supuesto, que los padres del hijo estén unidos por matrimonio, siendo el matrimonio el soporte fundamental que delimita la naturaleza de la filiación legítima.
- b. Concepción y nacimiento dentro la vida del matrimonio: Cuando la fase de concepción y el nacimiento se sitúan cronológicamente dentro de la vida del lazo matrimonial.
- c. Una atribución inconfundible de la generación al marido y la mujer: No obstante ser el matrimonio la base para la legitimidad y aunque se verifique la concepción o el parto dentro del mismo; es preciso, además, que el origen necesariamente bilateral de la generación se deba a la unión fisiológica del marido y la mujer.

Con respecto a este tercer supuesto la mayoría de las legislaciones adopta en favor de la paternidad del marido, la presunción positiva de contacto; es decir, que el marido tiene acceso con su mujer; y la presunción negativa de infidelidad, o sea que sólo la mujer tiene acceso con su marido. Por lo que respecta a la esposa, también suelen adoptarse las presunciones que la mujer al casarse no tiene por qué ocultar el hecho



del embarazo y que sólo a través de móviles egoístas y crueles, una madre oculta el nacimiento o cambia o sustituye su hijo por un niño de otra.

Asimismo, la doctrina además de la filiación legítima propia, anteriormente descrita, distingue otros tipos de filiación legítima. Éstas son las siguientes:

- a. Legitimidad impropia, basada en la concepción inmediatamente anterior al matrimonio.
- b. Legitimidad propia, basada en el nacimiento inmediatamente posterior a la disolución del matrimonio.
- c. Legitimidad imprecisa, en la que por la celebración de nuevas nupcias de la madre dentro del plazo prohibitivo establecido en la ley; se da un conflicto de paternidades entre el anterior marido y el actual.

#### **2.4.2. Filiación cuasimatrimonial**

La del hijo nacido dentro de la unión de hecho debidamente declarada y registrada.



### **2.4.3. Filiación extramatrimonial**

La del hijo procreado fuera de matrimonio o de la unión de hecho no declarada y registrada.

### **2.5. Regulación de la filiación matrimonial en la legislación guatemalteca**

El Código Civil guatemalteco en el Artículo 199, párrafo primero, regula lo que en la doctrina se llama filiación legítima, estableciendo: “El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.”

Asimismo, en el párrafo segundo, establece:

- a. “El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados y;
- b. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.”

En este Artículo la ley hace una conjugación de la filiación legítima propia y la filiación legítima impropia; ya que abarca tanto los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, sin que haya cuestión de ninguna especie respecto a los límites cortos o máximos del embarazo, así como los hijos cuyo nacimiento o concepción solamente tuvo lugar en el matrimonio; es decir, el hijo concebido antes del matrimonio, pero



nacido dentro del mismo, y del hijo concebido dentro del matrimonio pero nacido con posterioridad al mismo.

El Artículo 207 del mismo cuerpo legal regula lo que en la doctrina se denomina como la filiación legítima imprecisa, regulando el caso en el cual debido a nuevas nupcias de la madre dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución del primer matrimonio, puede dar lugar a un conflicto de paternidades, para lo cual establece: “Si disuelto el matrimonio, la madre contrajere nuevas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciere dentro de los ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero.

Se presume concebido en el segundo matrimonio, el hijo que naciere después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque se esté dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.”

Esta regulación soluciona el problema que se puede presentar por un conflicto de paternidades con apoyo a lo establecido por el párrafo segundo del Artículo 199; ya que en ciertos casos de no existir esta norma se podría imputar la paternidad del hijo tanto al marido del primer matrimonio como al del segundo matrimonio.

Asimismo, el Artículo 201 del Código Civil establece otra presunción relativa a la filiación matrimonial, estableciendo que: “El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio se presume hijo del marido, si éste no impugna la paternidad.”



Esta norma establece que no obstante que el nacimiento de un hijo no se haya verificado dentro del término legal en el cual la ley presume que es hijo del marido (180 días después de celebrado el matrimonio), el mismo debe considerarse hijo del marido, si éste no impugna la paternidad.

## **2.6. Efectos jurídicos de la filiación matrimonial**

La legislación civil concede determinados derechos en favor del hijo, derivados de la filiación legítima. Estos derechos concedidos en favor del hijo constituyen a la vez deberes jurídicos a cargo del padre. Dentro de estos derechos derivados de la filiación legítima se pueden señalar los siguientes:

### **a. Derecho a llevar los apellidos del padre y la madre**

“El Artículo 4 del Código Civil establece que la persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados.”

### **b. A recibir alimentos del padre y la madre, de sus ascendientes y en su caso de sus hermanos**

El Artículo 283 del Código Civil establece que los padres del menor están obligados a proporcionarle todo lo que es indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción. Asimismo, establece que cuando el padre



o la madre no pudieren cumplir con proporcionar alimentos a sus hijos dicha obligación corresponde a los abuelos paternos de los hijos; con lo cual se hace manifiesto que este derecho no solamente afecta al padre sino a sus familiares.

La obligación de prestar alimentos en favor de los hijos tiene protección constitucional, ya que el Artículo 55 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que la negativa a proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe es punible; delito que está tipificado en el Código Penal en el Artículo 242, bajo la figura delictiva de negación de asistencia económica.

**c. Derecho a la sucesión intestada de los padres**

El Código Civil en su artículo 1078 establece que los hijos son llamados en primer lugar a la sucesión intestada de los padres, juntamente con el cónyuge sobreviviente que no tenga derecho a gananciales, quienes heredan por partes iguales. Asimismo, los hijos tienen derecho a suceder por derecho de representación en lugar de sus padres, en el caso que hubieren muerto antes que el causante, los mismos hayan renunciado a la herencia o la hayan perdido por indignidad.

**d. Derecho a la nacionalidad guatemalteca si el padre o la madre son guatemaltecos**



La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 144 establece que serán guatemaltecos de origen los hijos de padre o madre guatemaltecos.

**e. Todos los derivados de la patria potestad**

La patria potestad, es definida como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley concede e impone a los padres de un menor para representar a sus hijos en todos los actos de la vida civil y en la administración de sus bienes, así como en la protección, asistencia y educación del mismo. Estos mismos derechos y obligaciones son impuestos a los padres de un mayor de edad declarado en estado de interdicción.

El ejercer la patria potestad de un menor o de un mayor de edad que ha sido declarado en estado de interdicción impone a los padres una serie de deberes y obligaciones; que en términos generales se pueden resumir en los siguientes:

- a) Guarda y vigilancia del hijo: este deber de los padres se traduce en la protección en cuanto a la persona del hijo, vigilancia en cuanto a sus actos y dirección en cuanto a su conducta.
- b) Prestación de alimentos.
- c) Instrucción y educación: los padres tienen el deber de velar por la orientación educacional y religiosa del menor, así como prepararlo para el ejercicio futuro de una profesión o industria.
- d) Representación legal en actos de la vida civil.



- e) Administración de sus bienes: los padres tienen el deber de administrar fielmente los bienes de los hijos, sujetándose respecto de esos bienes a las obligaciones propias de todo administrador.
- f) Responder por los daños y perjuicios que ocasionen: El Código Civil guatemalteco en el Artículo 1660 establece que los padres del menor de quince años son responsables por los daños y perjuicios que causen a terceras personas.

Las obligaciones derivadas de la patria potestad tienen tal grado de protección por parte del Estado, que en la legislación penal se tipificó el delito de incumplimiento de deberes de asistencia (Artículo 244 del Código Penal guatemalteco) ;en el que se establece que “Quien estando obligado, incumpliere o descuidare los derechos de cuidado y educación con respecto a sus descendientes, de manera que estos se encuentren en situación de abandono material y moral, será sancionado con prisión de dos meses a un año.”

## **2.7. Determinación de la filiación**

La determinación de la filiación se da en la legislación guatemalteca de diversas maneras; dependiendo si se está frente a una filiación matrimonial o legítima propia, una filiación matrimonial impropia o una filiación extramatrimonial. El autor argentino



Eduardo A. Zannoni clasifica en tres las maneras de determinar la filiación:

“Determinación legal, determinación voluntaria o negocial y determinación judicial.”<sup>15</sup>

### **2.7.1. Determinación legal**

La determinación legal de la filiación es la surgida por la propia ley con base a supuestos fácticos establecidos por aquélla.

Con respecto a la paternidad, en la filiación legítima propia, el Código Civil guatemalteco en su Artículo 199, establece la presunción de que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio. Adicionalmente, dicho precepto legal establece que se presume concedido durante el matrimonio el hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Asimismo, el Artículo 207 del mismo cuerpo legal establece que si disuelto el matrimonio la madre contrajere nuevas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciere dentro de los ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero. Si el hijo naciere después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque esté dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio, se presume concebido en el segundo.

---

<sup>15</sup> Zannoni, Eduardo A. **Derecho de familia**. Tomo II. Pág. 390



En estos casos existe determinación legal de la paternidad, en los que la ley establece la filiación con base en presunciones, y no hay necesidad de reconocimiento por parte del padre, ni necesidad de declaración judicial para su determinación.

### **2.7.2. Determinación voluntaria o negocial**

La determinación voluntaria o negocial de la filiación es la que nace en virtud del reconocimiento o declaración que hace una persona de ser padre de otra.

El Código Civil en el Artículo 210 establece que cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho declarada se prueba con respecto del padre por el reconocimiento voluntario del padre o por sentencia judicial que declare la paternidad.

Según el Artículo 211 del Código Civil, la determinación voluntaria o negocial de la filiación se da en el caso en que el padre reconozca voluntariamente la paternidad de un hijo, ya sea en la partida de nacimiento, por comparecencia ante un registrador civil, por acta especial ante el mismo registrador, por escritura pública, por testamento o por confesión judicial.



### **2.7.3. Determinación judicial**

La determinación judicial de la filiación consiste en la resolución judicial definitiva que decide una controversia relativa a la filiación; declarando como padre a una persona. La determinación judicial de la filiación está regulada en la legislación en el Artículo 220 del Código Civil, que establece que el hijo que no fuere reconocido voluntariamente tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación.

Esta disposición legal es aplicable para el caso del hijo nacido de una relación en la cual los padres no estén unidos por matrimonio o unión de hecho declarada.

Asimismo, el Artículo 202 del Código Civil establece que tanto el hijo como la madre tienen derecho a justificar la paternidad del padre, cuando el hijo fuere nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio.

En ambos casos, según el Artículo 220 del Código Civil, el derecho del hijo de pedir que judicialmente se declare su filiación, nunca prescribe.

### **2.8. Acción de impugnación del estado de la filiación matrimonial**

La legislación civil guatemalteca, tal como fue expuesto anteriormente, contiene ciertas presunciones en cuanto a la filiación matrimonial. Sin embargo, la ley establece la posibilidad de que el marido, contra quien se dirigen los efectos de dichas presunciones legales, pueda impugnar judicialmente la paternidad que le es legalmente atribuida.



Esta acción es conocida doctrinalmente como acción de impugnación de la filiación legítima o matrimonial o impugnación de legitimidad.

La acción de impugnación de la filiación matrimonial, tiene como objeto romper o desvirtuar las presunciones que la ley establece en cuanto a quien debe ser considerado padre del hijo concebido y/o nacido dentro del matrimonio.

La procedencia de esta acción se da en el caso que el nexo biológico entre el padre y el supuesto hijo no concuerde con el legal; de manera que la ley crea una filiación o nexo filial que biológicamente no existe.

“La doctrina al referirse a la impugnación de la filiación legítima por parte del padre suele denominarla también como impugnación rigurosa de la paternidad o por prueba de la no paternidad. El objeto de esta acción se reduce a descartar o excluir el nexo biológico entre el hijo nacido y el presunto padre”<sup>16</sup>.

La legislación guatemalteca mantiene el criterio doctrinario de conceder la acción de impugnación de la filiación matrimonial exclusivamente al marido; siendo éste el único con legitimidad procesal para ejercitar dicha acción. Sin embargo, se establecen casos de excepción en los cuales esta acción puede ser planteada por los herederos del marido.

---

<sup>16</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 401



El Artículo 204 del Código Civil, pone de manifiesto que dicha acción en principio sólo corresponde al marido, estableciendo: “La acción del marido negando la paternidad del hijo nacido de su cónyuge..”; sin embargo, también se regulan los casos en que dicha acción puede continuarse o ejercitarse por los herederos del marido. Los casos de excepción son los siguientes:

a. Si el marido muere después de presentada la demanda.

El párrafo segundo del Artículo 204 establece: “Los herederos del marido solamente podrán continuar la acción de impugnación de la paternidad iniciada por él, pero este derecho podrán ejercitarlo únicamente dentro de sesenta días contados desde la muerte del marido. “

b. Si el marido hubiere fallecido antes de transcurrir el plazo para deducir la acción en juicio.

c. Si el hijo es nacido después de la muerte del marido.



### **2.8.1. Casos en los que procede la acción de impugnación de la paternidad**

La legislación establece ciertos casos en los que por razones que giran en torno a la estabilidad que debe revestir la filiación y la paternidad; al marido le es negada la posibilidad de impugnar la paternidad que le es atribuida. Estos casos en los que no se puede impugnar la filiación se refieren a la paternidad que le es atribuida al padre del hijo que es nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio; que en principio es impugnabile.

Estos casos son enumerados en el Artículo 201 del Código Civil, que establece: “La impugnación no puede tener lugar:

- a. Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez;
- b. Si estando presente en el acto de inscripción del nacimiento en el Registro Civil, firmó o consintió que se firmara en su nombre la partida de nacimiento;
- c. Si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido.”

En el primero de los casos la ley supone que desde el momento en que tuvo conocimiento de la preñez antes del matrimonio y mantuvo su decisión de contraer matrimonio; está aceptando como suya la paternidad del hijo por nacer.



El segundo y tercero de los casos se basan en que el supuesto padre, que a sabiendas que el hijo ha nacido dentro de un término en el cual no se presume hijo suyo, ha reconocido ser el padre del menor.

## **2.9. Prueba admisible en la impugnación de la filiación matrimonial**

El marido, o los herederos del mismo en su caso, que pretenda impugnar judicialmente la paternidad que le es legalmente imputada deberá ejercitar la acción de impugnación de la filiación matrimonial. Para este efecto deberá probar exclusivamente una circunstancia: el de haber sido físicamente imposible tener acceso carnal con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento. El Artículo 200 del Código Civil establece:

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

La legislación admite prueba en contrario contra las presunciones de la filiación legítima; sin embargo, limita los extremos u objetos sujetos a prueba, reduciendo los mismos a probar la imposibilidad física del acceso entre los cónyuges dentro de un término. Para probar esta única circunstancia de la imposibilidad del marido de tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que



precedieron al nacimiento; ya sea por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia, el marido o sus herederos, en su caso, pueden probarlo, sin limitación alguna, con todos los medios de prueba que son permitidos por la legislación procesal civil.

El Código Civil mantiene la tendencia de restringir las causales o supuestos jurídicos que dan lugar a que el padre pueda promover la acción de impugnación de la paternidad. Esto no obstante la concurrencia de hechos fácticos que podrían dar lugar a impugnarla; tal como se evidencia en la normativa que establece que no le es permitido al marido alegar hechos como el adulterio de la madre, inclusive cuando la madre declare contra la paternidad del marido.

El Artículo 203 de dicho cuerpo legal establece: “El marido no puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, alegando adulterio de la madre, aun cuando ésta declare en contra de la paternidad del marido...”.

Sin embargo, ese mismo precepto legal establece un caso de excepción en el cual el marido puede negar la paternidad y probarla con todos los hechos que justifiquen la impugnación. Este es el caso en que al marido se le hubiere ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo. El Artículo 203 continúa estableciendo: “...salvo que se le hubiere ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso sí podrá negar la paternidad probando todos los hechos que justifiquen la impugnación”



Por lo tanto, que al amparo de lo establecido en la norma citada, el marido sí puede impugnar la paternidad de un hijo si se le escondió el embarazo y el nacimiento; y adicionalmente prueba los demás hechos que justifiquen la impugnación.

Este capítulo tiene como objeto describir la filiación y sus diversas variedades, porque aun no se ha ubicado dentro del derecho el tipo de filiación que deberá establecerse entre el niño nacido de un vientre de alquiler y la pareja concomitante que ha dado su ovulo y esperma para que la fecundación sea realizada.





## CAPÍTULO III

### 3. Vientres de alquiler o madres subrogadas

#### 3.1. Reseña histórica

Hace tres décadas nació el primer bebé por fecundación in vitro. Se calcula que a partir de entonces en el mundo han nacido cerca de tres millones de bebés por tratamientos de reproducción médicamente asistida. Un reciente informe publicado por la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología dice que ahora las clínicas de fertilidad están dedicándose a transferir sólo un embrión durante un tratamiento, para reducir el número de nacimientos múltiples.

Estos tratamientos de procreación médicamente asistida pueden lograrse mediante la fecundación homóloga o mediante la fecundación heteróloga, dependiendo de dónde provienen el óvulo y el espermatozoide. Lo normal es que la mujer que quiere ser madre y no puede serlo por problemas de infertilidad, se somete al tratamiento y, por lo general, lo consigue no sin antes haber superado grandes dificultades y esfuerzos médicos, psicológicos y económicos.

Mediante estos tratamientos muchos matrimonios o parejas de hecho han conseguido su deseo de ser padres. Desde hace algunos años a estos tratamientos de procreación médicamente asistida no sólo asisten mujeres solteras, matrimonios y parejas heterosexuales, sino también lo están haciendo parejas homosexuales.

Se está dando otro fenómeno social que cada vez tiende a extenderse más y es el de las madres subrogadas que alquilan sus vientres para que otra mujer pueda ser la madre de la criatura. Este fenómeno se debe a muchos factores, entre ellos, a que las mujeres retrasan más la edad para ser madres con la consecuente dificultad e infertilidad para lograr la maternidad; a que hay mujeres que no tienen pareja pero quieren ser madres; a la esterilidad de la mujer; a que hay un incremento de los deseos de paternidad en las parejas homosexuales de hombres gay, que para conseguir un hijo recurren al alquiler de vientres, etc.

Todas estas cuestiones, obviamente, tienen muchos detractores y muchos defensores que entran en discusiones sobre los aspectos religiosos, biológicos, éticos, genéticos, jurídicos, etc., planteando muchos interrogantes, como por ejemplo, ¿existe el derecho a tener un hijo a toda costa?, ¿se puede comercializar con el deseo de las personas de ser padres?, ¿se supedita todo a intereses y beneficios egoístas?, ¿se puede seleccionar cómo serán nuestros hijos?, ¿el fin justifica los medios?, ¿se puede manipular la vida humana?, ¿se atenta contra la dignidad de las personas?, etc.

El hecho es que en varios países están implantadas de manera jurídica y médica las técnicas de reproducción asistida con legislaciones detalladas y con una infraestructura de clínicas, médicos y laboratorios con la más alta tecnología. La reproducción médicamente asistida es algo permitido legalmente y muy demandado. Mientras que la maternidad subrogada o las madres de alquiler, la cual va siendo cada día más demandada y ofertada, es ilegal en casi todos los países del mundo. Por ejemplo, en

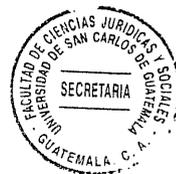


España no está permitido lo que comúnmente se llama alquiler de vientres o alquiler de úteros.

Aunque en Guatemala este tipo de prácticas no están reguladas como tales, hay parejas que acuden a terceras personas para poder tener un bebé. Una mujer alquila su útero en el que se implanta el óvulo y el espermatozoide de la mujer y del hombre que desean ser padres. Los que justifican su práctica afirman que con esto se permite que el niño sea el hijo biológico de la pareja, puesto que la madre de alquiler tan sólo se encarga de gestar un embrión fruto del esperma del padre y el óvulo de la madre.

Las parejas que en Guatemala deciden acudir a este procedimiento para tener un hijo, lo hacen totalmente al margen de la ley. Y pese a que se trate de una práctica prohibida, basta con teclear madre de alquiler o alquiler de vientres en un buscador de internet para encontrar a muchas mujeres que ofrecen su útero para gestar bebés ajenos a cambio de dinero.

Existe también la opción de acudir a otros países en los que sí es legal. Teóricamente, no sería posible aquí porque la ley guatemalteca no lo admite, con lo que no existiría la posibilidad de que los padres inscribieran al niño en el Registro Nacional de las Personas como su hijo; esto atendiendo a la doctrina sobre la que se fundamenta la ley es decir, que se considera como hijo biológico al nacido de la madre.



### 3.2. Madre de alquiler (definición)

Existen múltiples definiciones al respecto pero se citarán solo algunas:

Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin cópula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer.

Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.

Es la práctica por la cual se sustituye a la madre genética, a efecto de que sea otra mujer distinta quien gesta y pare al concebido. Situación jurídica por la cual una mujer dota del material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y pare al nuevo ser, con la intención de entregarlo.

Es un proceso mediante el cual una mujer ofrece su útero para gestar en él al bebé de otra pareja que tiene problemas de fertilidad. Una vez que nace el niño, es entregado a esa pareja que se convierte legalmente en sus padres, mientras que la mujer que lo gestó renuncia a todos sus derechos como madre.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> [www.medicalbaby/&0kss%es.-re.es](http://www.medicalbaby/&0kss%es.-re.es). (Guatemala, 20 de abril. De 2012)



### **3.2.1. Tipos de madres de alquiler**

#### **3.2.1.1. Tradicional**

La mujer es inseminada artificialmente con el espermatozoides del hombre que desea ser padre o con un donante anónimo de espermatozoides. La mujer, que en este caso es la madre biológica del bebé, deberá dar el niño en adopción a los futuros padres, un procedimiento que se deberá ajustar a las leyes de cada país.

#### **3.2.1.2. Gestacional**

La madre biológica dona uno o más óvulos, que serán fecundados in vitro con el espermatozoides de su pareja. Esos embriones se transfieren a la madre gestacional, la cual llevará a término los embriones que se desarrollen dentro de su vientre. En el alquiler gestacional de un vientre los nombres de los padres biológicos aparecen en el certificado de nacimiento del bebé que se realiza en el hospital; lo que significa que queda registrado como hijo de la pareja.

### **3.3. Procedimiento del vientre de alquiler**

En aquellos países en los que es legal esta práctica -como Gran Bretaña, Estados Unidos o Canadá- existen agencias especializadas a través de las cuales las parejas que deseen una madre de alquiler se pueden poner en contacto con mujeres que ofrecen este servicio.



Estas agencias se encargan de llevar a cabo los exámenes médicos y psicológicos necesarios a todas las mujeres que estuvieran ofreciendo su útero en alquiler, antes de aceptarlas como clientes. También se encargan de los aspectos legales del proceso.

El programa de madres de alquiler está basado siempre en una actitud altruista de la mujer que quiere ejercer de madre de alquiler. Ésta no debe guiarse por expectativas económicas que al final no existen. Normalmente las agencias desestiman las solicitudes de las mujeres que buscan con los programas el lucro económico personal.

Todo esto basado en especulaciones, ya que es bien sabido que si lo hacen es porque tienen un interés económico, aprovechándose de cierta manera de la necesidad de poder tener un hijo; esto es muy difícil de comprobar y no cabe duda que el interés de ambas partes es recíproco, por un lado económico y por el otro sentimental y moral.

La pareja que requiere este servicio primero recibe un folleto con toda la información concerniente al tema. Luego, se reúne con los especialistas, incluyendo un abogado y un psicólogo, donde se estudian las diferentes opciones y se determina cuál se va a intentar, si la opción tradicional o la gestacional.

En esa reunión inicial, la pareja deberá determinar qué características espera de la madre en alquiler, qué tipo de contacto le gustaría mantener con ella y todo lo concerniente a cuestiones financieras y legales.



Después, deben elegir entre las mujeres a aquélla que más se ajuste a sus deseos. Las madres de alquiler deben cumplir una serie de requisitos: ser madres preferentemente de por lo menos dos niños y haberlos criado; tener entre 25 y 35 años; someterse a un minucioso examen de salud y evaluación psicológica; tener una situación económica estable.

LUEGO, se produce el encuentro entre ambas partes y se debe llegar a un acuerdo sobre todos los aspectos concernientes al embarazo. Debido a la complejidad del tema y a los posibles problemas que pudieran surgir, es recomendable que ambas partes cuenten con un profesional del derecho. También es buena idea buscar asesoramiento psicológico, ya que tanto la idea de tener que dar al bebé que se ha llevado nueve meses en el vientre, como la de que otra mujer geste a un hijo propio puede resultar difícil de aceptar.

### **3.4. Ventajas y desventajas**

Uno de los aspectos positivos más obvios del proceso es que una pareja que no puede tener hijos consiga tener uno biológico. No es igual que adoptar un niño, puesto que los óvulos y el esperma son los propios. Además, se suele crear un vínculo bastante fuerte entre la madre de alquiler y la pareja que puede participar activamente en el embarazo.

Desafortunadamente, también presenta aspectos negativos: problemas legales –en ocasiones, si los óvulos son de la madre de alquiler, puede echarse atrás y que surjan



complicaciones sobre la custodia del bebé-; el dinero que ello supone, la ansiedad de todo el proceso, roces con la madre de alquiler sobre cómo debe llevar el embarazo. Es un proceso difícil psicológicamente hablando y hay que estar preparado para afrontarlo.

### **3.5. Legalidad e ilegalidad**

Desde un punto de vista jurídico, existe la presunción de derecho de que la madre es la que alumbró al hijo, la que da a luz al hijo mediante el parto. La máxima del derecho romano, cuyo aforismo jurídico en latín es *mater semper certa est*, atribuye la maternidad por el hecho del parto. Obviamente, este aforismo jurídico del derecho romano clásico que no admitía prueba en contrario, porque hasta no hace más de 30 años no se conocían las técnicas de reproducción médicamente asistida, hoy tiene un panorama diferente en cuanto a presunción.

Es legal en algunos estados de los Estados Unidos y en algunos países de Europa, como Gran Bretaña o Grecia. Pero existe una gran diferencia entre ellos, puesto que en Europa hasta el último momento la madre de alquiler puede quedarse con el niño; cosa que no ocurre en California, en donde todo el proceso está bajo el control de los abogados de las partes y de los tribunales, con unos contratos exhaustivos que regulan cada paso que dan los intervinientes en cada momento.

“A pesar de que en Guatemala no está debidamente regulado, cada vez más familias guatemaltecas recurren a este método para tener un niño. En los últimos años, decenas de parejas han viajado a Estados Unidos para contratar los servicios de las madres de alquiler. Los matrimonios que no pueden engendrar pagan entre 60.000 y 75.000



quetzales a cambio de que una mujer les ceda su útero. Después, viajan a Estados Unidos y establecen las condiciones del proceso. Son contratos a la americana, donde se acuerdan con pelos y señales las exigencias que tendrá que seguir la gestante durante el embarazo: si puede fumar o no, la alimentación que debe tomar y los ejercicios que debe realizar, así como el centro en el que dará a luz. Y una vez nacido, se traen al bebé a Guatemala.”<sup>18</sup>

Aunque aquí es ilegal esta práctica, es muy difícil para las autoridades detectar que se ha recurrido a una madre de alquiler; ya que el matrimonio obtiene un certificado médico que acredita que el niño es suyo.

Ahora bien, si la madre gestante denunciase en Guatemala que dio a luz al pequeño, las leyes guatemaltecas le serían favorables. El acuerdo se declararía nulo y la mujer recuperaría a su bebé; lo que se analizará en el desarrollo de la presente tesis.

### **3.6. Técnica de la fecundación in vitro**

Esta técnica de maternidad subrogada o de alquiler de vientres que posibilita el embarazo, sin necesidad de que para ello exista cópula; puede desarrollarse de diversas modalidades:

---

<sup>18</sup> [www.prensalibre.com](http://www.prensalibre.com) (Guatemala, 15 de Junio de 2011)



- a. La pareja que contrata aporta el “material genético” en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.
- b. La madre portadora, además aporta el “material genético”, el cual podrá ser inseminado con el espermatozoide de la pareja que contrata o de un tercero anónimo o conocido. En este caso no se trataría sólo de una mujer que alquila su vientre; sino que es además madre de la criatura.
- c. El material genético es aportado por individuos (ambos o sólo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.

Se emplea la técnica de la fecundación in vitro: una vez realizada la fusión de los gametos, el embrión resultante es implantado en la mujer que, de este modo, prestará su cuerpo haciendo posible la gestación y el parto.

Cuando el bebé ha nacido, la mujer que lo dio a luz cede su custodia al esposo de la pareja contratante -cuando tal identidad coincide con quien ha aportado el espermatozoide- y renuncia a sus derechos de madre; ofreciéndose, de esta manera, la posibilidad de que la pareja de este último pueda adoptar al niño.

En este contrato intervienen tres partes: por un lado, la pareja contratante (aportando la totalidad del material genético o parte del mismo, según el caso); por el otro, la mujer



que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; y, en tercer lugar, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora.

Este capítulo es una explicación acerca de los sujetos que intervienen en un contrato de vientre de alquiler, los motivos que los hacen realizar este tipo de contratos, las formas en que pueden ser realizados, y cuales son las funciones que cada uno desempeña dentro del proceso desde la fecundación hasta el nacimiento del niño deseado.



## CAPÍTULO IV

### 4. Reconocimiento del hijo que nace de un vientre de alquiler

La procreación biológica es el presupuesto normal de la relación jurídica entre padres e hijos. Sin embargo, puede existir procreación sin filiación (niño no reconocido por ninguno de sus padres) o filiación sin procreación (como en la adopción). El derecho ha experimentado una evolución en el nivel mundial tendiente a la equiparación de las filiaciones. Por ende, tanto hijos matrimoniales (nacidos dentro del matrimonio) como los extramatrimoniales (nacidos fuera de él) tienen los mismos derechos y deberes. Tal equiparación no existe en relación con la forma de determinar la maternidad y paternidad, y a las acciones judiciales que surgen en consecuencia.

#### ¿Cómo se determina la maternidad y la paternidad?

La filiación respecto de la madre siempre se determina por el hecho del parto. La maternidad queda probada con el certificado médico (da fe del parto) y la ficha de identificación (da fe sobre la identidad del niño). Cualquier persona que posea estos dos instrumentos puede solicitar ante el Registro Civil Nacional de las Personas la inscripción de un nacimiento. Puede hacer la inscripción la madre directamente o su marido (en este último supuesto no se notifica ni siquiera a la madre). Un tercero puede hacer la inscripción sin la conformidad, e incluso contra la voluntad de la madre. En este caso si se debe notificar de eso a la madre. Como se ve, nunca es necesario el reconocimiento expreso de la madre.



La filiación respecto del padre presenta dos situaciones bien diferenciadas: Si hay matrimonio, la ley presume que el padre es el marido de la madre, salvo que el niño nazca pasados los trescientos días de la disolución, divorcio o anulación del matrimonio o de la separación de hecho.

Esta presunción es válida aun cuando la madre haya inscrito al hijo como de madre soltera o un tercero lo haya reconocido. Si no hay matrimonio, es necesario el expreso reconocimiento del hijo por alguna de las formas previstas en la ley: manifestación en el Registro Civil, o por testamento o ante escribano público. Distinta situación si al nacer el hijo el padre es menor de 14 años, pues la inscripción debe ser con autorización judicial.

Si tanto al nacer el hijo como al reconocerlo el padre es menor de 18 años, la inscripción debe ser con autorización judicial. Si al nacer el hijo el padre era menor de 18 años y al reconocerlo es mayor o emancipado, se inscribe sin autorización judicial. No es válido el reconocimiento que contradice una filiación ya establecida (por presunción legal o reconocimiento anterior).

#### **4.1. Acciones judiciales**



#### **4.1.1. Acciones que otorgan al niño una filiación, llamadas de reclamación**

Reclamo de filiación matrimonial: Puede iniciarla el hijo contra el padre y la madre en forma conjunta y se dirige básicamente a probar el parto. Es decir, probado el parto rige la presunción legal de que el marido de la madre es el padre.

Reclamo de filiación extramatrimonial: Puede iniciarla el hijo contra el padre y/o la madre. Si al momento del nacimiento la madre estaba casada con quien no es su padre; el hijo deberá primero hacer caer la presunción legal de paternidad que existe respecto del marido de la madre y después iniciar la acción de reclamación contra su verdadero padre.

Cuando se trate de hijo inscrito de padre desconocido, el Registro Civil debe informar de eso al defensor de menores. Éste se encarga de recabar datos sobre el supuesto padre con el fin de lograr el reconocimiento voluntario o; en caso contrario con la conformidad expresa de la madre iniciar la acción de reclamación de paternidad (esto en el caso de legislaciones extranjeras).

#### **4.1.2. Acciones que quitan a un niño su filiación, llamadas de impugnación**

- a. Impugnación de la paternidad matrimonial: El hijo y el marido de la madre pueden impugnar la presunción legal de que éste es el Padre. El hijo puede realizar la impugnación en cualquier momento. Si quien lo hace es el marido de la madre,

puede hacerlo desde el embarazo y hasta el año desde la inscripción de nacimiento o del conocimiento del parto, si éste fue posterior. Puede usarse cualquier medio de prueba salvo la confesión de la madre.

- b. Impugnación de la paternidad extramatrimonial: En esta acción lo que se impugna es un reconocimiento. Puede ser iniciada por el hijo en cualquier momento y por los demás interesados dentro de los dos años de conocido el reconocimiento.
- c. Impugnación de la maternidad: la presunción que proviene del parto puede ser destruida por el marido, el hijo o cualquier interesado. Esta acción se dirige a probar que no fue ella quien dio a luz o que el hijo fue sustituido. La madre también tiene derecho a accionar, sino participó del hecho ilícito que provocó la falsa inscripción.

#### **4.2. Métodos e investigaciones científicas para acreditar o desvirtuar la filiación**

En la actualidad, existen diversos métodos o investigaciones científicas que permiten determinar con diverso grado de probabilidad o de certeza el hecho de la fecundación o procreación por parte de una persona. Estos métodos o investigaciones científicas van desde la comparación de las características físicas del hijo y del presunto progenitor, que se denominan investigaciones antropomórficas; a un análisis del perfil genético de los mismos.



Los resultados que se obtienen a través de estas investigaciones o métodos científicos, dependiendo del grado de exactitud de las mismas para determinar la inclusión o exclusión de la paternidad, constituyen en materia de filiación una herramienta fiable. Es por medio de las mismas que se puede establecer con alto grado de certeza si una persona es biológicamente progenitora de otra.

Doctrinariamente estos métodos o investigaciones científicas han sido clasificados de la siguiente manera: a) investigaciones antropomórficas; b) investigaciones fisiológicas; c) investigaciones hematológicas; e) investigaciones genéticas.

#### **4.2.1. Investigaciones antropomórficas**

Estas investigaciones tienen por objetivo comparar las características físicas del hijo con las de su presunto progenitor. Por medio de estas investigaciones se realiza un análisis en las personas para detectar similitudes tanto en el aspecto físico como en las estructuras orgánicas internas de los mismos para determinar la filiación.

Este tipo de investigaciones se utilizaban anteriormente para acreditar o desvirtuar la filiación, dada la falta de investigaciones o métodos científicos fiables para su determinación. Este método, ante los avances de la ciencia, ha dejado de ser una investigación que provea un resultado convincente en cuanto a materia de filiación se relaciona.



#### **4.2.2. Investigaciones fisiológicas**

Estas investigaciones tienen por objetivo la determinación de la filiación entre padre e hijo mediante la coincidencia en el hijo con el supuesto padre de ciertas enfermedades hereditarias o de sustancias especiales que se heredan.

#### **4.2.3. Investigaciones hematológicas**

Este tipo de investigaciones tienen por objetivo la determinación de la filiación mediante un análisis de los antígenos que contiene la sangre. Este tipo de investigaciones se basan en un análisis de los antígenos que comúnmente son hallados en los eritrocitos o en los leucocitos de la sangre.

##### **4.2.3.1. Investigaciones basadas en los antígenos en los eritrocitos de la sangre**

Este tipo de investigación en los eritrocitos de la sangre ha llevado al descubrimiento de diversidad de antígenos que se encuentran en los mismos. Dentro de los antígenos que han sido encontrados en los glóbulos rojos de la sangre se pueden mencionar los siguientes:

- a. A, B, AB y O: Estos antígenos han servido para la clasificación de los grupos sanguíneos basada en la denominación de los mismos. Esta clasificación se basa en la cualidad de aglutinar o de ser aglutinada que posee la sangre.



- b. M, N y MN: estos tipos fueron descubiertos por los científicos Lancaster y Levine, los cuales fueron identificados biológicamente con sueros de conejo sensibilizados. Por regla general se puede decir que los factores M y N no pueden aparecer en los hijos si no existen en los padres. Asimismo, se establece que un padre o una madre de tipo M no puede ser progenitor de un hijo N, y viceversa.
- c. Factor Rhesus: Este factor es un aglutinógeno descubierto en la sangre de los monos macacos (macacus rhesus). Su presencia en la sangre de un individuo la clasifica como RH positivo y su ausencia lo clasifica como RH negativo.
- d. Factor P: Se divide en P positivo y en P negativo.
- e. Factor S: Está relacionado con el subgrupo MN y es digno de tomarse en cuenta.

Ha sido descubierto a consecuencia de experimentaciones referentes al Factor Rhesus. Las pruebas hematológicas basadas en los antígenos de los eritrocitos son pruebas excluyentes de la paternidad; lo que quiere decir que dependiendo del resultado se puede establecer que una persona no es hija de otra. Esto, ya que los antígenos de los glóbulos rojos de la sangre se transmiten hereditariamente; por lo que si el hijo tiene un antígeno del cual carece su padre o madre, el lazo de filiación sanguínea no existe y la paternidad o filiación debe ser excluida. Es suficiente encontrar incompatibilidad en una sola propiedad pese a que en las otras se manifieste concordancia, para que pueda desecharse la existencia del vínculo filial.

La efectividad de las pruebas hematológicas basadas en los antígenos de los eritrocitos de la sangre; puede variar dependiendo de si se toma en cuenta sólo uno de los factores mencionados. Así, si se toman en cuenta únicamente los grupos A, AB, B, O sólo es posible excluir la paternidad en un 20 por ciento. Sin embargo, se ha establecido que cuanto mayor es el número de factores que se utilicen en una prueba hematológica; más elevada es la probabilidad de descartar a quien no es el padre; de tal manera que si en una prueba se toman en cuenta los antígenos M y N, y el Factor Rhesus ese poder excluyente puede aumentar hasta un 84 por ciento.

#### **4.2.3.2. Investigaciones basadas en los antígenos en los leucocitos de la sangre**

Estas investigaciones parten del antígeno linfocito humano (human lymphocyte antigen). Esta proteína forma el complejo mayor de histocompatibilidad. Todas las personas tienen al menos uno de esos antígenos heredado de cada uno de los padres.

Este tipo de investigación basada en los antígenos en los leucocitos es una prueba concluyente de la paternidad; por lo que permite la determinación positiva del nexo biológico. El autor Eduardo A. Zannoni comenta sobre este tipo de prueba y el aporte que la misma brinda para determinar la filiación, lo siguiente:

“Recientes pronunciamientos, sin embargo, han reconocido el trascendente aporte de la prueba biológica basada en los estudios del complejo mayor de histocompatibilidad



(Human Limphosyte Antigen), que permite la determinación positiva del nexo biológico, trátase de la paternidad o de la maternidad. Se ha reconocido así, que el método de tipificación antígeno-cuerpo en tejidos, es idóneo para determinar con alto grado de probabilidad la paternidad de quien es demandado como presunto progenitor...»<sup>19</sup>

La efectividad en el grado de inclusión de este tipo de prueba es muy alta. Se ha establecido que la utilización del sistema de histocompatibilidad como investigación científica en los juicios de filiación representa un porcentaje de exclusión del 99.85 por ciento de la paternidad.

El autor Eduardo A. Zannoni con respecto a los alcances y usos de los resultados tanto de las investigaciones de los antígenos en los eritrocitos como en los leucocitos en la sangre, manifiesta:

"Por los modernos métodos científicos que complementan el cotejo de factores eritrocitarios con el estudio de antígenos de histocompatibilidad (sistema HLA), marcadores electroforéticos, etc., permiten hoy arribar a la certeza casi absoluta de la paternidad atribuida, sin necesidad de presumirla sólo en razón del hecho probado por las relaciones sexuales.»<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Zannoni. **Ob. Cit.** t. II. Pág. 534

<sup>20</sup> **Ibid.** Tomo II. Pág. 535



#### 4.2.4. Investigaciones genéticas

Este tipo de investigaciones tiene por objetivo la determinación de la filiación mediante un análisis del material genético de las células del cuerpo del hijo comparado con los del presunto progenitor.

“Las investigaciones genéticas se basan en el Ácido Desoxirribonucleico (ADN). El ADN es el material genético en las células del cuerpo de una persona, el cual se encuentra en todos los núcleos de las células humanas. En dichos núcleos están situados los cromosomas. Cada célula nucleada tiene cuarenta y seis (46) cromosomas, con excepción de las células de espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer, que contienen veintitrés (23) cromosomas. En el momento de la concepción hay cuarenta y seis cromosomas necesarios para crear una persona. Por eso, una persona recibe una mitad de su material ADN genético de su madre biológica, y la otra mitad del padre biológico. En los cromosomas se encuentran codificados los genes de una persona, que son segmentos del cromosoma, que químicamente hacen que las personas sean diferentes unas de otras, con distintos rasgos físicos y psicológicos. En los cromosomas de una persona sí existen genes parecidos que se encuentran en todos los seres humanos, pero también variaciones específicas de dichos genes en cada persona, los cuales se denominan alelos y es a través de la detección de esos alelos que se puede determinar el perfil genético de una persona. De lo anterior se puede concluir que cualquier gen de un hijo que no fuere dado por su madre, debe necesariamente haber provenido de su padre.



En la actualidad la prueba de ADN es la forma más precisa para determinar la paternidad. A diferencia de las investigaciones hematológicas como las basadas en los tipos de sangre (A, B, AB u O) que son comunes entre la población, las investigaciones genéticas basadas en el ADN son más precisas, ya que el ADN de una persona es único, con excepción de gemelos idénticos, que son como una impresión dactilar.

La prueba del ADN inicia con la extracción de la muestra que se sujetará al análisis. Ésta puede consistir en gotas de sangre o una muestra extraída al pasar un algodón bucal por la boca y frotarlo contra las mejillas. Es también factible ejecutar la prueba de ADN antes del nacimiento del niño mediante el procedimiento CVS o por el Amniocentesis, los cuales generalmente se ejecutan entre 10 a 24 semanas de embarazo. Luego se extrae el ADN de unas gotas de sangre, células de mejilla o células cultivadas (procedimiento CVS o Amniocentesis). Se utilizan enzimas para cortar la muestra de ADN en fragmentos, que se ponen en una matriz de gelatina. Una corriente eléctrica hará a los fragmentos moverse por la gelatina, los fragmentos más pequeños se mueven a una distancia más corta. El ADN separado en fragmentos se transfiere a una membrana de nailon, que se expone a una sonda de ADN marcado, que es un pedazo corto de ADN hecho a medida que reconoce y se une a un segmento exclusivo de ADN de la persona a la cual se le está haciendo la prueba. Esta membrana de nailon se coloca contra la película, que revelará bandas negras donde las sondas se unieron al ADN. El modelo de bandas visibles del hijo es único, la mitad de las bandas son iguales a las de la madre y la otra mitad a las del padre. Se repite varias veces este proceso, con cada sonda identificándose una zona diferente del ADN y produce un modelo distinto. Para un análisis más certero y preciso se utilizan varias sondas.

Si los modelos ADN entre el niño y el padre presunto no aparecen en dos o más sondas, entonces el padre presunto es excluido en un cien por ciento, que significa que el padre tiene una probabilidad de cero por ciento (0%) de paternidad, lo que es lo mismo a decir que tiene cien por ciento (100%) de probabilidad de exclusión de ser el padre biológico del niño. Si los modelos ADN aparecen entre la madre, el niño y el padre presunto en cada sonda, la probabilidad de inclusión de la paternidad es de noventa y nueve punto noventa y nueve por ciento (99.99%).<sup>21</sup>

#### **4.3. Determinación e impugnación de la filiación en la inseminación artificial y fecundación in vitro**

La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial; la procreación artificial puede ser homóloga, cuando el semen proviene del marido; y heteróloga, cuando procede de un donante, es decir, de una persona ajena a la pareja, y por lo general anónimo.

La inseminación artificial y fecundación in vitro homólogas, desde el punto de vista jurídico, no presentan inconvenientes respecto de la determinación de la filiación del hijo nacido por este método. La paternidad debe ser atribuida al marido, se trata de un hijo legítimo, ya que la técnica ha sido utilizada por dos personas capaces, con su consentimiento, y además coincide la paternidad biológica con la legal; por lo tanto, si se intentase una acción de impugnación de paternidad, a la mujer le bastaría aportar la

---

<sup>21</sup> [www.blogmedicina.com](http://www.blogmedicina.com) (Guatemala, 03 de julio de 2011)



prueba de la fecundación con el semen del marido, que éste ha dado su consentimiento y que la concepción se realizó dentro de los plazos legales

Distinto es el caso de la fecundación asistida heteróloga, ya que se tiende a atribuir una paternidad distinta de la biológica, pues interviene un donante.

La maternidad, generalmente, no plantea problemas ya que es la misma persona la que aporta el óvulo y también del mismo cuerpo de donde nace el niño.

En la filiación matrimonial se presume la paternidad legal, por tratarse de un hijo nacido después de la celebración del matrimonio o dentro de los 300 días posteriores a su disolución. El Código Civil establece que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o la separación de hecho de los esposos; ello es así, pues se presume que el hijo dado a luz por una mujer casada tiene como padre a su esposo. Sin embargo, como esta presunción es *iuris tantum*, puede ser desvirtuada por cualquier medio de prueba; lógicamente, en el caso que se analiza, biológicamente el marido no es el padre del hijo que ha nacido dentro del matrimonio; por lo que de intentar una acción de impugnación de paternidad la misma prosperaría. Por ello, es necesario diferenciar si la fecundación asistida fue realizada con o sin el consentimiento del marido. Es importante para la determinación de la filiación y el ejercicio de las acciones correspondientes, la decisión de que el niño naciera, y esta decisión debe emanar del acuerdo consensuado de la pareja.



Si la fecundación fue ejecutada sin el consentimiento del marido, éste tiene la posibilidad de impugnar con éxito su paternidad, ya que no sólo falta el presupuesto biológico sino también el volitivo, es decir, la decisión del acto procreacional para que ese ser naciera.

Si la fecundación asistida fue realizada con el consentimiento del marido, como aquí se trata de un sistema de filiación diferente, ya que no tiene sustento en su origen biológico, la paternidad del nuevo ser se determina por este acto de voluntad.

Se podría presentar el caso que, una vez dado el consentimiento el marido se arrepintiera. ¿Tiene derecho a impugnar la paternidad? Se considera que no, pues según la teoría de los propios actos nadie puede borrar con el codo lo que escribió con la mano, y menos cuando se está frente a la determinación de la filiación de un nuevo ser. No se puede invocar la ausencia de vínculo biológico, pues desde el inicio fue descartado. El marido tuvo la voluntad procreacional, aceptó la donación de semen, consintió el uso de la técnica que se implementó; por lo tanto, debe asumir las consecuencias jurídicas de su decisión.

En consecuencia, si hubo consentimiento, la paternidad debe atribuírsele al marido, y por supuesto la filiación es matrimonial.



#### 4.4. **Determinación de la filiación de la maternidad subrogada**

La figura de las madres subrogadas o sustitutas, aparece cuando una mujer es infértil o produce óvulos pero no puede gestar; se recurre así al contrato de otra mujer que permita la gestación de un nuevo ser en su cuerpo.

En el primer supuesto, la pareja contrata a otra mujer para ser inseminada artificialmente con el esperma del esposo de la mujer infértil, la que cedería al niño luego de nacido; es el caso de la madre subrogada.

En el segundo caso, se le extraería un óvulo que sería fertilizado en vitro con el esperma del esposo y luego se le implantaría a otra mujer, que se subrogaría en la gestación de la primera; sería la madre subrogada en la gestación.

#### **¿A quién le correspondería la maternidad?**

Este es un problema que ha de resolverse con prontitud, dado los logros científicos que se están obteniendo. La doctrina mayoritaria sostiene que la mujer que da a luz es la madre de la criatura. La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstetra que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento



expreso o que, quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido. Esta norma se apoya en el vínculo biológico, ya que atribuye la maternidad al hecho del parto, por el principio mater semper certa est.

Las nuevas técnicas de reproducción asistida permiten disociar a la madre genética con la madre gestacional; suscitando el problema de determinar a cuál de las dos mujeres se le debería atribuir la maternidad.

Sin embargo, es necesario tener en consideración otros aspectos que son tan importantes como llevar en el vientre al neonato; como lo son: la voluntad y el afecto.

Aquí cabe preguntarse: ¿quién o quiénes tuvieron el afecto y voluntad genuina que ese niño naciera? Independientemente la opinión que me merezca la maternidad subrogada, teniendo un pensamiento amplio y reconocer (como todos) que actualmente es un hecho su implementación, considero que madre legal es aquella que ha tenido la voluntad, convicción certera y que ha puesto todo su amor para que ese niño naciera. La mujer que prestó su cuerpo para que ese ser naciera no tuvo affectio nasciturus, y en el supuesto (no improbable) que haya tenido un sentimiento, éste estaría dirigido hacia los que serían los padres.

El fin de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro, es otorgar la paternidad-maternidad a las personas que han deseado un hijo para ellos y no a la persona que ha prestado un servicio, llámese éste donante de esperma, óvulo y/o vientre.

Para determinar en la fecundación extracorpórea quién es la madre legal, se tendría que tener en cuenta quién ha tenido la voluntad de que ese hijo naciera y quién en definitiva quiere asumir el rol materno; de ello se desprende que sería tanto aquella que ha aportado su óvulo como aquella totalmente infértil; porque son las que en definitiva demostrarán el affectio nasciturus. La única diferencia es que si hubo trasplante de óvulo en la mujer gestante coincidiría la maternidad genética con la legal; si no hubo se estaría en presencia de una maternidad legal.

El padre sería el marido de la persona a quien se le haya atribuido la maternidad legal, mediando siempre el consentimiento expreso de ambas partes para el sometimiento de estas técnicas.

Otro caso que se ha planteado recientemente, es la fecundación asistida por donación de material genético. La técnica consiste en llenar el óvulo de una de las mujeres con el material genético de una mujer más joven. El óvulo de la mujer actúa como continente y el material genético de la más joven sería el contenido; una vez fertilizado con el esperma del marido es trasplantado a la esposa.

En este caso de donación de óvulo, la madre legal sería aquella que puso el óvulo y su cuerpo como continente y no la donante del material genético. La filiación sería matrimonial.

**¿Qué sucede con los terceros interesados?**



Los terceros interesados pueden impugnar la maternidad en todo tiempo, apoyados en que la maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo...; para estos últimos no es relevante que se haya dado o no consentimiento.

En este campo se debería legislar al respecto, pues no se le puede privar de filiación a un ser que nació por medio de estas técnicas (que por otro lado no están prohibidas). No es que él haya pedido venir a este mundo, sus padres lo trajeron (por el método que fuere); ellos quieren asumir las consecuencias de esa decisión, sin embargo, terceros interesados tienen la posibilidad de impedirlo, llegando hasta tal punto, que de prosperar la acción, este niño quedaría sin filiación conocida.

“Los terceros interesados no deberían intervenir (salvo casos especiales y taxativamente reglados), porque estarían violando no sólo el derecho (de la pareja) a ser padres, a la privacidad, a la intimidad; sino también el interés superior del niño, privándolo de una filiación que le pertenece. Filiación, que esos padres, por el método que fuere, decidieron darle; decisión que tomaron libre, conjunta y conscientemente.”<sup>22</sup>

Este capítulo hace una referencia a los problemas que pueden presentarse durante el desarrollo del proceso de un alquiler de vientre y las diversas formas en que se han solucionado problemas similares en la antigüedad y dando como resultado la deducción

---

<sup>22</sup> Ferrer, Francisco. *El embrión humano y la nueva Constitución*. Pág. 12



que el método mas seguro e idóneo gracias a los avances científicos es la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico (ADN).





## CAPÍTULO V

### 5. Contrato de alquiler de vientre

#### 5.1. Concepto

Según el Código Civil guatemalteco hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear modificar o extinguir una obligación, dicha obligación que se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

En el caso del contrato de vientre de alquiler las partes, es decir los padres portadores del genoma o gameto disponen implantarlo por medio de la fecundación in vitro en un vientre ajeno a ellos, en este caso un vientre de alquiler. De esto se concluye que el contrato de vientre de alquiler es un contrato principal; por medio del cual una mujer pone a disposición de otros su vientre para que sea inseminado artificialmente o se le implante una célula fecundada con el objeto de crear una nueva vida y dar a luz un nuevo ser humano, a cambio de una remuneración económica o de una satisfacción moral.

## 5.2. Partes que intervienen en el contrato de vientre de alquiler

Al respecto, en este tipo de relaciones jurídicas intervienen dos partes principales: Por un lado, la pareja contratante; por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación.

- a. La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento (fecundación homóloga).
- b. La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido (fecundación heteróloga).
- c. El material genético es aportado por individuos (parcial o totalmente) ajenos a las partes intervinientes en la relación sustantiva (fecundación heteróloga).

Se puede señalar al respecto, que en el primer supuesto se habla de una maternidad subrogada propiamente dicha, puesto que se presenta el elemento de que el niño es totalmente ajeno genéticamente a la gestante, siendo la pareja contratante con quienes se establece lazos de correspondencia genética. Así, en relación al segundo tipo, se presenta una situación que varía la relación sustancialmente, ya que la madre portadora es también quien aporta el óvulo, ello significa que el nuevo ser posee 23 cromosomas que guardan identidad con el genotipo de la signataria; en resumen la gestante es la



madre legítima del menor, quien por efecto del contrato suscrito se compromete a entregar al neonato a su correspondiente padre, hecho que sugiere ceder la custodia del hijo al esposo de la pareja contratante, renunciar a la tenencia y a ejercer la patria potestad; del recién nacido, posibilitando al padre ejercer la patria potestad, en este supuesto no se liquida la relación entre la madre y el menor, ya que la ley le reconoce derechos de régimen de visita y la obligación de prestar los alimentos a favor del hijo alimentista. Es diferente el caso en que la madre genética y gestante por fuerza del acuerdo se compromete a dar en adopción al menor a la pareja contratante, extinguiendo de esta manera el vínculo materno-filial, y otorgándole la calidad de padres adoptivos a la pareja comitente. Por otra parte, en referencia al tercer caso se puede decir, que es un típico proceso de inseminación artificial, en donde el material genético le es ajeno (parcial o totalmente) a las partes en la relación jurídica sustantiva del alquiler de vientre, del cual se desprende puede revestir una serie de situaciones:

- a. En el caso que le sea parcialmente ajeno, ya que puede ser producto del óvulo o espermatozoide de un familiar de la pareja pactante, se entiende que el material genético dado por donación (óvulo, espermatozoide), se hace por libre voluntad y en tal sentido no existe cuestión controvertida al respecto de la titularidad de la información genética, ya que al donar un gameto, se renuncia a todo derecho sobre él y las consecuencias de su uso. Al mencionar que es relativamente ajena a las partes contratantes en la relación, da pie a que puede resultar que este vínculo proviene de la ofertante del vientre, dado que el marido de la gestante podría haber donado sus gametos; en cuyo supuesto la única forma de efectuar la entrega del menor a la pareja comitente sería a través de la figura de la adopción.

- b. En el supuesto de que el material genético le sea absolutamente ajeno, se aplicaría el axioma mater semper certa est, reputándose a la gestante como la madre legal; en dicho caso por fuerza del acuerdo pacta sunt servanda se ve compelida a entregar al menor mediante la vía de la adopción, pudiendo asumir la posición de contravenir lo acordado y asumir los deberes de madre, sin que la pareja u otro pueda alegar vínculo biológico alguno con el recién nacido.

### **5.3. Naturaleza jurídica del contrato de vientre de alquiler o subrogación materna**

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, se entiende que un contrato es de naturaleza privada, es una declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica que se expresa en un documento privado; es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades; si ello fuera así, se convalidaría el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes y objeto de una cláusula; lo cual no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos. En base a lo anterior se considera que dicho contrato; no es netamente de carácter privatista; por el contrario prima en él el interés público, puesto que lo que acá se discute es una vida humana y la salud de la arrendante; bienes jurídicos protegidos por el sistema jurídico, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo; por lo que compete al interés público del Estado regular la



presente relación jurídica en observancia del principio tuitivo y de respeto a la dignidad y los derechos humanos; siendo él quien prevenga el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, a través del órgano jurisdiccional con la intervención y derecho de contradicción por parte del Ministerio Público; es por ello que es necesaria la autorización judicial para contratar este tipo de servicios.

Hay algunos que consideran la tesis de que este tipo de relaciones jurídicas es de interés social; así lo considera el connotado jurista español Jaime Vidal Martínez: “Un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, por lo cual se entiende que dicho acto jurídico como contraviniente a las buenas costumbres aceptadas, sería nulo, viciado de invalidez y de repudio moral por parte de la sociedad; si bien esta posición es respetada, este punto de vista no conduce a la solución del problema sino por el contrario lo agrava, ya que es un fenómeno social que requiere solución por parte de la ciencia jurídica; por eso se estima que dicha relación es de interés público pero de derecho privado, al igual que el derecho de familia que adopta una enfoque ecléctico”<sup>23</sup>.

Por otra parte es necesario advertir otra dificultad al respecto, el Código Civil guatemalteco el Artículo 1517 establece que: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, nótese que se refiere a una relación jurídica de orden patrimonial, lo que en la doctrina se denomina negocio jurídico”, ahora cabría preguntarse sobre si en este tipo de relación jurídica por la cual se contrata los servicios de una madre subrogada, constituye una relación de índole patrimonial, económica o pecuniaria, es decir si la materia del consentimiento u objeto

---

<sup>23</sup> Martínez, Jaime Vidal. *Alquiler de vientre*. Pág. 191

de contrato es un patrimonio de las partes, admitir ello sería considerar que el vientre y la vida del concebido es un bien patrimonial de disposición por parte de los signatarios y ejercen derecho de propiedad sobre el mismo, dado que ello es absurdo, es válido concluir que en el contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada interviene el interés público para regular los excesos de la voluntad de los particulares.

En suma la naturaleza jurídica de la relación sustantiva constituida entre los padres genéticos y la madre subrogada; viene a ser de derecho privado, pero de interés público.

#### **5.4. Figuras jurídicas de la relación consensual y denominación de las partes**

A raíz del surgimiento de este fenómeno, en el cual una mujer puede dar a luz al hijo de otra, da el denominado alquiler de vientre; ello debido a que los primeros estudios enfocan la atención de los sociólogos y juristas en el acto por el cual la pareja contratante, arrienda el vientre de la mujer ofertante para que lleve en él, la gestación de sus gametos fecundados. Al respecto cabría preguntarse si dicha figura es un auténtico contrato de arrendamiento.

Se entiende que en un contrato de alquiler tal como lo regula el Código Civil vigente, intervienen un arrendador concebido éste como la persona que da en arriendo una cosa a cambio de un precio estipulado; que para la relación jurídica en estudio viene a ser la mujer que alquila su vientre o funge como madre sustituta; por otro lado, también



interviene un arrendatario, que es la persona que toma en arrendamiento una cosa por la cual paga un precio determinado; para el caso concreto, el arrendatario viene a ser la pareja que contrata a la mujer como madre portadora; así también, hay una cosa o bien materia de alquiler, que viene a ser el vientre.

Pero ello lleva a preguntarse si el vientre de una mujer (claustró uterino) es de disposición de la titular del mismo, y si ejerce derecho de disposición sobre él; asumiendo una posición flexible se diría, que al igual que en la donación de órganos y gametos, esta disposición procede, siempre y cuando no afecte o disminuya considerablemente la salud de la arrendante; sin embargo, el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio. No obstante lo cual, resalta que la disposición del mismo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible.

Hasta este punto se podría considerar a esta relación como alquiler de vientre; sin embargo, cabe la crítica a esta tesis, ya que la arrendataria no adquiere una posición pasiva en la relación jurídica material, como sí sucede en el alquiler convencional; ya que ésta además de arrendar el vientre, asume una serie de obligaciones (cuidado y custodia) al respecto del concebido durante todo el proceso de gestación; por lo cual se puede indicar que el contrato de arrendamiento no se ajusta al hecho y naturaleza de la relación, porque esta figura regula sólo el supuesto de que esta prestación se dé a cambio de una retribución, situación no absoluta.



Incluso hay dos figuras del Código Civil vigente, que pueden amparar esta relación con el objeto de hallar protección legal del orden jurídico; por ello se puede decir que la maternidad subrogada no es un alquiler, es más adecuado decir que dicho contrato, cuando reviste una contraprestación de dinero o alguna retribución, es una prestación de servicios en la modalidad de locación de servicios.

Por otro lado, cuando de la intención de las partes, se deduzca que la naturaleza de ésta es gratuita, será aplicable la figura del comodato, ya que es un acto por el cual el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva; nótese la diferenciación de la denominación de las partes, donde el comodante viene a ser la mujer que dispone su vientre, de modo gratuito y altruista, a fin de que sea inseminado, mayormente ello se da cuando existe un vínculo parental de la mujer comodante del vientre (hermana, prima, sobrina etc.) con la pareja que viene a ser el comodatario.

La pareja comodatario, no tiene obligación de retribuir o remunerar la entrega en un sentido lato, pues es gratuita; pero si la obligación moral de procurar el bienestar y atención de la mujer gestante e incluso proveerle alimentos.

En resumen, la denominación de las partes varía según el hecho y forma que revista la relación jurídica material; pero debido a que el término alquiler de vientre está enraizado y familiarizado en la sociedad y es de uso común, se va a considerar su utilización para referirse a la maternidad subrogada, por una cuestión meramente práctica, en el presente trabajo, sin contradecir la posición contraria al respecto.



Es importante recordar que en derecho de familia existe la convicción de que la teoría se enfrenta a la realidad; y es por ello que muchas veces la norma se flexibiliza para salvaguardar el bienestar de la institución familiar; así, en esta perspectiva se es de la opinión de que el no tutelar las relaciones jurídicas del alquiler de vientre; devendrá en que los particulares de este tipo de acuerdo se coloquen al margen de la ley, desvirtuando la existencia del mismo; es por ello que se cree firmemente que es necesario declarar la validez de este tipo de convenio, estableciendo para ello ciertas condiciones para su tutela; ello es un camino encausado y certero por el cual se enrumbe este tipo de relaciones por la vía de la legalidad controlada y con pleno respeto de los derechos humanos.

#### **5.5. Licitud del contrato de alquiler de vientre**

Este es uno de los principales problemas, para una reglamentación adecuada sobre una reproducción asistida con el concurso de un alquiler de vientre; ya que para algunas legislaciones es contraviniente e intolerable al orden público, y es por ello refutado de invalidez y punible dicha práctica en muchos Estados; pero como se ha venido sosteniendo, lo que se trata acá es dar soluciones legislativas y no de salidas penalizantes que sólo tienden a agravar aún más la problemática: En este sentido, opinan Medina y Erades; “El consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se



vulneren la moral y el orden público. Sin embargo, lo que es indisponible e irrenunciable es el derecho a la patria potestad dado anticipadamente por la gestante”<sup>24</sup>.

Para autores como Llego Yague y un sector de la doctrina hispana “Estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.”<sup>25</sup>

“En el ámbito de la doctrina regional, en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan 1989) se manifestó que: “La disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro, es contraria a la moral y al orden público”<sup>26</sup>.

Gustavo Bossert, en cambio, “Admite la licitud de este pacto cuando el mismo es gratuito, desconociendo, sin embargo, acción a los contratantes para reclamar el niño; siendo la obligación de quien presta su vientre de tinte puramente natural y, en consecuencia, no exigible judicialmente.”<sup>27</sup>

“En las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros celebradas en 1992, los Dres. Bueres, Bossert, Gesualdi, Cifuentes y Kaller de Orchansky, afirmaron que la práctica de la maternidad subrogada no ha de considerarse ilícita en sí misma. No obstante, cabe declarar la ineficacia de los acuerdos de voluntad referidos a la filiación o al pago de un precio. En sentido opuesto, los Dres. Nuñez, Noutel, Pereira,

---

<sup>24</sup> Medicina, Graciela y G. Erades. **Maternidad por otro. Alquiler de úteros.** Pág. 8.

<sup>25</sup> Llego, Yague. **La genética actual y el derecho de familia.** Pág. 47.

<sup>26</sup> García Rubio, Mari Paz. **La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida, consideraciones respecto del derecho civil español.** Pág 68.

<sup>27</sup> Parellada, Carlos. **Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético.** Pág. 425



Tanzi, Lombardi, López Cabana, Loyarte y Rotonda, dejaron establecida su opinión en el sentido de que este contrato es ineficaz, puesto que excede los límites establecidos por la autonomía de la voluntad, y contiene un objeto y una causa o fin ilícitos”.<sup>28</sup>

Sin embargo, se deben señalar algunas circunstancias que infunden invalidez, ilegalidad e incluso conducta delictiva a este acuerdo; así por ejemplo: el caso en que se simule el embarazo de la madre genética, ello se configura cuando el nombre de la esposa de la pareja comitente; figura en las consultas y ecografías de la mujer gestante e inclusive en el registro de la clínica al momento del alumbramiento, facilitando ello la inscripción del menor como hijo de la pareja comitente, en su mayoría dichas acciones se realizan con la complicidad del médico que atiende el embarazo, ello por lo general en clínicas privadas que ofrecen facilidades; faltando así a la ética profesional, y delinquiendo; puesto que dicha conducta está tipificada en el Código Penal guatemalteco vigente que regula sanciones para quienes realicen inseminación forzada o fraudulenta (Artículos 224 “A” y 225 “A”). El Artículo 225 “C” del mismo código se refiere a la experimentación y establece sanciones para quien aun con el consentimiento de la mujer, realizare en ella experimentos destinados a provocar su embarazo. No se consideran experimentos los diversos intentos para procurar el embarazo, que se realicen conforme a una técnica ya experimentada y aprobada; esto dado que se cumple la tipicidad objetiva y se busca proteger el estado civil del menor como bien jurídico tutelado; como se ha visto en estos supuestos la figura del alquiler de vientre puede adquirir un contraste delictivo e ilegal.

---

<sup>28</sup> Ibid.



## **5.6. Efectos jurídicos del alquiler de vientre**

### **5.6.1. Por la sola celebración del acuerdo**

Una vez suscrito el instrumento privado surte sus efectos jurídicos para las partes en lo que compete:

- Queda establecida la calidad de partes.
  
- Se determina el ámbito espacial y temporal en donde se realizará la etapa de inseminación y la subsiguiente etapa de preñez.
  
- Por efecto del ámbito espacial se sujetan a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se lleva a cabo el proceso de subrogación materna.
  
- El arrendador se obliga a la prestación del vientre para ser inseminado artificialmente.
  
- Los arrendatarios se comprometen a brindarle los cuidados necesarios durante la gestación y al pago de un estipendio al concluir el proceso.
  
- Cláusula condicionante o circunstancial: Opera frente a determinadas situaciones, en algunos casos se estipulan algunas condiciones eventuales o circunstanciales, en cuyo caso una de las partes queda obligada a adoptar determinada conducta por la fuerza del acuerdo celebrado, por ejemplo:



- a. Algunos arrendatarios señalan que en caso de que el embrión, tras la prueba de amniocentesis adolezca de una enfermedad congénita o genéticas; éste deberá ser abortado por la gestante.
  
- b. En caso que la gestante pierda al párvulo por culpa o negligencia, ésta no tendrá derecho a reclamar el precio convenido por tal acuerdo.

Es importante señalar que en los casos en que operan este tipo de cláusulas, al respecto del primer ejemplo descrito, sucede sólo en determinados ordenamientos en donde el aborto es un hecho legal; claro que ello no puede ponerse en práctica en la realidad jurídica, ya que ello constituiría un acuerdo ilícito, puesto que contraviene el ordenamiento jurídico público y en consecuencia sería nulo; por otra parte, el aborto es un delito y ello significa que en caso de ejecutarse dicha cláusula los coautores, cómplices y partícipes, serían objeto de la sanción que corresponda.

#### **5.6.2. Por efecto del parto o alumbramiento**

Una vez ha dado a luz la mujer, surgen una serie de efectos jurídicos (derechos y obligaciones):



La madre gestante se obliga a entregar al recién nacido a los padres biológicos genéticos; este tipo de entrega de acuerdo al orden jurídico se puede realizar de dos modos:

- a. Se entiende que el orden jurídico reconoce la calidad de padres a quienes dan el material genético; por el cual los padres legítimos y legales son los arrendatarios de la relación jurídica, siempre y cuando sean sus gametos fecundados los que dan origen al neonato. Así, se desecharía la máxima del derecho romano que expresa *mater semper certa est*, que consagra la maternidad por medio del parto, que simboliza el hecho vinculante y de identidad entre madre e hijo; es de entender que estos conceptos han sido removidos y cuestionados por los avances científicos, ya que una persona puede dar a luz a un individuo, que le sea completamente ajeno genéticamente (genotipo, fenotipo). Cabe aclarar que el ejemplo acá citado se puede convalidar en un ordenamiento donde el principio o máxima *opere mater semper certa est*, si dicha relación se constituye a partir de una autorización judicial.
- b. El segundo caso, se da en aquellas legislaciones en que aún se consagra la determinación de la maternidad mediante la máxima *mater semper certa est*; así, para efectos legales la madre es la gestante, quien dará en adopción al niño producto del proceso de fecundación *in vitro* a los padres genéticos, por los cauces legales establecidos para este caso; pero en realidad lo que se está suscitando es el cumplimiento de la obligación contraída por medio del acuerdo.



- La gestante recibirá el pago del justiprecio establecido, a manera de retribución
- por la prestación del vientre o subrogación de maternidad.

- Queda disuelta la relación jurídica material por efecto de la entrega del menor a
- sus padres genéticos y la cancelación del estipendio a favor de la arrendante.

- En base a lo anterior preciso señalar una serie de apreciaciones al respecto:

El nuevo ser deja de ser objeto de derecho y pasa a reconocérsele como sujeto de derecho, adquiriendo las prerrogativas de su condición, pero entonces surgen otras interrogantes: ¿Qué viene a ser el concebido en dicha relación jurídica sustantiva? En ese sentido se pueden esgrimir distintas hipótesis: ¿En calidad de qué interviene? ¿Es acaso una parte, un tercero u el objeto materia del acuerdo?

- a. Se puede decir que es una parte, pero el problema resultaría en probarlo, ya que su conducta no es la de una parte interviniente en el acuerdo, puesto que no denota consentimiento alguno al momento de la celebración del convenio; muy por el contrario, él aún no existe y menos adquiere obligaciones ni derechos en calidad de parte, puesto que no puede otorgársele derechos a un individuo que no tiene existencia alguna, y menos obligaciones, ya que no tiene capacidad para responder ante ellas.
- b. Entonces se afirmarí que es un tercero, un tercero del cual se dispone, sin requerir consentimiento para ello; se podría decir que es un tercero a quien se le otorgan derechos en todo lo que le favorezca; es entonces cabría preguntarse qué



clase de derechos; si se considera que la vida es un derecho inherente al individuo, y que no surge como consecuencia de convenio alguno; en este sentido se podría decir que es un sujeto de derecho, puesto que tiene derecho a la vida; e incluso hereditario; pero ello no resulta así, puesto que bajo la existencia de la cláusula circunstancial su vida está condicionada a que éste nazca sano y no adolezca de ninguna enfermedad, si no es simplemente desechado como un bien inservible; en dicho supuesto queda descartada la posición de sujeto de derecho, ya que se dispone de su vida obedeciendo al interés privado de la partes, es como un bien que simplemente si no cubre sus expectativas lo desechan; en este aspecto no puede ser un tercero, puesto que para las partes no tiene calidad de persona.

- c. La última posición al respecto, de considerarlo como un objeto. Es una situación indignante considerar cosa u objeto a un ser humano, pero al parecer de las partes no viene a ser más que ello; lo dicho se deduce de que el objeto central del acuerdo es el proyecto de vida de un nuevo ser, del cual se dispone, por libre acuerdo de los signatarios, quienes condicionan la vida independiente del mismo, incluso a hechos tan absurdos como expectativas del hijo, como la salud plena del menor. Es entonces a instancia de partes que el concebido en la relación jurídico material no es más que un objeto de derecho, que adquiere categoría de sujeto por medio del nacimiento, puesto que como vida humana independiente el ordenamiento jurídico lo ampara. Al respecto el español Jaime Vidal Martínez expresa: “La legislación que, en el código civil de España (art. 1271), establece

que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando, por ello, la nulidad del mismo”<sup>29</sup>.

“Es necesario señalar que ello se da cuando prima el interés privado por encima del interés público, bajo el estricto cumplimiento del principio de la libertad consensual de los particulares; ello en un mercado de competencia perfecta en un modelo liberal puro en el cual, el principio dejar hacer dejar pasar es el fundamento de tales atrocidades que van en contra de la dignidad humana y los derechos humanos; lo cual no se suscita cuando el Estado intervine cautelando las actividades de los particulares, en busca del bienestar común y la defensa de los derechos fundamentales de la persona. Es por ello necesario un Estado cautelador y vigilante en vez de un conminado de piedra que abandona su fin y se corrompe por el juego viciado del libre mercado, que consiente la desnaturalización del ser humano en un mero objeto.”<sup>30</sup>

### **5.7. La necesidad de su regulación legal**

“El derecho, entendido como ciencia variable y dinámica, como un producto social que debe adaptarse a las demandas sociales o cambios que inciden en las relaciones humanas para aportar soluciones concretas; debe ir a la par del desarrollo científico. Una de las ciencias que influye determinantemente en el derecho es la ciencia médica. Dándose significantes aportes de la biología, la cirugía, la procreática y la genética.

---

<sup>29</sup> Vidal Martínez. **Ob. Cit.** Pág. 191

<sup>30</sup> **Ibid.**



Muchas de estas ciencias han marcado de forma determinante al derecho, de manera tal que este último ha visto caer muchos de sus dogmas y postulados.

Existen diversos intereses en conflicto surgidos a causa de la proliferación de la práctica de las técnicas de reproducción asistida; como el interés de los hijos de conocer su propio origen biológico; de los padres de que se garantice el normal desenvolvimiento de la praxis; del donante o prestador en el anonimato; de la sociedad en que alguien se haga cargo de un posible feto deforme; así como en la defensa de la vida a generarse, entre otros. Dependiendo ello de la gravedad del riesgo propio de cada técnica de reproducción asistida. Nos encontramos, por tanto, inmersos en una realidad que requiere de una urgente regularización, donde toda actitud de pasividad por parte de juristas y legisladores puede ser entendida como de anuencia.

En todo el mundo se han venido dando desde la década de 1980, diversos casos problemáticos producto de la aplicación de la técnica conocida como embarazo por sustitución, maternidad subrogada, arrendamiento de útero o vientre de alquiler, en sus tres modalidades: madre portadora, madre sustituta y embriodonación; cuya característica común es la gestación por parte de una tercera. Esta práctica se extendió rápidamente en Estados Unidos. Es más, en diversos estados americanos existen centros que brindan este tipo de servicios, en la India, es una práctica muy difundida, tolerando incluso la subcontratación y comercialización de la prestación del servicio. Siendo, por otro lado, una práctica tolerada en los Países Bajos, bajo ciertas formalidades y condiciones. En Brasil, por ejemplo, la Resolución CFM N° 1358/92 del Consejo Federal de Medicina en su Sección VII, permite a los centros de salud de este



país crear una situación de sustitución por donación temporaria de útero cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. Sin mencionar que en diversos países como en el Reino Unido, España, Alemania, Suecia, Noruega, Hungría, Portugal y Japón es una práctica permitida, o que en muchos países como Francia se discute actualmente su permisión legal.

En nuestro medio, durante los últimos años se han producido diversos conflictos a causa de la desregularización de la técnica del embarazo por sustitución, sobre todo con respecto a la determinación de la filiación y a la subcontratación clandestina de madres por subrogación. Lamentablemente, es probable que la actitud de pasividad descrita pueda estar siendo entendida como de consentimiento o permisividad.

El mayor escollo, de la legislación guatemalteca es nuestro Código Civil, que desarrolla la presunción de maternidad (*mater semper certa est*) con el supuesto jurídico de que la maternidad se prueba con el parto. Similar inconveniente lo comporta el Artículo 9 del Decreto 91-96, Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, cuando establece: queda terminantemente prohibida la venta y comercialización interna y exportación de cualquier órgano o tejido, dejando así como únicas alternativas el negocio gratuito, donde debería considerarse como causa del negocio jurídico toda declaración seria sobre la razón de la atribución que implique un elemento distinto del intercambio jurídico, que no existe y el contrato de arrendamiento de vientre donde la



madre gestante (sustituta o portadora) tenga algún vínculo de parentesco con la pareja comitente (requisito impuesto en la legislación holandesa)”<sup>31</sup>.

Como es sabido en el estudio del Derecho para que se dé una regulación legal debe existir primero el fenómeno social y cuando éste se vuelve problemático o popular es ahí cuando se crea la necesidad de que sea regulado jurídicamente; el contrato de vientre de alquiler en Guatemala es ya un fenómeno social, ya que basta con ingresar a un buscador de internet y escribir vientre de alquiler en Guatemala y aparecen una cantidad de anuncios requiriendo el servicio u ofreciéndolo aunque no se señalan los requisitos y las bases para la prestación del mismo; ya que por tratarse de un tema tabú todas estas situaciones son tratadas con el mayor cuidado, con el objeto que permanezca en secreto.

Se ha tratado este tema en la presente tesis, ya que se observa que hay personas que lo practican; sin embargo, no tienen ninguna seguridad ni certeza jurídica al realizar estas actividades. Y aunque en algunos países ya se encuentre alguna regulación al respecto, ésta se encuentra en otros idiomas o es muy escueta, sin tomar en cuenta todos los aspectos necesarios para la redacción y regulación de un contrato de esta naturaleza; y las interpretaciones que se le han dado lejos de ayudar a desenredar este problema confunden más y hacen cada vez más complicado el estudio del tema y su regularización.

---

<sup>31</sup> [www.rincondeleabogado.com](http://www.rincondeleabogado.com) (Guatemala, 13 de diciembre de 2011)



En Guatemala, se dan diversos conflictos acerca de la práctica no regulada jurídicamente de este tema; como por ejemplo:

- a. ¿Quién deberá costear los gastos de la madre subrogada durante el tiempo de la gestación y después de éste los de su recuperación?
- b. ¿Cómo deberá inscribirse en el Registro Nacional de las Personas RENAP el niño que nació de esta práctica?
- c. ¿Deberá usarse la institución de la adopción para que los padres biológicos sean los padres legales del niño?
- d. ¿Cómo deberán resolver los tribunales las controversias nacidas de este tipo de contratos o prácticas?

Un aspecto que es importante regular, es lo relacionado con el resguardo de la salud de la madre subrogada; debido a que una mujer en estado de gestación puede padecer de diversos quebrantos de salud, y la recuperación después del parto es en algunas ocasiones prolongada; podría necesitar no sólo asistencia médica sino que también asistencia psicológica al entregar al niño que llevó en su vientre durante nueve meses; o bien regular quien debe cubrir todos los gastos para el cuidado de la salud de la madre subrogada.

Asimismo, no se considera que exista inconveniente alguno en permitir la onerosidad del contrato; en aras del dinamismo del derecho y de su adaptabilidad a la realidad, del libre comercio, del aprovechamiento de la capacidad reproductora de la mujer que



arrienda su útero, y su correspondiente valorización económica, así como del probable interés de la pareja comitente en incentivar la devolución del nacido, sano.

Resulta evidente que en este tipo de contrato, siempre se presentarían costos necesarios como los gastos médicos, los cuales comportarían ya no una simple carga para la pareja comitente, sino una obligación propiamente dicha en salvaguarda de la integridad del concebido y de la madre gestante. Además, existiría siempre un compromiso por parte de la pareja comitente de aceptar al futuro neonato aun cuando éste naciera deforme o con alguna incapacidad; o sea, una obligación legal, una promesa independiente de la esencia del contrato o una obligación de la parte contra la cual se dirige esa acción contraria que dimana de hechos accidentales.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta que la gratuidad del contrato hace menos rigurosa la evaluación de la culpa, quedando generalmente excluida la garantía en los contratos gratuitos. Por otro lado, la subcontratación no comporta necesariamente un mal, de ser ésta debidamente regulada; o si se contara con un organismo gubernamental encargado de la aprobación previa administrativa, así como de la fiscalización, y del informe a remitirse al órgano administrativo competente, de ser el caso. Incluso se podrían establecer prestaciones obligatorias de asistencia psicológica durante la ejecución de la prestación y con posterioridad a la misma, en resguardo de la integridad psíquica de la madre sustituta; en virtud del deber de buena fe objetivo o contractual, como cláusula normativa general.



Asimismo, para su correcta fiscalización se debe tener en cuenta la creación de un registro único de este tipo de contratos. Además, la empresa sub-contratante se encargaría de manera más eficiente de cumplir con los requisitos usuales como el informe policial, el historial obstétrico o la evaluación psicológica previa. Es imposible evitar el tráfico dado el constante aumento de la demanda, por lo que lo mejor sería permitir la subcontratación pero con necesarias restricciones para evitar la explotación.

Respecto al tema de la inscripción del niño en el Registro Nacional de las Personas, todas las personas tienen derecho a un nombre según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y aunque la legislación no regule este derecho como tal, la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 42 refiriéndose a los derechos inherentes a la persona humana, que los derechos y garantías que otorga la Constitución Política no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el particular.

Por lo tanto, el derecho a un nombre, a una familia, son derechos que le asisten al nuevo ser nacido de esta situación; pero los criterios registrales y la legislación aplicable no lo contemplan, y se da el problema que niegan la inscripción, debido a que el Código Civil establece que la maternidad se prueba con el parto que solución se dará a este problema, debido a que el RENAP se negará a inscribir al niño como hijo de la madre biológica o deberá ésta adoptar a su propio hijo; lo cual no debería ocurrir por ningún motivo, ya que los contratos deberían contemplar esta situación; así como la legislación debe regularlo con el objeto de evitar la falsificación de los documentos que



extienden los médicos y las comadronas, para que las personas inscriban a sus hijos de una manera anómala.

Finalmente, cabe recordar que si el derecho no es consecuente con la realidad humana que pretende regular y con los nuevos valores que con ella emergen; se presentará de todas maneras dicho fenómeno al margen de la ley. Por lo tanto, es urgente que se regule todo lo relacionado a los contratos de vientres de alquiler o de madres sustitutas, puesto que se ha convertido en una necesidad para muchas parejas que no pueden tener hijos.



## CONCLUSIONES

1. El problema en los hijos nacidos de madres de alquiler es que no se puede probar el parentesco por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho, tanto para los hijos como los padres.
2. Cuando nacen los bebés de un vientre de alquiler no se puede demostrar la filiación con los padres biológicos, dando como resultado que médicos y comadronas extiendan certificados falsos para presentarlos al Registro Nacional de Personas.
3. Los vientres de alquiler es una figura que jurídicamente no existe en la legislación guatemalteca, por lo que no hay manera de poder redactar un contrato de este tipo, del cual deviene como resultado la práctica de acciones ilegales para llevarlos a cabo.
4. La procreación in vitro es una práctica permitida en Guatemala que cada día tiene más demanda, pero que no cuenta con la regulación jurídica adecuada para resolver los conflictos que puedan surgir en caso de incumplimiento.



## RECOMENDACIONES

1. Para demostrar la filiación que existe entre padres biológicos e hijos de madres de alquiler también se tiene que regular este procedimiento. Regular en el Código Civil prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico (ADN) para probar el parentesco que existe entre el hijo nacido de una madre de alquiler y la pareja concomitante.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe regular dentro del Código Civil el procedimiento para demostrar la filiación que existe entre padres biológicos e hijos de madres de alquiler, para evitar que se extiendan partidas de nacimiento y constancias de comadronas autorizadas falsas.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe tipificar en la legislación guatemalteca la figura jurídica de contrato de alquiler de vientre, para que estos contratos puedan ser redactados de una manera eficaz, definiendo los derechos y obligaciones de cada una de las partes, dotándolos de certeza y seguridad jurídica.
4. El Congreso de la República de Guatemala al legislar el contrato de alquiler de vientres deberá tomar en cuenta las mismas sanciones aplicables al incumplimiento de cualquier contrato civil, para que las partes puedan gozar de certeza y seguridad jurídica.





## BIBLIOGRAFÍA

- ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**. Tomo 1. Segunda edición. Cárdenas Editor y. Distribuidor. México, 1985.
- FERRER, Francisco. **El embrión humano y la nueva Constitución**. JA 1995-II-859
- GARCÍA RUBIO, Mari Paz. **La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida, consideraciones respecto del derecho civil español**. (s.l.i.): (s.e.), 1987.
- LLEGO Yague. **La genética actual y el derecho de familia**, (s.l.i.): (s.e.), 1987.
- MEDINA, Graciela y G. Erades. **Maternidad por otro. Alquiler de úteros**. Madrid, España. (s.e.), 2007.
- MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, Argentina: EJEA, 1979, tomo II.
- PLANIOL, Marcel y Jorge Ripert, Compendio de *Derecho Civil*, Tomo III editorial Cajica, Puebla 1998.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Tomo I. Volumen II. Madrid, España: (s.e.), 2006.
- Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española**, 22º. ed. Versión en línea, <http://rae.es/rae.html>, junio, 2010



ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho mexicano**. Tomo II. volumen. I, editorial Cajica, Puebla, 1989.

VIDAL MARTÍNEZ Jaime, **Alquiler de vientre**. Madrid, España: (s.e.), 2008.

VIDAL MARTÍNEZ Jaime, **Inseminación artificial**. Madrid, España: (s.e.), 2005.

[www.blogmedicina.com](http://www.blogmedicina.com) (Guatemala, 03 de julio de 2011)

[www.medicalbaby.com](http://www.medicalbaby.com) (Guatemala, 20 de abril. De 2012)

[www.prensalibre.com](http://www.prensalibre.com) (Guatemala, 15 de Junio de 2011)

[www.rincondelabogado.com](http://www.rincondelabogado.com) (Guatemala, 13 de diciembre de 2011)

ZANNONI, Eduardo A. **Derecho de familia**. 4ta. Edición Actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires. Argentina. Tomo II. 2002.

### **Legislación.**

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

**Declaración Universal de Los Derechos Humanos**. Organización de Naciones Unidas, 1948

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