

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

**LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN CIVIL GUATEMALTECA EN
CUANTO A LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UNA OPCIÓN PARA CUMPLIR
CON EL FIN DE PROCREAR DE LAS INSTITUCIONES DEL MATRIMONIO Y LA UNIÓN
DE HECHO**

INÉS LOURDES TOBAR CANÚZ

GUATEMALA, FEBRERO DE 2012

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

LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN CIVIL GUATEMALTECA EN CUANTO A LA
MATERNIDAD SUBROGADA COMO UNA OPCIÓN PARA CUMPLIR CON EL FIN DE PROCREAR DE
LAS INSTITUCIONES DEL MATRIMONIO Y LA UNIÓN DE HECHO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

INÈS LOURDES TOBAR CANÙZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

GUATEMALA, FEBRERO DE 2012

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar 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 PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Jaime Ernesto Hernández Zamora
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo
Secretaria: Licda. Laura Montes Mendoza

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Hugo Leonel Marroquín
Vocal: Lic. Jorge Eduardo Avilés Salazar
Secretario: Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia

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

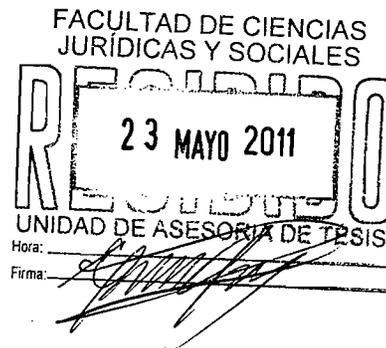


LICENCIADO
ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS
Abogado y Notario, Colegiado activo 7706
3era avenida 13-62 zona 1, ciudad capital
Teléfono: 22304830

Guatemala, 17 de mayo de 2011

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho



Licenciado Castro Monroy

De manera atenta me dirijo a usted, deseándole fielmente que sus actividades personales y profesionales transcurran con su debido éxito, a la vez comunicándole que en cumplimiento de la resolución de fecha 03 de marzo de 2011, emitida por la UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, en la cual fui nombrado como asesor del trabajo de tesis de la bachiller INÉS LOURDES TOBAR CANÚZ, titulado: "LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN CIVIL GUATEMALTECA EN CUANTO AL ALQUILER DE VIENTRE COMO UNA OPCIÓN PARA CUMPLIR CON EL FIN DE PROCREAR DE LAS INSTITUCIONES DEL MATRIMONIO Y LA UNIÓN DE HECHO", para lo cual procedí a revisarlo asesorando al estudiante en las modificaciones que se estimaron pertinentes tomando en cuenta lo siguiente:

- a) Se le hizo saber que la tesis debía solventar de principio a fin un contenido científico y técnico, por lo que así se ha culminado la misma, siendo este tópico que se ha trabajado, novedoso científicamente.
- b) La metodología de investigación que se utilizó fue de la recopilación de datos y la forma histórica para datar la evolución del tema que se ha trabajado y las técnicas que se emplearon fueron el análisis analítico y descriptivo.



c) Al darle lectura final al trabajo de tesis, me percate que la redacción es sumamente adecuada, acorde al grado académico que se está optando y se utilizo en todo momento lenguaje adecuado y sobre todo técnico.

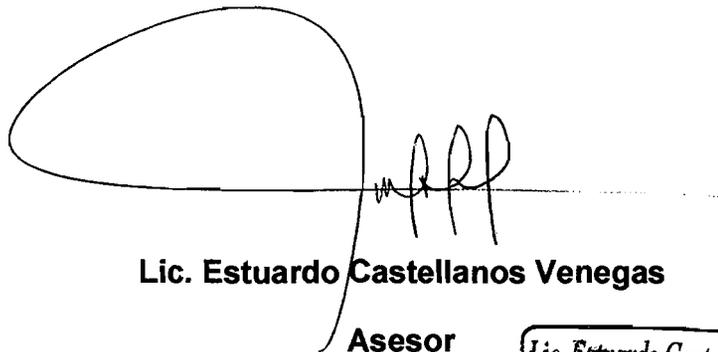
d) En relación al trabajo puedo indicar que es un tema controversial, ya que la ciencia médica y la legislación no se ponen de acuerdo, por lo que hasta la fecha no existe un criterio unánime entre relación a esta figura, donde el avance social y científico van mucho más rápido que las normativas, debido a que se da sobre una realidad, la de un matrimonio infértil que desea a toda costa un hijo para satisfacer razones.

e) En lo referente a las conclusiones y recomendaciones de este trabajo de Tesis le hice saber al sustentante la importancia y necesidad de redactarlas de forma sintética, precisa y sobre todo coherente entre sí, guardando las conclusiones relación con cada recomendación.

f) La bibliografía que se utilizó es adecuada, permitió la consecución de este trabajo de Tesis, ayudando a fundamentar y explicar cada uno de los capítulos integrantes, se buscó apoyarse tanto de fuentes electrónicas como bibliotecarias, siendo estas nacionales e internacionales

En relación a lo anterior, se pudo establecer que el trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento de las modificaciones realizadas tanto de fondo como de forma por la bachiller, según lo establecido en el **Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas**. Por lo que el dictamen del mismo es **favorable** para que el trabajo pueda ser discutido en examen público, previo a emitir el dictamen del señor revisor.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente



Lic. Estuardo Castellanos Venegas

Asesor

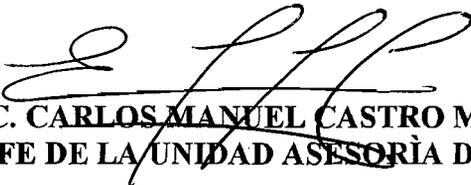
Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintitrés de mayo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **CARLOS FERNANDO ORELLANA ROJAS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **INÉS LOURDES TOBAR CANÚZ**, Intitulado: **“LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN CIVIL GUATEMALTECA EN CUANTO AL ALQUILER-DE VIENTRE COMO UNA OPCIÓN PARA CUMPLIR CON EL FIN DE PROCREAR DE LAS INSTITUCIONES DEL MATRIMONIO Y LA UNIÓN DE HECHO”**.

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 ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.



LICENCIADO
Carlos Fernando Orellana Rojas
Abogado y Notario, Colegiado activo 6230
47 avenida 7-59 zona 3 Mixco, Guatemala
Teléfono: 24310056

Guatemala, 01 de Agosto de 2011

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



Respetable Licenciado Castro:

Por este medio tengo el agrado de dirigirme a usted, con el objeto de hacer de su conocimiento, que en virtud de la resolución de fecha veintitrés de mayo del año dos mil once, emitida por la UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, en la cual se me nombró como Revisor del trabajo de tesis de la bachiller INÉS LOURDES TOBAR CANÚZ, titulado: "LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN CIVIL GUATEMALTECA EN CUANTO A LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UNA OPCIÓN PARA CUMPLIR CON EL FIN DE PROCREAR DE LAS INSTITUCIONES DEL MATRIMONIO Y LA UNIÓN DE HECHO", para lo cual me permito hacer las consideraciones siguientes en estricta observancia y bajo la directriz del *Artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público*:

- I. El contenido científico y técnico de esta tesis estriba en el extremo que el tema de la maternidad subrogada sin duda alguna es un tópico muy novedoso no sólo en las ciencias médicas sino en la esfera del Derecho, ya que al desarrollarlo se le dio un matiz eminentemente científico al tratarlo como institución del Derecho, enfocándolo en todo momento de forma técnica. El planteamiento de la tesis se orienta con factores que deben ser tomados en cuenta al momento de formular una solución sobre la incorporación de la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico de materia civil en Guatemala, aspectos que se encuentran desarrollados en el presente trabajo de tesis, como los antecedentes de la maternidad subrogada, como se evidencia la maternidad subrogada en otros países y como se encuentra regulada y los aspectos que han de ser tomados en cuenta por el matrimonio para poder antes, durante y después de que se haya pactado la maternidad con la madre subrogada.
- II. Al darle lectura a este trabajo de tesis, se percibe la metodología de investigación que se utilizó fue primeramente la de recopilación de datos y de abstracción, toda vez que



permitió la producción de conocimientos y la obtención de criterios válidos, la forma histórica para evidenciar el desarrollo que ha tenido la maternidad subrogada como institución y por último el método deductivo.

- III. En cuanto a la redacción que se utilizó en el desarrollo que esta tesis, considero ha sido la correcta en virtud de que siempre se observó la misma línea, guardando correlación en todo momento entre cada capítulo y se empleó un lenguaje eminentemente técnico; hago constar que le sugerí al sustentante la sustitución, en el título de tesis, la palabra: alquiler de vientre por la de maternidad subrogada, ya que me parece que es más apropiada tal denominación ya que los autores consultados por la bachiller, consideran que la palabra subrogación es más adecuada que la palabra alquiler, por lo que fue sustituida.
- IV. A mi consideración existe un verdadero y tangible aporte a la ciencia del Derecho la elaboración de este trabajo de tesis toda vez que, en un tópico no común, no desarrollado antes por ningún otro estudiante, según consulta al tesario del CIJUR, y sirve de base y pauta para el entendimiento y proposición de regular esta institución en el ordenamiento jurídico guatemalteco, por lo que presenta un valioso aporte.
- V. Al leer y analizar cada una de las conclusiones y recomendaciones que el sustentante ha realizado, me percató que ha seguido la concatenación que debe existir entre cada conclusión con su respectiva recomendación, observando que utilizó las palabras correctas y en pocas líneas puso en evidencia la esencia de cada una de ellas.
- VI. El apartado de la bibliografía me parece muy completo, en virtud de que se utilizaron diferentes fuentes, tanto nacionales como extranjeras, así también fueron unas físicas y otras de carácter electrónico, por lo que hace que la presente tesis muestre fundamento en cada una de sus aseveraciones. Aparte ha consultado la extensa bibliografía sobre el tema posee el Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Autónoma de México y a través de internet, ha obtenido información especializada en bibliotecas de otros países. De allí que la bibliografía que apoya la parte teoría sea extensa e integrada con obras escritas en español e inglés.

En atención a los numerales antes expuestos, a mi consideración el trabajo de investigación de la bachiller, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del normativo ya identificado, por lo que habiendo observado cada una de las revisiones y correcciones emitidas por mí persona, confiero **DICTAMEN FAVORABLE** del presente trabajo de tesis.

Sin otro particular me suscribo de usted, deferentemente:

Carlos Fernando Orellana Rojas
ABOGADO Y NOTARIO

Licenciado Carlos Fernando Orellana Rojas



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de noviembre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante INÉS LOURDES TOBAR CANÚZ, Titulado LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN CIVIL GUATEMALTECA EN CUANTO A LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UNA OPCIÓN PARA CUMPLIR CON EL FIN DE PROCREAR DE LAS INSTITUCIONES DEL MATRIMONIO Y LA UNIÓN DE HECHO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.





DEDICATORIA

A Dios: Gracias por darme la vida, por guiarme, por protegerme en todo momento y darme las fuerzas que necesitaba para no caer en cada etapa de mi vida.

A la Virgen María: Por ser la madre de nuestro señor Jesucristo e interceder ante su hijo por mí, cuando mas lo necesitaba.

A mis padres, hermanos y demás familia: Por confiar en mí, apoyarme económica y moralmente, haciendo posible culminar mis estudios.

A Oliver André: Gracias por todo este tiempo que hemos compartido juntos, por apoyarme incondicionalmente y animarme en cada paso difícil.

A: La Jornada Matutina de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por sus excelentes catedráticos que me ha brindaron todo su conocimiento.

A: El Licenciado Rafael Godínez, gracias por transmitirme su conocimiento de vida y sabiduría.



A: El Licenciado Fernando Orellana, gracias por su apoyo, sin el cual no hubiese sido posible poder culminar esta meta.

A: La familia Orellana Molina, por su apoyo durante estos años de carrera universitaria.

A: Mis amigos, Alejandra Sandoval, Rolando Herrera, Gustavo Noriega, Alex Bermejo, Mauricio Estrada, José Oviedo, José Poggio, Manuel Samayoa, Karla Martínez y amigos de la jornada, por su amistad y apoyo en estos 5 años.



ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1. La familia1

1.1 El matrimonio2

1.2 La unión de hecho4

1.3 La filiación.....6

1.4 La paternidad y la maternidad y su relación con el alquiler de vientre11

1.5 La adopción y su relación con el alquiler de vientre o maternidad subrogada13

CAPÍTULO II

2. El alquiler de vientre o maternidad subrogada.....17

2.1 Origen y antecedentes históricos.....24

2.2 Modalidades del alquiler de vientre.....30

2.3 Causas que dan origen a la maternidad subrogada.....34

2.4 Análisis crítico de los argumentos en contra de la maternidad subrogada40

CAPÍTULO III

3. Marco regulatorio de la maternidad subrogada en las legislaciones extranjeras 47

3.1 Estados Unidos de América.....49



3.2 India52

3.3 Ucrania53

3.4 Israel.....55

3.5 México56

3.6 Inglaterra59

3.7 Australia61

3.8 Procedimiento común del alquiler de vientre en el mundo62

CAPÍTULO IV

4. El contrato de gestación65

4.1 Negocio Jurídico65

4.2 Características del contrato67

4.3 Cláusula esencial y formalidades.....69

4.4 Viabilidad jurídica del contrato de gestación dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.....71

CAPÍTULO V

5. El alquiler de vientre dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco83

5.1 Posible ámbito jurídico de ubicación del alquiler de vientre83

5.2 La responsabilidad de los sujetos que intervienen en el alquiler de vientre85

5.3 Efectos de la incorporación del alquiler de útero en Guatemala.....92



Pág.

5.4 Implicaciones ético - morales.....	96
5.5 Propuesta de incorporar la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.....	101
CONCLUSIONES.....	111
RECOMENDACIONES	113
BIBLIOGRAFÍA	115



INTRODUCCIÓN

La esterilidad y la infertilidad son términos que en la actualidad se han tomado como un problema real para muchas parejas; causando frustración y lleva a un desgaste físico y emocional, así mismo lleva a la desintegración de la familia ya que las parejas han llegado a su fin por no concebir un niño; el poder procrear se vuelve realmente una quimera y fueron precisamente estos términos los que motivaron a la realización de esta investigación, para la creación de posibles soluciones.

Las parejas que no pueden procrear tienen opciones para formar una familia, una de esas opciones gracias al avance tecnológico de la medicina y del derecho es la maternidad subrogada; esta figura es muy novedosa y permite que los padres que solicitan esta práctica puedan tener una relación genética con el menor que esta por nacer del vientre de segunda persona, es decir, la madre sustituta. La hipótesis que se planteó es que existe una necesidad de actualizar el ordenamiento jurídico guatemalteco, en materia civil, sobre la renuncia de derechos de filiación por la madre sustituta, que se incorporen normas enfocadas a regular el vínculo que se crea entre el matrimonio o la unión de hecho con el hijo que le es entregado y normas que codifiquen el contrato de gestación que se llevara a cabo entre la pareja y la madre subrogada.

Los principales objetivos de este trabajo son: puntualizar el rol que juega en la actualidad en relación a los beneficios sociales, psicológicos y jurídicos que se obtienen por su realización, de la misma forma determinar que no existe en la actualidad en Guatemala legislación que regule el alquiler de vientre y el contrato de gestación, señalar los efectos positivos que generaría la inclusión al ordenamiento legal en Guatemala, sobre todo enfocada la regulación en cuanto a la filiación que debe formarse entre la pareja usuario y el menor de edad que esta por nacer,

extinguiéndose todo vínculo entre la madre sustituta y el menor de edad, posteriormente de ser entregado al matrimonio o unión de hecho.

Se realizó un bosquejo para señalar los aspectos positivos que se deben tomar en cuenta al llevar a la regulación en el ordenamiento jurídico el alquiler de vientre, amparados en el método de investigación histórica, de abstracción y deducción, también se buscó sustento en técnicas como la observación, el uso de la ficha bibliográfica, para establecer que el Estado no ha asumido el deber de afrontar el hecho de que esta práctica ya se ha venido realizado.

La presente investigación está contenida en cinco capítulos: en el primero se desarrollan aspectos doctrinarios e históricos sobre la familia, desplegando una serie de consideraciones importantes sobre el matrimonio, la unión de hecho, la paternidad y la adopción como existe una relación entre estas figuras con el alquiler de vientre y lo hacen viable para su incorporación dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco; el segundo capítulo se desarrollo el tema de la maternidad subrogada, tomando como referencia puntos de vista doctrinarios e históricos; el tercer capítulo trata sobre derecho comparado, la postura que han tomado otros Estados al regular de la maternidad subrogada, ya sea permitiéndola o prohibiéndola total o parcialmente, el cuarto capítulo se analizo el contrato de gestación enfocado al negocio jurídico y si este contrato posee validez y licitud dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en el quinto capítulo se realiza la proposición de incorporar en la legislación guatemalteca la maternidad subrogada actualizando la legislación vigente para que se cree una ley que regule la materia.

Esta investigación ha sido realizada con el fin de que sea un aporte para que el Estado de Guatemala, a través de su Organismo Legislativo, tome una actitud frente a la maternidad subrogada y pueda actualizar la legislación civil guatemalteca incorporando esta figura en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

CAPÍTULO I



1. La familia

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

La familia para el autor Puig Peña, es definida como un “conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida” o se relaciona con “los vínculos de sangre, de donde se deriva propiamente el concepto: la familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre”, se está en primero ante un concepto popular y en el segundo ante un concepto propio de familia.¹

Para Francisco Messineo, la familia, en sentido estricto, “es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre si, por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico) y que constituye un todo unitario” y agrega que en sentido amplio “puede incluirse, en el termino familia, personas distintas (antepasados) o por nacer, familia como estirpe, descendencia,

¹ Brañas, Adolfo. **Manual de Derecho Civil**. Pág. 116

continuidad de sangre, o bien todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo del parentesco de sangre (adopción): familia civil”².

La familia es la institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza a cónyuges y sus descendientes, así como otros dependientes, en nuestro ordenamiento jurídico es la base de la sociedad, en el preámbulo de la constitución nos establece “la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad”, así mismo en nuestra carta magna en el Artículo 47 Protección a la familia. “El estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, promoverá la organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

La familia puede traducirse como el conjunto de personas unidas por el matrimonio y por los vínculos de parentesco. “Que de tal definición puede reconocer tres clases de relaciones: a) conyugal, entre cónyuges o esposos; b) paterno-filial, entre padres e hijos y c) parentales, entre parientes”³.

1.1. Matrimonio

La palabra matrimonio proviene de las voces *matris* y *munium* (madre y carga o gravamen), dando a entender que por esta institución se pone de relieve la carga, el cuidado, que la madre ha de tener sobre sus hijos.

² **Ibíd.** pág. 117

³ Beltranena de Padilla, Maria Luisa. **Lecciones de derecho civil.** Pág. 89

El matrimonio es definido como la institución social, por medio de la cual un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia para procrear, educar y alimentar a los hijos y auxiliarse entre sí. Esta institución social se encuentra regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 49 Matrimonio “El matrimonio podrá ser autorizado por los alcaldes, concejales, notarios en ejercicio y ministros de culto facultados por la autoridad administrativa correspondiente.” Así mismo, en el Artículo 78 del Código Civil, se encuentra la definición legal del matrimonio. Dentro de la definición legal que regula el Código Civil, se observa que los fines del matrimonio son: auxiliarse entre sí, procrear, educar y alimentar a los hijos, esto es importante para esta investigación, ya que la maternidad subrogada lo que busca es ayudar a las parejas que se han unido en matrimonio a poder cumplir con los fines antes mencionados, especialmente en cuanto a los hijos.

El matrimonio para el ordenamiento jurídico en materia civil es considerado una institución, ya que el acto de su celebración establece elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, también es considerado una institución ya que el derecho positivo ha regulado un conjunto de reglas que tienen como finalidad exclusiva regir la organización social de los sexos y por cuya virtud se constituye un hogar, se forma una familia, o lo que es lo mismo, un estado permanente de vida.

Entre los sistemas de matrimonio se encuentran las siguientes:

- Sistema exclusivamente religioso: Que solo admite el matrimonio celebrado ante la autoridad eclesiástica, o por lo menos solo al mismo reconocer efectos.

- Sistema exclusivamente civil: Este sistema surgió en la revolución francesa, que establece la obligatoriedad del matrimonio civil (en su variedad pura, debe celebrarse antes que el religioso, sin ser este de ninguna manera obligatorio, otra variedad admite que pueda celebrarse después del religioso. Generalmente se considera que el sistema de celebración del matrimonio previamente a la del religioso, es una manifestación de la supremacía estatal respecto a la iglesia, y que el sistema de su celebración después del religioso, lo es de la independencia del Estado y de la iglesia.
- Sistema mixto: Surgido como resultado de la existencia y reconocimiento de los matrimonios religioso y civil, a manera de que, en casos determinados, uno u otro surtan plenos efectos. Las variedades de este sistema son: el sistema del matrimonio civil facultativo (varón y mujer pueden casarse a su elección ante un ministro religioso o ante un funcionario del Estado) y el sistema matrimonial por necesidad (cuando admite el matrimonio civil solamente para las personas que no profesan la religión del Estado, la religión oficial, por supuesto, en aquellos países que oficialmente conocen una religión).

1.2. La unión de hecho

La unión de hecho en 1947, se encontraba regulada por el Decreto número 444 del Congreso de la República de Guatemala, con el nombre de Estatuto de las Uniones de Hecho. El Código Civil incorpora, con las modificaciones pertinentes entre los Artículos 173 al 189. La ley reconoce un estado de hecho para darle efectos jurídicos, siempre que reúna los requisitos de la misma.



La unión de hecho, es el reconocimiento de una unión que ha durando no menos de tres años, entre hombres y mujeres, con capacidad para contraer matrimonio, han vivido juntos, han procreado, trabajado y adquirido, por lo que es de justicia que se establezcan los derechos de ambos y sus mutuas obligaciones, tal como si fueren casados.

La unión de hecho se regula en el Código Civil en el Artículo 173, cuando procede declararla: “La unión de hecho de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el alcalde de su vecindad o un notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco”; y en nuestra carta magna encontramos reconocida la unión de hecho en el Artículo 48.

Las disposiciones legales citadas anteriormente nos establecen que deben ser requisitos esenciales:

- a. Que el hombre y la mujer tengan capacidad para contraer matrimonio: esta capacidad surge por la mayoría de edad.
- b. Que exista hogar y vida en común mantenida constantemente por mas de tres años: una vida en común mantenida en secreto no sería, por lo tanto, valedera a los efectos de su declaración, en su caso podrían ser impugnada por parte interesada.

- c. Que en la unión de hecho se estén cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y auxilio recíproco: en cuanto a los hijos es importante para la presente investigación hacer énfasis en que es uno de los fines principales de la unión de hecho, en el caso de que no puedan tener hijos los convivientes, pueden tener como opción para procrear el alquiler de vientre, en el caso de que exista una causal que lo impida para realizarse de la forma normal.

La unión de hecho puede ser voluntaria, en este caso es autorizada por un notario en escritura pública o acta notarial o por un alcalde en acta, también puede ser de forma judicial en el caso de que sea post mortem o por oposición, en ambos casos se debe probar plenamente la unión de hecho y debe ser solicitada dentro del plazo de tres años a partir de que cesó la unión, ante juez competente, la excepción a este plazo es el derecho que tienen los hijos para demandar en cualquier tiempo la declaración judicial de la unión de hecho de sus padres, para el solo efecto de establecer su filiación, esto se encuentra normado en los Artículos 178 y 179 del Código Civil.

1.3. Filiación

El expositor Rojina Villegas, nos define la filiación como un estado jurídico, y que se diferencia de la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, que afirma, son hechos jurídicos y agrega “por lo que se refiere la filiación encontramos una situación permanente que regula el derecho y que se origina no sólo por virtud del hecho de la procreación sino que supone además otros elementos, para que sea relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y

obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad o de incapacidad por enajenación mental, cuando se recobre el uso de la razón”⁴. En esta definición encontramos en que el jurista mexicano manifiesta que es únicamente un estado civil de la persona, la autora considera que no es únicamente un estado civil, sino un medio por el cual el hijo va a tener estabilidad, permanencia y efectos legales para con su familia.

El jurista Planiol-Ripert escribe a este respecto “puede definirse la filiación diciendo que es el lazo de descendencia que existe entre dos o más personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra”⁵. En esta definición se observa que la filiación se debe entender que es la relación de parentesco entre progenitores e hijos.

Es decir que no se trata de puro origen genético, sino de aquella relación que, basada en este origen, pero no de modo necesario, reconoce el derecho que existe entre padres e hijos, y en virtud de la cual se establecen deberes y derechos a cargo de unos y otros. Aquí, frente a la realidad biológica, hay hijos que no tienen padre, o madre, o ninguno de los dos; como los que tienen un padre o unos padres de quienes no proceden biológicamente, como los hijos adoptados.

La filiación se encuentra regulada en el Código Civil en los Artículos 199 al 227, dentro del articulado no encontramos una definición legal, es por ello que acudimos a la doctrina para poder comprender lo que es la filiación, como antes se expuso.

⁴ **Ibíd.** Pág. 90

⁵ Brañas. **Ob cit.** Pág. 215



De conformidad con lo normado dentro del Código Civil, la filiación se puede clasificar de la siguiente manera:

- a. Filiación matrimonial: es la filiación del hijo concebido durante el matrimonio aunque esta sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se encuentra regulado en el Artículo 199 del Código Civil.
- b. Filiación cuasi matrimonial: es la filiación en la que el hijo ha nacido dentro de la unión de hecho debidamente declarada y registrada. Se encuentra regulada en el Artículo 182 del Código Civil.
- c. Filiación extramatrimonial: esta filiación se da cuando el hijo fue procreado fuera del matrimonio o unión de hecho no declarada y registrada. Se encuentra normado en los Artículos 209 y 182 del Código Civil.
- d. Filiación adoptiva: el hijo que es tomado como hijo propio por la persona que la adopta. Se encuentra en el Artículo 228 del Código Civil.

En la presente investigación interesa hacer énfasis en la filiación matrimonial, la filiación cuasi matrimonial y la filiación adoptiva, debemos mencionar que el Código Civil regula esta institución únicamente entre el padre y la madre que se han unido de forma legal entre matrimonio o en unión de hecho, por lo que debemos hacernos la siguiente pregunta ¿Quién determina la filiación en el caso de que un matrimonio o una unión de hecho opta por procrear a través de la maternidad subrogada?.

La interrogante anterior surge debido a que desde el momento en que se introduce la figura del tercero donante, en el que la filiación en este caso se modula y hasta modifica la mera relación biológica y las instituciones sociales y jurídicas. Sobre todo teniendo en cuenta que no se puede pretender que la filiación en los casos de inseminación artificial con donante constituya hasta tal punto una excepción del régimen general que cambie por completo hasta el mismo entramado social de atribución de la filiación.

Para responder a la pregunta anteriormente planteada, debido a que existe ausencia de regulación las respuestas pueden ser las siguientes:

- a. Primordialmente debe de existir ausencia de cualquier tipo de vínculo entre la madre sustituta y el hijo. Entonces, puede decirse que aquellos concebidos dentro de matrimonio aunque se utilicen prácticas de fecundación asistida en la segunda mujer que sería la sustituta, serán considerados como hijos matrimoniales, incluso aunque se hubiera producido donación de gametos, masculino o femenino, aplicándose hoy el derecho común a toda filiación por naturaleza, y así permanecerá mientras no sea impugnada, puesto que concurren los presupuestos de dicha filiación: matrimonio de los padres; se acredita la paternidad.
- b. Tanto en la filiación matrimonial como no matrimonial, si se emplearon gametos donados, quedan a salvo las acciones de investigación de la paternidad que, en su momento, cualquier legitimado quisiera emprender para determinar la filiación auténtica o invalidar la establecida. De ahí que sea necesaria una modificación en la legislación o, mejor, la introducción de un régimen propio de la fecundación artificial con donante, en el

que los consentimientos tengan valor constitutivo en la filiación que se quiere determinar respecto al que no puede ser progenitor genético pero quiere ser padre legal, dando así estabilidad a las relaciones creadas jurídicamente.

- c. Si se produjera la donación de ambos gametos, o de un embrión, debería determinarse la filiación por medio de un procedimiento de adopción, creándose así la filiación adoptiva, para no burlar las normas de esta institución, sin embargo esto no sería necesario si se regulara la institución de la maternidad subrogada, ya que el procedimiento de adopción en Guatemala no es sencillo y los padres sustituidos deben de tener la aprobación de idoneidad por el Concejo Nacional de Adopciones. En todo caso, si la mujer de la pareja es la que lleva adelante el embarazo y se mantiene el secreto del procedimiento, probablemente los interesados determinen la filiación de forma normal, como si ninguna especialidad concurriera, y el hijo ostente la filiación matrimonial o no matrimonial en virtud de los presupuestos que concurren en cada supuesto.
- d. Otra opción sería la de inscribir al menor como hijo no matrimonial de la madre y padre desconocido, por la madre sustituta, para proceder posteriormente a una adopción conjunta del matrimonio o de la pareja que desea hacerse cargo del ese menor de edad. En el caso de la que la madre sustituta esta casada, debe de tenerse el consentimiento de su esposo para hacer posible esto.

1.4. La paternidad y la maternidad en contraste con el alquiler de vientre

En este apartado se analizará los efectos que tendría la inseminación artificial realizada en la madre sustituta en contraste con lo regulado en nuestro ordenamiento jurídico en materia civil, sobre la presunción legal, que es iuris tantum, según lo regulado en el Código Civil, generando conflictos en el caso de que no intervenga el marido de la madre sustituta y contra la paz familiar, que no podría obviarse.

La aparición de las diversas modalidades de maternidad subrogada, suponen la intervención de diversas mujeres en el proceso de la procreación, quienes pueden participar con su material genético o a través de la gestación, o simplemente, con su voluntad de asumir la maternidad legal del nacido.

A diferencia de lo que sucede en el caso de la paternidad, en la que la figura del padre se suele presentar como una función social y jurídica, la maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de la gestación. Por lo mismo, una de las primeras interrogantes es si se puede escindir la figura de la maternidad de aquél presupuesto biológico.

En orden a estas ideas antes expuestas se han elaborado algunas teorías que intentan establecer la importancia que asume el factor biológico y el voluntario en la atribución de la maternidad. A continuación se expondrán las posturas sobre el presupuesto determinante de la maternidad.

- Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad: Una nueva corriente defiende la posibilidad de una maternidad meramente social, contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación del dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que además de coincidir con la voluntad de la pareja comitente es el criterio más favorable a los intereses del menor. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí.

Con este nuevo postulado, los supuestos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quien desea ser la madre legal. En suma, la doctrina actual tiende a separar la maternidad del presupuesto biológico, defendiendo la existencia de una clase de maternidad basada en el acuerdo o en la voluntad.

- Maternidad compartida y determinación de la maternidad legal: En cambio, en los supuestos de locación de útero la situación es diferente, puesto que en este caso son dos las mujeres -o excepcionalmente tres- que intervienen en la procreación, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada llevando adelante la gestación. De ello deriva la dificultad de establecer cuál de las dos mujeres ejerce una mayor influencia en la formación de su hijo, y por consiguiente, determinar quién debe ser considerada como madre legal.



Un sector de la doctrina sostiene “que las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico y del elemento voluntario”⁶. Por lo mismo, la maternidad deberá determinarse a favor de la mujer que ha contribuido sea mediante su aporte genético, sea por gestación y parto, y además, hubiese manifestado su voluntad de asumir el papel legal de madre.

Lo antes expuesto da un panorama mundial de las teorías que se manejan hoy en día sobre la forma en que puede definirse la maternidad cuando se utiliza la figura de alquiler de vientre como opción para procrear en el caso de que exista una causal que impedirá poder realizarlo de la forma común de procrear por las parejas unidas legalmente en matrimonio o unidas de hecho, en Guatemala, es indiscutible que utiliza la teoría clásica del derecho civil en la que la presunción de la maternidad es iuris tantum, en el que madre es quien lo procrea, lo concibe y lo instruye, en el ordenamiento jurídico guatemalteco, es por ello que no regula la maternidad y si regula en qué casos se presume la paternidad.

1.5. La adopción y su relación con el alquiler de útero o maternidad subrogada

Nuestro ordenamiento jurídico ha favorecido y promovido la adopción, primordialmente, porque se ha entendido que es una institución dirigida a proteger los intereses de los menores, es por ello que para el desarrollo del tema, primero ahondaremos en lo que es la adopción, su origen dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco y como ha ido evolucionando desde que ha sido regulado y posteriormente hasta llegar a su comparación con la maternidad subrogada.

⁶ Moran de Vicenzi, Claudia. **El concepto de filiación en la fecundación artificial**. Pág. 19

En Guatemala, la adopción era una institución que por muchos años se vio vulnerada, debido a las prácticas que realizaban los notarios y funcionarios guatemaltecos, en esa época se evidenciaba el valor a la vida humana, al darle un precio a vida de los menores, que eran bien pagados por matrimonios extranjeros, principalmente. Al percatarse de todas las ilegalidades que se cometían por parte de los notarios y funcionarios públicos, al realizar las adopciones, se presentó una iniciativa de ley para regular las adopciones, durante la discusión de dicha iniciativa, la diputada Anabella de León y el diputado Raúl De León Ruiz, mencionaban que existían mujeres que alquilaban su vientre para posteriormente dar en adopción a sus hijos, por lo que era necesario una mejor regulación del procedimiento para adopción. Se evidencia que el alquiler de útero ya se daba y que su forma de perfeccionarse para entregar al menor de edad a la pareja era a través de la adopción, debido a que no existía una regulación eficiente, hasta que fue aprobada, sancionada y vigente el Decreto 77-2007 del congreso de la República de Guatemala, vigencia el 31 de diciembre de 2007.

La maternidad subrogada comparte muchos elementos con la adopción, como el ser entregado el menor de edad a una mujer diferente de quien lo parió, sin embargo existen ciertas situaciones que las diferencian una de la otra.

- La principal diferencia entre la adopción y la maternidad subrogada estriba de la manifestación de la intención que da lugar a la concepción y del momento en que se ceden todos los derechos, deberes y obligaciones frente a la criatura nacida.
- En la adopción el consentimiento a la renuncia de las relaciones filiales se manifiesta luego del alumbramiento. Mientras que en la maternidad subrogada, el niño se concibe

con la intención y el propósito específico de regalarlo, el propósito de la concepción, por ende no es el retenerlo para sí. El consentimiento en la maternidad subrogada claramente se manifiesta antes de la concepción.

- La adopción es un trámite o procedimiento regulado en la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala y su ente encargado de velar por su cumplimiento es el Consejo Nacional de Adopciones, por el contrario la maternidad subrogada se perfecciona por medio de un contrato de gestación, que actualmente no es válido en Guatemala y no existe regulación alguna sobre dicha contratación.
- La adopción y la maternidad subrogada, tienen objetos diferentes. La primera su objeto es la protección al menor y la segunda es ayudar al matrimonio que no puede tener hijos debido a la esterilidad o infertilidad.
- En la maternidad subrogada, la mujer sustituta ya sabe que destino va a tener el menor de edad, al decidir engendrarlo, es decir entregarlo a otra familia, la mujer gestante toma en cuenta el futuro del bebé y su bienestar, a diferencia de la adopción en el que la mujer que queda embarazada y luego decide dar en adopción al niño ya que no puede o no quiere hacerse cargo del mismo.
- El vínculo materno-filial entre la madre gestante y el bebé ha sido ampliamente estudiado e investigado y se comprobó que existe una fuerte conexión entre ambos, sin embargo las investigaciones muestran que no existen dificultades o complicaciones psicológicas ni en los niños ni en las madres portadoras. Igualmente podríamos suponer

como quieren los objetores de la subrogación, que estas madres sustitutas pueden establecer un vínculo igualmente intenso con el hijo que gestan, pero en esos casos nos encontramos con situaciones similares a las que se den en la adopción, mujeres que gestan a un niño y luego lo entregan quebrándose ese supuesto vínculo entre ambos y sin embargo no se objeta la adopción.

En Guatemala, por no existir regulación sobre la maternidad subrogada, las parejas optarían por realizar el convenio de palabra con la mujer sustituta, practicarle a esta la inseminación artificial con el óvulo y el espermatozoide de la pareja, y posteriormente de 6 semanas se presenta ante el Consejo Nacional de Adopciones indicando que desea dar en adopción al niño, el obstáculo a esta práctica que sería oculta de las autoridades, es que la pareja tiene que poseer la declaración de idoneidad por parte del Consejo Nacional de Adopciones, de tenerlo es la forma perfecta de adquirir un hijo que sería suyo puesto que fue engendrado con el óvulo y espermatozoide del matrimonio.

Asimismo, se debe mencionar las innumerables complicaciones legales y fácticas en los casos de adopción, que padecen incluso los que cumplen con las expectativas sociales de estar debidamente casados o en pareja estable, ser heterosexuales y encontrarse en condiciones laborales, económicas, sociales y ambientales buenas, en todos los otros casos que no cumplen con estos requisitos, los inconvenientes para adoptar se multiplican y suelen convertirse en impedimentos infranqueables.

CAPÍTULO II

2. El alquiler de vientre o maternidad subrogada

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

Subrogar, es sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra;

Delegar, es dar a una persona la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación

Incubar, es ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos

Sustituir o substituir es poner a una persona o cosa en lugar de otra

Como puede observarse, con todas estas denominaciones no se contempla en realidad la naturaleza medica de este método de reproducción asistida, el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto. Para López Faugier la aceptación mas correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida, es la de madre gestante, porque Gestar significa: "llevar o sustentar por la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto".

Además de todos los aspectos contractuales, penales y éticos de la maternidad gestante, no debe perderse de vista el punto que interesa, es decir, con relación a la imputación de la

maternidad. Este rubro, sin duda alguna, implica serios inconvenientes en estos procedimientos pues debe precisarse ver si la imputación de ese nexo materno filial se hará privilegiado, el lazo biológico o el vínculo de la gestación. Así la utilización de esta técnica plantea numerosas interrogantes, tanto en el ámbito de la naturaleza como en el derecho, respecto de este último, se puede mencionar la dificultad de las siguientes cuestiones:

- a) La determinación de la maternidad
- b) El derecho a interrumpir el embarazo
- c) El derecho de la madre gestante a no entregar al menor
- d) El derecho a repetir lo pagado, cuando la madre portadora se niega a entregar al menor
- e) La revocabilidad del contrato
- f) La aplicabilidad o no de las presunciones de paternidad
- g) La necesidad de la autorización expresa del marido de la madre gestante
- h) La posibilidad de impugnar la maternidad
- i) Los posibles derechos hereditarios del menor, cuando sus progenitores biológicos mueren durante la gestación

Existen en cuanto a la figura de la maternidad subrogada una diversidad de conceptos debido a que es una forma de procrear cada vez más utilizada en diversas partes del mundo, sin embargo, los estudios sobre ellas presentan alta complejidad. Por ello, se expondrán las principales definiciones que se han hallado, para poder dar una mejor explicación al tema.

La madre de alquiler o madre subrogada, "es una corriente que se origina en casos en que debido a enfermedades en su aparato reproductor la madre original no puede anidar y

desarrollar el embrión por lo que es introducido en tracto genital de una mujer que no es la madre genética y que preparada médicamente para ello anidara el embrión, desarrollara un embarazo y dará a luz”⁷. En esta definición dada por el doctor Esponda, vemos que él considera que la maternidad subrogada es una corriente, sin embargo consideramos que no toca el aspecto fundamental que es en cuanto a la remuneración por el alquiler del vientre ni el contrato por el cual se va a dar origen a dicha remuneración.

El alquiler de útero “es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento”⁸ respecto a este concepto, una mujer gesta a un niño por otra, a fin de entregárselo al finalizar el embarazo, sin embargo no especifica que tipo de mujer va a ser la sustituta, ni quien va a ser la sustituida. Es decir, si la subrogante o subrogada son casadas, concubinas o solteras, pues de ser así, cualquier mujer puede convenir con otra para que geste y conciba un hijo, sin importar si una u otra vive en matrimonio, concubinato o es soltera.

Por eso es importante que se determine claramente que tipo de mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y quien puede fungir como madre sustituta. Algo parecido expone el concepto de Pedro Silva Ruíz y Jaime Vidal. Estos dos autores afirman que el alquiler de vientre “es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa”. En este concepto se habla de una mujer que se presenta a gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre casado, respecto al óvulo

⁷ Esponda, Pedro. **Seres del futuro, de la fecundación in vitro a los clónicos y transgénicos**. Pág. 57.

⁸ Hurtado Oliver, Xavier. **El derecho a la vida ¿y la muerte? procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, problemas éticos, legales y religiosos**. Pág. 44.



de la esposa no dice nada. De alguna manera el hecho de que se hable de una pareja unida en matrimonio es ya un avance, sin embargo no se menciona si la mujer subrogada es casada, concubina o soltera, lo cual si es una importante omisión, debido a que es necesario saber que tipo de persona será la que de a luz al niño, pues si esta mujer resulta casada o concubina entonces tiene un esposo , entonces por esta simple relación será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo. Si no existe un concepto que aclare esta situación y si tampoco en la ley se dice nada al respecto no se podrá determinar quiénes son padres del bebé sobre todo en lo que concierne al aspecto jurídico.

Debido a los cambios que se han dado por el avance de la tecnología, en el caso de la maternidad, se puede decir que ha surgido una nueva forma que es la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. Esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad a fin de definir si las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o lo es sólo una de ellas.

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, nos menciona la licenciada Alma Arámbula Reyes: **a)** atendiendo a la raíz latina de la que procede: En cuanto a su etimología la palabra madre procede del latín "mater/matris", la cual a su vez deriva del griego "matér/matrós", cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era

soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta; **b)** en segundo lugar por su significado gramatical: De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, maternidad significa: Estado o cualidad de madre, mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: Hembra que ha parido, Hembra respecto de su hijo o hijos, Mujer casada o viuda, cabeza de su casa; **c)** en tercer lugar desde su perspectiva biológica: La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación; **d)** finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina: la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.⁹

La definición anteriormente expuesta es una de las más completas y creada por la licenciada Arámbula, sin embargo no consideró desde el punto de vista jurídico el contrato por el cual se unirían ambas mujeres para delimitar sus derechos y obligaciones que tendrían recíprocamente.

Otro concepto es el siguiente: el alquiler de vientre es el “contrato de una mujer con una mujer casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra

⁹Arámbula Reyes, Alma. **Maternidad subrogada**. Pág. 11.

para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciara para que sea adoptado por la esposa de aquél cuyo semen fue inseminada”¹⁰.

El concepto que se expone a continuación es similar al anterior y la diferencia radica en que este menciona el contrato de alquiler de útero o contrato de maternidad subrogada, para lo cual menciona las palabras pareja contratante, lo cual ya habla de una relación contractual.

Esboza lo siguiente: “la maternidad subrogada implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante”¹¹.

El término maternidad sustituta es utilizado para “la sustitución en la que una mujer (la madre sustituta) queda embarazada y tiene un hijo por otra mujer (la futura madre) que carece de la capacidad física para hacerlo. La intención es que la sustituta tenga como objetivo absolutamente desde el comienzo, de entregar al niño directamente a los futuros padres”.¹²

Es importante que exista un concepto que contenga los suficientes elementos para que se describa que es la maternidad subrogada, quienes pueden participar de ella y cuál será el instrumento por medio del cual se obliguen las partes, pues lo que se pone en juego no es

¹⁰ Keane, N.Y D. Breo. **The surroqate mother**. Pág. 12.

¹¹“**Subrogacion**”, <http://www.fertilidadhoy.com/therapyopions/assitedreprudction/> (04 de Marzo 2011)

¹²**Ibíd.**

una cosa sino la vida y futuro de un bebé y de los involucrados, al cual el estado protege mediante sus cuerpos jurídicos.

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

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

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

- Alquiler de vientre
- Maternidad subrogada
- Arriendo de útero
- Arrendamiento de vientre
- Donación temporaria de útero

- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro
- Gestación de sustitución
- Gestación subrogada
- Madre portadora
- Maternidad sustituta
- Maternidad suplente
- Maternidad de alquiler
- Maternidad de encargo
- Madres de alquiler
- Ventre de alquiler

Sin embargo, la que ha predominado de todas es la de alquiler de vientre y la maternidad subrogada. Todas las denominaciones tienen por objeto indicar la solicitud que se hace a una mujer para que geste. No obstante, no todas las denominaciones son en realidad correctas, madres de alquiler, madres portadoras, arrendamiento de útero.¹³ Así, las denominaciones que a esta autora no le parecen correctas son: maternidad de alquiler o arrendamiento de útero, en virtud de que no se trata de un contrato de arrendamiento de ninguna forma o modo.

2.1. Origen y Antecedentes históricos del Alquiler del vientre

El problema de la infertilidad biológica o la incapacidad física de tener hijos y reproducir familia se conoció y tiene origen desde los tiempos antiguos. La idea del vientre de alquiler o

¹³ Delgado Calva, Ana Soledad. **La maternidad subrogada: un derecho.** Pág. 35-37.

maternidad subrogada se gestó en el mundo y tal idea en las personas desde hace mucho tiempo atrás, son innumerables las teorías y los datos históricos existentes que establecen el origen de esta práctica, usada esta palabra en sus inicios, ya que con el devenir de la historia y con la evolución no sólo de la tecnología sino del conocimiento humano, se hace más puntual denominársele una institución como tal, esto por llevar inmersa un plexo de elementos que hacen merecerle tal denominación y no solamente una práctica.

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

El segundo programa de gestación subrogada, del que se tiene conocimiento se desarrolló en Mesopotamia en Sumeria a mediados del siglo XVIII antes de Cristo. Cabe destacar que

en el reino de los sumerios la subrogación gestacional fue una práctica corriente, y más aun consolidada legalmente. El código del rey Hammurabi (1792-1750), creado en 1780, disponía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. Asimismo, el Código establecía garantías sociales para las madres sustitutivas que tuvieran hijos, a las cuales no podían vender por oro o plata.

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

La historia data muchos otros casos similares de la solución de problemas de infertilidad, se asegura que las siervas y las concubinas en aquel entonces se usaron como las madres de alquiler en muchos países del mundo, “claro está que en aquel entonces fue posible sólo la llamada subrogada tradicional”¹⁴ cuando el padre – cliente y la madre de alquiler fueron los padres genéticos del niño, y la fecundación fue realizada de manera natural, ya que por no existir aun conocimientos tan avanzados para llevar a cabo otro método mas que este, pero es importante hacer mención de que en muchos países del mundo, al menos los considerados en vías de desarrollo, se practica todavía este método por no tener el

¹⁴ Alzate Monroy, Patricia. **La maternidad subrogada**, 2008, <http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientre/229> (05 de Marzo de 2011)

conocimiento de que existen otras formas para su consecución, carecer de medios económicos para poder acceder al mismo o por preferir que sean personas muy allegadas dentro de la comunidad, barrio o población las que lo hagan a favor de sus conocidos, ya que en poblaciones minoritarias o rurales se mantiene la unidad cultural y sobre todo la cooperación entre miembros.

A partir de los años XX del siglo pasado en el tratamiento de la infertilidad empezó a utilizarse ampliamente la inseminación artificial con el semen del marido o un donante seleccionado especialmente. La primera fecundación in vitro (FIV) de ovocitos humanos realizada en 1944 en Harvard por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin que cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicélular. No obstante todos los logros alcanzados anteriormente, como los fundadores de la fecundación in vitro en el sentido moderno de la palabra son considerados dos científicos británicos, el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patric Steptoe. En 1967 Edwards consiguió el primer éxito en la fecundación in vitro de un óvulo humano. Sin embargo, el embarazo de un niño ajeno que desgraciadamente fue extrauterino sólo se produjo en 1976, después de nueve largos años de investigación y experimentos sin cesar. El 10 de noviembre de 1977 cuando el número de internos fallidos ya superaba la cifra de 600, los médicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable, finalmente el 25 de julio de 1978 en la pequeña ciudad inglesa de Oldham, condado de Lancashire, nació Louise Brown, la primera niña concebida in vitro. Es el día que puede y debe considerarse como la fiesta profesional de la embriología y expertos en

reproducción, ya que se requirieron más de 600 intentos de fecundación para que Louise Brown viniera al mundo¹⁵.

Las prácticas de maternidad sustituta, llamó por primera vez la atención internacional en la época moderna a mediados de los años sesentas, cuando se produjo una reducción en el número de los niños disponibles para adopción, y el aumento de especialización en técnicas en embriología humana, hicieron de estos métodos, una alternativa viable. Es producto de siglos de investigación en todos los campos del conocimiento humano y sobre todo, en la biología, la genética, eugenética, biotecnología, ingeniería genética, la química, la matemática, la física, la sociología, la psicología y la medicina.

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

Según datos del doctor Haroldo Lopez Villagran, pionero de la fertilización asistida, relata que la primera clínica de fertilidad en Guatemala surge en 1976, trece años más tarde que el primer bebe probeta, Luisa Brown, nacida en Inglaterra. En 1978, nacen en Guatemala los primeros gemelos por métodos de fertilización in vitro y que para fin del año 1993 se estimaban más de treinta niños probeta. Asegura que existe una necesidad de atención a la

¹⁵ Edwards, RG. **Brith after the implantation of human embryo**. Pág. 189.

población infértil la cual estima es del 10/100 al 15/100 por lo que alrededor de cuatro millones de personas en edad fértil demandaran diagnósticos y tratamientos adecuados.¹⁶

El primer caso que dio lugar en los Estados Unidos de América, el cual tuvo repercusión pública, es el caso de Baby M, en el que la madre biológica de Melissa Stern (Baby M), nacida en 1986, rehusó ceder la custodia de Melissa a la pareja con la que había hecho un contrato. El tribunal de Nueva Jersey otorgó la custodia a los padres biológicos. La idea ha ganado aceptación y en la actualidad en ocho de los estados hay leyes que permiten los contratos de gestación.

Otro antecedente existente se encuentra el fenómeno que causó conmoción social y llamó tanto la atención que marco un hito en la historia y por ende se toma como punto de partida para establecer los incisos del tema que nos ocupa. En 1975 en California, Estados Unidos de Norte América, en un periodo prestigioso de la ciudad en la sección de anuncios se realizó una publicación en la cual se solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente a pedido de una pareja estéril que ofrecía una remuneración por el servicio, fue entonces cuando se empezó a gestar esta práctica lo que llevó a más parejas en las mismas condiciones a realizar los mismos anuncios y a muchas mujeres con capacidad reproductora e intereses económicos a prestar a este servicio, al menos, así se le empezó a denominar.

Actualmente, el ejemplo más reciente que se puede mencionar, al ser el alquiler de vientre una modalidad de procreación más novedosa cada día, esto gracias a los avances de la tecnología, es el de intérprete Ricky Martin, quien utilizó esta forma de procrear para poder

¹⁶ López Villagran, Haroldo. **Fertilidad en Guatemala**. Pág. 23.

ser padre de dos hijos, es importante mencionar que se vinculó con la madre que alquiló su útero por medio de un contrato de gestación que tiene validez en ciertos estados de Estados Unidos de América siendo los más liberales en el tema Florida y California, y en el caso de Ricky Martin, la madre firmó un acuerdo para entregar la custodia de los hijos al cantante y no poder hacer ningún tipo de reclamo sobre ellos posteriormente, según las leyes del estado de Florida pero sin embargo figura en el certificado de nacimiento de los menores.

2.2. Modalidades de la Maternidad subrogada:

- En atención al aporte genético a la madre subrogada: En textos consultados tales como la Enciclopedia Británica CD 1998 edición multimedia, y los producidos por Anna Quindlen, Anita Stuhmcke, Timothy Walton y Joy Oz Shlomit se evidencia que actualmente se producen dos modalidades básicas de subrogación: la tradicional y la gestacional.

En la modalidad de la subrogación tradicional o madre sustituta; la madre subrogada además de prestar o alquilar el vientre, aporta material genético a la ciencia, en este caso la madre nodriza proporciona sus propios óvulos para ser fertilizados por espermias del esposo de la pareja fértil.

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



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

Los métodos más simples de inseminación artificial (tanto con semen de la pareja como de donante) consisten en observar cuidadosamente el ciclo menstrual de la mujer, depositando el semen en su vagina justo cuando un óvulo es liberado.

Procedimientos más complicados, como depositar los espermatozoides directamente en el útero, son empleados según cada caso y aumentan la probabilidad de que la fecundación tenga éxito.

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

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



miembro de la familia o cualquier mujer que la pareja a contratado puede llevar a término el embarazo.

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

- La maternidad subrogada en atención de la persona que realiza el aporte genético a la madre sustituta: Cuando el producto de la concepción deviene de la fusión de esperma y óvulo, procedentes de la pareja que desea la criatura, se le denomina maternidad gestacional, propia o total de la pareja.

La maternidad gestacional, mixta o parcial de media pareja, se da cuando el producto de la concepción deviene de la fusión de esperma u óvulo procedentes, de tan solo un miembro de la pareja que desea la criatura, con el de un tercero extraño que no sea el de la madre subrogada.

La maternidad gestacional, no de pareja, se da cuando el producto de la concepción deviene de la fusión de esperma y óvulo de procedencia distinta o ajena al de la pareja que desea la criatura y ajena al de la madre subrogada.

La ovodonación esta modalidad se da cuando una mujer puede gestar pero no posee óvulos para su fertilización por lo que recibe una ovodonación. En este caso el bebé no será gestado en el vientre de la donadora, sino en el propio vientre, pero gracias a la donación de

otra mujer que le concibió el óvulo, este será fertilizado por el espermatozoides del marido o pareja o bien, se recurre a un donante de espermatozoides.

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

- La Maternidad subrogada en atención a su motivación o finalidad: La maternidad subrogada onerosa o por servicio es la modalidad en la cual la pareja que desea procrear a un infante se avoca ya sea a una madre sustituta particular e independiente, que este anuente a tal procedimiento o a través de una agencia o institución que ofrezca el referido servicio pero a cambio de cierta remuneración en el primer caso o el pago correspondiente en concepto del servicio en el segundo. Esta modalidad es la mas común en los países en donde es legal llevar a cabo dicho procedimiento, ya que se encuentran plenamente constituidas entidades que facilitan la optación de este procedimiento a cambio de cierta remuneración sin que por ello sea ilegal.

La maternidad subrogada gratuita o de colaboración fraternal, es menos común y consiste en que una mujer con capacidad reproductiva, que accede a gestar y tener un hijo por y para otras personas que tiene tal imposibilidad, haciéndolo por motivos puramente altruistas o porque entre los solicitantes y ella existen lazos muy fuertes de amistad o compañerismo, lo que conlleva a que lo realice de forma totalmente gratuita al menos solamente cobrado los gastos inherentes a la maternidad. Esta práctica es muy común en países en vías de

desarrollo y particularmente en comunidades, aldeas y barrios en los cuales la población es sumamente minoritaria.

El doctor Esponda, nos cita dos ejemplos de este tipo de maternidad subrogada, el primero es el caso que se dio en el estado México en el que una abuela fue la madre gestante de su nieto y manifestaba lo siguiente: "tiene que ser un acto de amor y no un negocio"¹⁷ y el segundo fue en ese mismo estado en el que dos madres se enfrentaron judicialmente reclamando ambas sus derechos maternos.

2.3. Causas que dan origen a la maternidad subrogada

Las mujeres que son solteras, esposas o unidas de hecho, hay veces que no pueden llegar a cumplir con su objetivo de formar un núcleo familiar, ya que existen ciertas circunstancias que les impiden procrear y por lo tanto traer al mundo un bebé y así iniciar una familia junto a su esposo o persona con la que se encuentran unida de hecho o por si mismas, es por ello que existen causas que justifican que las mujeres en pareja utilicen el método de la maternidad subrogada, entre estas encontramos:

- a. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
- b. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;

¹⁷ Baez, Rafael. **Una mujer está embarazada de su hijo gay: será madre-abuela.** 2010. <http://www.infobae.com/notas/528140-Unamujerestaembarzadadesuhijogayseramadreabuela.html> (06 de abril de 2011)

- c. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que gaste para que dé a luz un bebé;
- d. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio con su conyugue o persona con quien se encuentra unida de hecho o por sí misma;
- e. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoides de su marido mediante una fecundación in vitro; o
- f. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En los tres primeros casos, que son los de interés para la presente investigación, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad; en el cuarto caso a una cuestión de estética física, de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de embarazarse, simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física, por ello contratan a una mujer que gaste y de a luz a un bebé que finalmente les será entregado. En el quinto, se alude a la fecundación post mortem; y en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales. De dichas causas que dan origen a la maternidad subrogada, la mas rechazada es precisamente la que buscan parejas homosexuales.

Enfocándonos en el tema que nos interesa para la investigación, las causas en la que profundizaremos son las relativas a la esterilidad y la infertilidad ya que son las que se da con mayor frecuencia, y son las mas aceptadas para que se produzca la maternidad subrogada.

Tratándose de la reproducción humana, los términos infertilidad y esterilidad, muchas veces son utilizados por la mayoría de nosotros como sinónimos, porque al final de cuentas implican que una pareja no logra conseguir la propia reproducción, pero que en un lenguaje médico exacto, denota cosas totalmente distintas, razón por la cual, a continuación daremos los conceptos de cada uno de estos términos de manera particular.

Por pareja estéril, se entiende “a un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que se presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no pueden darse bajo ninguna circunstancia”.¹⁸

El especialista mexicano Efraín Pérez Peña, enunciándola a la esterilidad “como la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva”.¹⁹

Este especialista, nos indica que la esterilidad puede darse de dos formas: a. primaria: cuando nunca se ha logrado el embarazo, bajo ninguna circunstancia y por ningún

¹⁸ Arrighi, Arturo y Congoro, Miguel. **Infertilidad**. Pág. 352.

¹⁹ Perez Peña, Efraín. **Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral**. Pág. 1-11.

tratamiento, y b. segundo cuando han habido embarazos previos, pero pudieron haberse ocasionado intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, entre otros.²⁰

Por pareja infértil se debe entender a aquella que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo y ésta, a diferencia de la esterilidad, es susceptible de corrección.²¹

Por su parte, Arturo Arrighi nos dice que la infertilidad es la imposibilidad de llevar a término el producto concebido, y afirmar que este concepto es mucho más difícil de definir, toda vez que para la esterilidad basta decir que existe una imposibilidad para concebir, mientras que la infertilidad no tiene parámetros plenamente determinados, sin embargo, existe el supuesto de que puede ser corregido y origina una expectativa mayor de reproducción en las parejas.²²

Hemos llegado al punto conveniente de tratar las causas generadoras de estos tipos de problemas reproductivos, podemos encontrar las siguientes²³:

- a. El posponer la maternidad para edades mas avanzadas disminuye la fertilidad de una pareja, y hace que al momento de querer reproducirse se enfrente con diversidad de impedimentos.

²⁰ **Ibíd.** pág. 4

²¹ **Ibíd.** pág. 8

²² Arrighi. **Ob cit.** Pág. 353.

²³ Pérez. **Ob cit.** Pág. 4.

- b. El empleo indiscriminado de técnicas de anticonceptivos, que en muchas ocasiones obedece a automedicación, sin considerar que muchos de estos métodos alteran el organismo, principalmente el de las mujeres y provocan diversas afecciones que disminuyen su capacidad reproductiva.
- c. El estrés, origina una alteración fisiológica y hormonal en los seres humanos, debido a la segregación de importantes cantidades de sustancias tóxicas derivadas de la adrenalina, sustancias que liberamos en situaciones de gran tensión emocional. Este estrés en muchas ocasiones genera drogadicción y alcoholismo, que son factores que disminuyen la capacidad reproductiva en los seres humanos, pues el consumo de estas sustancias aumenta la posibilidad de que un producto presente algunas malformaciones congénitas.
- d. La automedicación, es una causa más de problemas reproductivos, lo que genera en muchas ocasiones que se afecte la función neuroendocrínica, los fenómenos ovulatorios, la espermatogénesis y en diversas ocasiones el funcionamiento sexual se altera al usar tranquilizantes, estimulantes o analgésicos, así como estimulantes menores, como lo serían la cafeína y la nicotina, que si bien no provoca un daño a corto plazo, si genera severas afecciones a largo plazo.
- e. La realización de dietas severas y de ejercicios extenuantes son otros factores más que alteran la capacidad reproductiva en humanos, al alterar la función neuroendócrina del cuerpo al generarse diversas sustancias químicas con el ejercicio exagerado y al presentarse cuadros de desnutrición grave con diversidad de dietas. Lo que parece

paradójico, en virtud de que se ha incrementado el índice de obesidad, que desde el punto de vista médico es un factor mas que altera la función reproductiva.

- f. El contacto con diversas sustancias tóxicas, que el desarrollo industrial de nuestra época trae consigo, como lo son los pesticidas, plomo, solventes, gases, pinturas y radiación, esta última que incluso proviene de los aparatos eléctricos de los cuales se hace uso de manera cotidiana como por ejemplo, el celular, la televisión, la computadora y hornos de microondas.

Los problemas que pueden dar origen a la infertilidad o esterilidad no se encuentran lejos de nosotros, pues el contexto sociocultural de nuestro tiempo presenta la posibilidad de un aumento en el porcentaje de la población que padezca alguna consecuencia de este tipo.

Resulta pertinente mencionar que cuando una pareja decide tener hijos y descubre que no puede hacerlo, experimenta múltiples reacciones psicológicas a las que habitualmente no está preparada la pareja, puesto que sus reacciones son complejas, diversas y en ocasiones irracionales. Descubrir que no se puede lograr un embarazo es una situación traumática para las parejas, pues no están preparadas para afrontarla. Después de generar una crisis mayor, puesto que el problema representa retos diversos, ya que existen limitaciones diagnósticas y terapéuticas, así como algunos factores causales con muy mal pronóstico y a veces al corregir un factor se altera otro.

2.4. Análisis crítico de los argumentos en contra de la maternidad subrogada

Los principales argumentos en contra de la maternidad subrogada que han sido planteados por los médicos y autores conocedores del tema, pueden agruparse básicamente en siete planteamientos que expondremos a continuación y analizaremos cada uno de ellos:

- a. La maternidad es un proceso natural e incorporar otras variables que desnaturalicen el proceso es moralmente inaceptable: Éste es uno de los argumentos más frecuentemente dado por quienes sostienen posturas conservadoras. Este argumento es muy débil, ya que se cae por sí mismo, lo natural no puede ser homologable con lo moralmente bueno y ni siquiera con lo bueno en general.

Utilizaremos una primera vía de contra argumentación en donde aceptamos la tesis planteada que ve a la maternidad como un proceso natural. Tomemos un par de ejemplos: las vacunas son claramente antinaturales, lo natural era que la gente muriera indefectiblemente como ocurrió durante gran parte de la historia de la humanidad por enfermedades hoy prevenibles, podemos decir entonces que ¿éstas tecnologías desnaturalizan a las enfermedades y por lo tanto son moralmente inaceptables? Podríamos también objetar este argumento diciendo que hay muchos ejemplos de otros procesos naturales como los terremotos, las erupciones volcánicas, los tsunamis que son claramente naturales y sin embargo nadie los consideraría buenos.

La ecuación natural igual a bueno y antinatural igual a malo es demasiado simplista y claramente insostenible.

Hace ya siglos que la maternidad es un complejo proceso que involucra muchas otras variables: psicológicas, familiares, económicas, sociales, éticas o políticas que exceden la supuesta naturalidad alegada.

b. Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control, sojuzgamiento y explotación de la mujer: Este argumento quizás sea un poco mas atendible que el anterior, ya que ésta objeción moral puede resultar verdadera en algunos casos. Esta crítica, que a veces aparece con algunas variantes pero conservando la idea central de la utilización de la mujer es el principal argumento en contra de la maternidad subrogada esgrimido por las corrientes feministas. Las mismas señalan que las mujeres históricamente fueron tomadas como objetos, manipuladas y explotadas por los varones para sus propios fines y que esta versión moderna del machismo patriarcal continúa imponiéndole a la mujer la obligación de parir, usándola como recipiente.

Frente a esta postura extrema resulta fácil contra argumentar, apelando a la libertad de las mujeres que deciden ser madres sustitutas de usar su cuerpo para lo que ellas consideren adecuado, pudiendo elegir y asumiendo la responsabilidad de sus actos libremente.

c. El valor de intercambio dado por el dinero en la maternidad subrogada, mercantiliza a los seres humanos y un hijo o hija no puede ser un medio para obtener otra cosa: Desde la ética kantiana podría pensarse que si un humano fuera creado y utilizado como medio para otra cosa, como es el caso de obtener dinero, eso sería objetable, creo que casi todos lo veríamos como inmoral o antiético, pero éste no es el caso.

El problema está en la conceptualización y en lo que se entiende por maternidad sustituta, mostraremos porque ese hijo no es creado para obtener dinero y por lo tanto no es un medio para otra cosa.

Es innegable que para la mujer gestante el dinero podría ser una motivación legítima y asimismo es importante señalar que esperar que la madre obtenga un beneficio económico por prestar su cuerpo durante tantos meses, en una práctica compleja con una carga emocional intensa, es algo completamente esperable. Ya que deberá tener cuidados especiales, seguramente un período de lucro cesante y la posibilidad de complicaciones incluso con riesgo de vida. Hay un proceso previo de entrevistas, acuerdos, controles médicos y preparación, luego vienen los intentos de fertilización que pueden ser varios, posteriormente la gestación y el embarazo con los consabidos cambios físicos, hormonales y psicológicos, después llegará el parto y finalmente el puerperio; y cada una de estas instancias que implican meses e incluso años entrañan potenciales problemas y riesgos.

El valor monetario del intercambio viene relacionado con todos estos riesgos, tiempos, dedicación, controles, cuidados, lucro cesante e implicaciones afectivas del proceso, no hay una mercantilización de seres humanos, sino simplemente costos en todos los sentidos que los interesados deben retribuir de alguna manera a la madre sustituta. Lo que se podría objetar, en algunos casos, son los valores excesivos, pero ése será otro debate que debería tomar en cuenta una posible regulación por parte del estado para evitar abusos de cualquier tipo.

d. Los hijos deben ser queridos por sí mismos, crear un hijo para darlo sabiendo el destino ya de antemano es objetable: En este argumento se cuestiona el destino que ya se sabe va a tener ese niño al decidir engendrarlo, es decir entregarlo a otra familia, a diferencia por ejemplo de una mujer que queda embarazada y luego decide dar en adopción al niño ya que no puede o no quiere hacerse cargo del mismo. Creemos que no debería objetarse la previsión como un factor cuestionable, ya que la madre gestante toma en cuenta el futuro bienestar de ese niño que va a entregar y no se la puede cuestionar sino también sería criticable la mujer que quizás un poco mas inconscientemente quedó embarazada y dio posteriormente a su hijo en adopción.

e. Desprenderse de un hijo o hija y de la responsabilidad que implica es moralmente cuestionable: La madre portadora no se desprende de las responsabilidades como madre hacia el niño, en todo caso nunca las asume, sus responsabilidades con relación al hijo por nacer se circunscriben a los cuidados durante la gestación, ella no toma responsabilidades respecto de la crianza por lo tanto no podemos decir que se desentienda de las mismas.

Se podría objetar o cuestionar que la madre portadora no atienda al futuro de su hijo y su bienestar, pero ella elige de alguna manera a aquellas personas que se harán cargo del cuidado y la crianza de ese hijo por nacer, no lo abandona, ni siquiera lo deja en un anónimo lugar para que sea ubicado posteriormente sino que se lo da a una pareja que conoce en la mayoría de los casos.

Una mujer por decidir ser madre sustituta está asumiendo solamente ciertas responsabilidades respecto del hijo que está gestando, los críticos que argumentan en contra de la maternidad subrogada no logran ver las diferencias entre las responsabilidades que asume la madre sustituta y las que asume la madre de crianza, ya que ambas son claramente distintas y no son subsumibles a una sola y única categoría de monolíticas responsabilidades maternas

- f. Los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales: En general este argumento se basa fundamentalmente en dos aspectos que remarcan los críticos: el primero hace referencia al quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación y el segundo a las dificultades de aceptación social, ambas circunstancias se alegan como potenciales causantes de trastornos y problemas para el hijo o hija nacido bajo la forma de la subrogación.

El vínculo biológico es importante pero no determinante, tampoco son traumáticas las separaciones de la madre con el niño o niña en los casos de subrogación tal como lo evidencian seguimientos a largo plazo.

El otro aspecto que se señala es la dificultad de aceptación por parte de la sociedad y las posibles discriminaciones que pueda sufrir el niño o niña. Este aspecto es atendible, pero no podemos alegar que no es moral la subrogación porque la sociedad pueda discriminar o no aceptar a estos niños, lo que debemos hacer es comprometernos a respetar las diferencias y a educar a las personas para lograr que sean más tolerantes y comprensivas, evitando o disminuyendo las conductas discriminatorias.

Si objetamos la práctica de la subrogación por las dificultades de aceptación de la sociedad, no habría casi avances ni cambios en ningún área y todo seguiría igual a través de los siglos; ya que es una respuesta psicológica y sociológicamente esperable que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y rechazando lo nuevo, luego suele haber respuestas de tibia aceptación, hasta que se da una asimilación casi completa como fue el caso de la fertilización in vitro y muchas otras nuevas tecnologías en el campo de la reproducción asistida.

g. Es inmoral traer de esta forma un niño o niña al mundo habiendo muchos niños que pueden ser adoptados: Este argumento plantea el tema de la adopción, que es muy importante ya que es atendible y loable que las personas quieran y decidan adoptar. Consideramos que las personas que quieren ser padres no tienen la obligación moral de pensar en la adopción como primera opción, en todo caso es una decisión libre el hacerlo o no. Como se mencionó anteriormente, el proceso de adopción es muy largo y cansado para las parejas que desean adoptar, ya que existen ciertas instituciones que llevan un control y no siempre se cumplen con los requisitos establecidos en la ley de adopciones para poder obtener la declaratoria de idoneidad.

De conformidad con lo antes expuesto, la autora considera que son más los argumentos a favor de la maternidad subrogada, pudiéndose desvirtuar todos los argumentos expuestos por sus detractores, ya que la maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen

beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda.

Los estudios sobre los niños y las familias que tienen hijos mediante la modalidad de la maternidad subrogada, muestran que no aparecen ni las complicaciones ni los problemas psicológicos vaticinados por los críticos, por eso a los prejuicios es importante oponerle datos concretos de estudios científicos.

La maternidad subrogada debería estar controlada y regulada por el Estado, como otras formas de acceso a la maternidad y la paternidad. Como ya señalamos, en este punto coincidimos plenamente con la opinión de Robertson para quien la maternidad sustituta es una modalidad más para acceder a la paternidad y la equipará a las otras formas de acceder a la misma sin transmisión de linaje genético. Pudiendo tener las mismas objeciones que en los otros casos, pero ninguna de ellas plantea un problema ético, si el estado cumple la tarea de regular la práctica cuidando a todas las partes involucradas, fundamentalmente a la madre sustituta, la cual no cuenta en general con un abogado o un asesor que cuide sus intereses, como asimismo los derechos del niño por nacer los cuales deberían ser cuidados especialmente.

CAPÍTULO III

3. Marco regulatorio del alquiler de útero en legislaciones extranjeras

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

Se hace necesario involucrarse con la normativa internacional en materia de subrogación maternal ya que analizándola podemos llegar a entender cómo se lleva a cabo esta práctica y tomando como base la legislación que la permiten tales países, a decir verdad como veremos más adelante existen ya en la actualidad muchos Estados que han incluido dentro de sus preceptos legales la institución de la maternidad alquilada, sea ésta para admitirla y trazando los lineamientos de observancia obligatoria para quienes deseen participar en este tipo de procedimientos o prohibiéndola de forma taxativa y más aun creando tipos delictivos

en los que puedan llegar a incurrir los sujetos que se involucren sea la forma que sea en procedimiento de esta naturaleza, ya que se concibe a todas luces como una práctica carente de ética, finalidad y sobre todo ilegal.

La óptica con que se vea a la maternidad subrogada depende en primer término de la evolución desde un punto de vista desde toda arista con la que cuente un país, ello porque nos referimos a naciones consideradas potencias mundiales con un amplio panorama de desarrollo, así también será su evolución legislativa que responde a las necesidades de su sociedad acorde a los avances y requerimientos que la misma población le demanda siempre y cuando legisle para permitirlo, por la misma ideología flexible y poco conservadora con que estos cuenten, de forma contraria los países que siendo avanzados en todos sus aspectos, no lo han hecho para permitir dicho procedimiento, sino en respuesta a prevenir, prohibir y sancionar toda práctica tendiente al alquiler del vientre de una mujer, en atención a lo anterior vemos con buenos ojos ambas posturas ya que por una parte se legisla en atención y respuesta a las nuevas necesidades sociales pero siempre bajo el control y fiscalización del estado permisivo y la segunda aunque asuma una postura en contra y limitativa por no decir cohabitaría aun así es aplaudible en virtud de que no deja sin regulación un fenómeno que más que evidente día a día va en un aumento acelerado, no dejarlo al libre arbitrio de los seres humanos sino sancionar su práctica, se hace también de momento una acción digna de reconocer, aunque no se esté de acuerdo con su negativa.

Como se ha mencionado existen muchos países que ya incluyen y contemplan dentro de su legislación vigente, la maternidad subrogada, sea ésta para permitirla o para prohibirla y

sancionarla como la comisión de un delito, en este apartado se tiene como intención no independizar quienes la permiten y quienes no, sino incluir ambas posturas para poner en relieve como se ha manejado este tema ya que es un tema que ha tenido incidencia en el ámbito jurídico, por lo que se concretará a realizar un breve esquema con miras a enriquecer el conocimiento del lector y gestar un panorama claro de la institución del vientre de alquiler.

3.1. Estados Unidos de América

En Estados Unidos, el Distrito de Columbia, Arizona, Indiana, Michigan y New York prohíben los contratos de maternidad subrogada mientras que Kentucky, Louisiana, Nebraska, Washington, Florida, Nevada, New Hampshire y Virginia los validan si la madre subrogada no recibe paga por virtud del contrato. Los Estados de Florida, New Hampshire y Virginia también requieren como requisito del contrato que la madre comitente, es decir, mujer con la intención expresa de procrear y de criar la criatura, sea infértil. Los estados de Virginia y New Hampshire, por el otro lado, requieren la aprobación judicial previa del contrato para que éste sea válido.

La jurisdicción de Arkansas es otra donde se validan los contratos de maternidad subrogada. A diferencia de los anteriores estados, en Arkansas se presume que el contrato de maternidad subrogada es válido y que el nacido por virtud de éste es hijo de los padres contratantes. Juristas de los Estados Unidos de América han desarrollado cuatro mecanismos o teorías para determinar la maternidad legal en la gestación subrogada. Éstas son:

- a. La teoría de la intención (intent-based theory),
- b. La teoría de la contribución genética (genetic contribution theory)
- c. La teoría de preferencia de la madre gestante (gestational mother preferente theory) y
- d. La teoría sobre el mejor interés de menor (the best interest of the child theory)²⁴.

Cuando una Corte o un Estado adopta la teoría sobre la intención la madre legal es aquella que tiene la intención de procrear y de criar la criatura. Ésta es conocida como la madre comitente (commissioning mother). Esta teoría fue desarrollada por el estado de California en el caso de Johnson v. Calvert de 1993.

En el caso de Johnson por primera vez una Corte se enfrentó ante la interrogante sobre si la madre legal es aquella que alumbró la criatura o la que provee el material genético. En este caso una mujer capaz de producir óvulos no podía gestar una criatura por que había sido sometida a una histerectomía. Como resultado la pareja contrato a una mujer la cual acordó ser implantada con el embrión fertilizado de la pareja. Tanto la madre biológica como la que gestó la criatura solicitaron a la Corte que determinase preliminarmente la maternidad legal. Según el Código Civil del estado de California la maternidad legal puede ser determinada mediante el parto o pruebas genéticas. Dado que tanto la madre biológica como la gestante tenían un reclamo válido en cuanto a la maternidad, la Corte se vio en la obligación de buscar un nuevo método para la atribución de maternidad. La Corte optó por hacer una determinación de la intención de las partes al entrar al contrato de subrogación independientemente de la validez del contrato. Concluyó que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar la criatura.

²⁴ Arámbula. **Ob cit.** Pág. 93

En conclusión esta teoría está basada en la creencia de que sin el interés de la pareja que contrató a la mujer gestante, la criatura no hubiese sido creada.

La teoría de contribución genética basa la determinación de maternidad en la relación genética entre la madre y la criatura. El problema con esta teoría surge cuando una tercera mujer dona el óvulo.

En este caso, la criatura no tiene relación genética ni con la mujer gestante ni con la que tiene la intención de criar la criatura, como ocurrió en la situación discutida anteriormente. En la aplicación de esta teoría, la mujer que dona el óvulo tendría derecho a reclamar la maternidad, sea ésta anónima o no. Por tal razón, juristas han concluido que la teoría de contribución genética se debe limitar a disputas en la maternidad subrogada gestacional, esto es, entre la madre que lleva a cabo la gestación y la que provee el óvulo siendo esta la madre comitente.

Anterior al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida la teoría de la preferencia de la madre gestante ha sido la adoptada por los estados de Dakota del Norte y Arizona. Según esta teoría la mujer que da a luz a la criatura es la reconocida como madre legal. Dicha teoría le da gran valor al lazo que se crea en los meses de embarazo entre la criatura y la mujer que lo gesta. Un valor, que según los que apoyan esta teoría, es superior a la aportación de componente genético.

La teoría sobre el mejor interés del menor está basada en el bienestar del niño independientemente de la genética y gestación. Esta toma en consideración factores como

la facultad que tienen las personas involucradas para proveer al niño, tanto en el ámbito psicológico como en el físico. Este estándar le da amplia discreción al Tribunal. Este puede tomar en consideración factores como educación, manutención, la felicidad, entre otros. El Tribunal lo que busca es lograr justicia para la criatura.

Uno de los primeros casos vistos donde se discutió y aplicó esta teoría fue en el estado de New Jersey en 1988, en el caso de Baby M; fue el primer caso a nivel mundial que atendió la problemática de la maternidad subrogada, como ya se menciona anteriormente.

3.2. India

En la India desde el 2002 es legal que una mujer preste servicios como madre de alquiler. Al legalizarse, dio pie a que muchas parejas extranjeras buscaran la solución a su esterilidad en la India ya que los precios son más bajos comparados con Estados Unidos de América.

En 2008, la Corte Suprema de la India en el caso Manji sentenció que la maternidad comercial estaba permitida en la India. Por lo cual se ha convertido en este país en una industria²⁵.

La doctora Marika Khanna, de la clínica Gaudium, en Nueva Delhi, manifiesta que “lo que hacemos es asegurarnos de que en el país de los padres adoptivos la maternidad de alquiler sea legal. Hace poco recibimos la solicitud de una pareja de Holanda. Nuestra intención era ayudarlos, pero no fue posible a causa de la legislación holandesa. No

²⁵ Alzate. **Ob cit.** (05 de Junio 2011)

queremos correr el riesgo de que nazca un niño y enfrentemos problemas legales para entregarlo a sus padres adoptivos”.²⁶

En la india, a pesar de que ya hace nueve años que se reguló la maternidad subrogada en dicho país, aun persisten ciertos problemas para poder hacer posible el alquiler de útero, ésto se debe a que al ser la regulación enfocada a que la maternidad subrogada tenga fines mercantiles y existan parejas extranjeras que acuden a la india a realizar estos contratos por los bajos precios, la autoridades del país de la india se ven en conflictos por que en los países de las parejas extranjeras no se encuentra regulada la figura del alquiler de vientre.

3.3. Ucrania

En Ucrania se dio inicio a los métodos de la medicina reproductiva asistida formalmente a principios de los ochentas del siglo pasado. Jarkov fue la primera ciudad donde el método de la fecundación in vitrio fue aplicado con éxito y gracias a este método nació una bebé llamada Katya en 1991. Asimismo, Jarkov fue la primera ciudad entre los países de la Conferencia de Estados independientes en realizar el programa de un vientre de alquiler. Más de 1,000 bebés in vitrio han nacido en Jarkov durante los últimos 20 años bajo el método o practica de la maternidad subrogada.

Todos los procedimientos referentes al Alquiler de vientre están aprobados por el Ministerio de Justicia de Ucrania, la Administración de Justicia en la región de Jarkov, el Comité Estatal de Política de Regulación y Emprendimiento y el Ministerio de Sanidad de Ucrania.

²⁶ **Ibíd.**

El procedimiento que realizan las clínicas de fertilidad en Jarkov, es el siguiente: Primero, es informar a los participantes del programa de vientre de alquiler sobre todos los aspectos del procedimiento de la medicina reproductiva asistida, cuales sus participantes son los padres genéticos y la madre de alquiler. Ser informado también implica la concesión a los padres genéticos la posibilidad de elegir la candidatura de la madre de alquiler de la base de datos del Centro de Maternidad Subrogada.

Segundo, aquí los clientes (los padres genéticos) y la ejecutante (la madre de alquiler) en caso necesario reciben las consultas completas para corregir el estado psicológico de los participantes del programa, la solución efectiva de los problemas jurídicos y de organización.

Tercero, el Centro de vientre de alquiler se dedica a la coordinación, es decir el arreglo de los conocimientos, habilidades, aptitudes y esfuerzos de todos los miembros del programa: los padres genéticos, la madre de alquiler, los especialistas y la base de medicina de la Clínica Reproductiva, para alcanzar el objetivo común, el nacimiento de su propio niño sano²⁷.

En este país no es mucha la información con la que se cuenta, solamente el hecho de ser uno de los Estados dentro del área que lleva ya varios años practicando el procedimiento de subrogación maternal por caracterizarse por la prevalencia de sus ideas innovadoras y evolucionarias.

²⁷Pchelnikova, Lyudmila. **Centro de maternidad.**

http://www.surrogate-mother.ru/sp/surrogacy/maternidad_subrogada.html (23 de Junio 2011)

3.4. Israel

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

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

No hay claro consenso, existe una marcada división de pensamiento, quienes sostienen que la subrogada es madre; aquellos en favor de que es quien aporta los genes la madre; y claro, no falta la ecléctica señalando una doble y simultanea maternidad.

Israel recientemente ha legislado que la madre genética es la madre legal del niño, sin necesidad de una posterior adopción.

Se sostiene que al momento de la concepción, el cigoto adquiere identidad y parentesco, argumento que se reafirma con la aseveración de que un feto previo a los 40 días ya representa vida en potencia mas allá de un simple tejido. El otro argumento señala que el parentesco se determina por genes²⁸.

²⁸ Perez Vaquero, Carlos. **Diez claves para conocer los alquileres de vientre.** <http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201012-8941256875258.html> (23 junio 2011)

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

Cuando se inicia uno de estos arreglos, lo usual es un contrato entre partes previo a crear al niño. Esta transacción es considerada venta de bebés y no un pago por servicios. De tal manera, dichos contratos no tienen fuerza vinculante entre partes. Sin embargo, de acuerdo a la reciente legislación Israelí, los arreglos de subrogación maternal si tienen fuerza y son coercibles contra la subrogada. Ella sólo puede ser compensada por el costo del embarazo, el alumbramiento, tiempo sufrido y pérdida de ingresos por dicho período.

3.5. México

Al ahondar en el tema de la maternidad subrogada y la forma en que ha enfrentado México los avances tecnológicos en ese tema, es de gran incidencia en Guatemala, por ser un país tan cercano al nuestro y es un país de América latina.

En México, es muy reciente el tema de la regulación en el tema del alquiler de útero, ya que apenas en el 2010, el pleno de la Asamblea legislativa del distrito federal aprobó la ley de maternidad subrogada, iniciando su vigencia el uno de enero del dos mil once, a decir verdad el país vecino cuenta ya con una normativa legal que no sólo acepta y permite la práctica del alquiler de útero sino también establece una serie de normas que deben observarse para llevarla a cabo²⁹.

²⁹ **Ibíd.**

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

En el contrato se establece la obligación de la madre y el padre biológico, de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generan a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante, con independencia de si se logra o no el nacimiento. También establece la obligación de la mujer gestante de entregar a la madre y al padre biológico al menor después del nacimiento y éstos a recibirlo. Asimismo, debe hacerse del conocimiento de los padres el derecho de la mujer gestante a decir respecto a la interrupción del embarazo en términos que establece el Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal, de acuerdo con la legislación vigente. Entre los requisitos que debe cubrir la mujer gestante se pide no haber estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro. Además, deberá informar a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato, de su intención de participar en esta práctica para que manifiesta lo que a su derecho convenga.

La mujer gestante puede demandar civilmente de la madre y el padre biológicos el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal, Para ello, es indispensable certificación médica extendida por

la Secretaría de Salud. Asimismo, cuando pretenda obtener un lucro en virtud de la divulgación pública para causar algún daño a la imagen pública de la madre y el padre biológico, el o los menores, o que no cumpla con lo manifestando tal actitud es sancionada por la ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida.

De los distintos casos en los que se puede dar la inseminación in vitro, la ley sólo regula el supuesto en el que la pareja contratante aporta el material genético, óvulo y espermatozoide, que la mujer gestante sólo preste su vientre para el desarrollo de embrión y del feto durante el periodo gestacional. Conforme a los Artículos 2 y 3 fracciones V, VIII y X, esa pareja contratante tiene que estar unida por matrimonio o concubinato, restringiendo el acceso a la figura a parejas heterosexuales al definir la maternidad subrogada como la practica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su material genético³⁰.

La ley también prevé que mujeres solteras acudan a celebrar un contrato de maternidad subrogada, pero existen contradicciones legales, ya que por un lado se obliga al padre, donador, a asumir los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica, entre ellos, la obligación de aportar alimentos y el derecho a ejercer la patria potestad, y por el otro el Artículo 293 del Código Civil para el distrito federal que establece que: “la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida”. Otra problemática legal que genera la ley es que aunque limita el supuesto de la maternidad subrogada a la madre biológica que no puede llevar la gestación

³⁰ Arámbula. **Ob cit.** Pág. 55-92.

en su útero, podría entorpecer la práctica de la fertilización in vitro en otros casos, al establecer en su Artículo 9 que ningún médico tratante realizará la transferencia de un embrión humano, sin que exista un instrumento para la maternidad subrogada³¹.

Vemos como México ha regulado la institución del alquiler de útero y al darle lectura a la ley recién entrada en vigencia, se puede evidenciar que se tuvo el cuidado de evitar lagunas legales y sobre todo inconstitucionalidades, sin embargo, en algunos Artículos si existe contradicción con la constitución, esto es porque el cuerpo normativo trata de adaptarse a los avances tecnológicos y esto crea conflictos con todo lo regulado anteriormente.

3.6. Inglaterra

Por comparación, Inglaterra, al igual que inicialmente lo propuso la ley judía, definió el término madre en favor de la madre subrogada señalando que “es madre la mujer que da a luz un niño sin considerar si hubo o no colocación de embrión, esperma u óvulo; y, que ninguna otra mujer debe ser tratada ni considerada como madre de dicho niño”³².

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

³¹ **Ibid.**

³² Leonseguí Guillot, Rosa Adela. **La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo.** Pág. 314.

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

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

En 1985 mediante un acuerdo en materia de Arreglos de Subrogación, Inglaterra prohibió los arreglos de maternidad subrogada comercial e impuso sanciones penales para todo individuo que se viera involucrado en dicha actividad. La idea fue prevenir la subrogación maternal como negocio³³.

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

³³ **Ibid.**



3.7. Australia

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

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

Se ha puesto en evidencia que al menos algunos países que se consideraron pioneros y protagonistas en el tema que nos ocupa, tanto prohibiendo la práctica de la subrogación maternal como otros permitiéndola y mejor aun legislando al respecto, es de hacer notar que si bien es cierto incluimos solamente algunos ejemplos de países inmersos, existen muchísimos más en el mundo de forma total y absoluta prohíben llegar a incoar un procedimiento de esta naturaleza y así como también podemos afirmar que con el pasar de los años son más países los que se suman a la preocupación de que se debe tomar una postura al respecto y no se puede seguir evitando, ya que es un hecho real y tangible que las parejas están recurriendo a este método para formar una familia, pero por ser realizada a su libre arbitrio y que muchas veces es deliberado, ilícito y teniendo sólo al lucro.

3.8. Procedimiento común del alquiler de vientre en el mundo

Los médicos que realizan la inseminación en mujeres sustitutas, consideran que esta inseminación debe realizarse de conformidad con lo regulado en cada país sobre el alquiler de útero. Con lo expuesto anteriormente, consideramos que es importante realizar un análisis de los puntos comunes encontrados en el procedimiento regulado en cada país, que ya cuentan con una ley que regula el alquiler de vientre dentro de su ordenamiento jurídico, en algunos de ellos.

- a. Primero la pareja unida en matrimonio o unida de hecho, tome la decisión de alquilar un vientre, ya que la pareja posee problemas de infertilidad o esterilidad y su deseo es tener un hijo, acudiendo a un centro especializado en realizar este tipo de procedimientos para que le brinden asesoría y/o consejería, ya sea la clínica en particular, corporativa o estatal.
- b. Al existir una mujer que acepta que se le transfiera un embrión in vitro ajeno: el cual ha sido concebido con los gametos de la pareja que encarga el niño (la mujer que integra la misma tiene dificultades para asumir ella misma la gestación).
- c. La agencia o clínica requiere toda la documentación con la que se cuente referente a la infertilidad de la pareja, diagnósticos previos, pruebas médicas, análisis, ecografías, seminograma, entre otros. El médico encargado del caso en particular evalúa y confirma si realmente se necesita un proceso de subrogación. Casi siempre como en un proceso de adopción, se somete a la pareja a entrevistas y sesiones psicológicas para

determinar si mentalmente están anuentes y estables, preparados para un procedimiento de esta índole y no presentarán problemas durante y después de haberse realizado.

- d. El psicólogo o psiquiatra del centro clínico en donde se hace la gestión emite un dictamen con el visto bueno y aclara que la pareja se encuentra apta psicológicamente para iniciar el procedimiento. La agencia entrega el contrato que debe ser firmado por la pareja, en el que especifica entre otras cosas las obligaciones y derechos de ambas partes, así como los honorarios a cancelar en concepto de asesoría y por motivo de la intervención de los médicos en el procedimiento.
- e. La agencia procede a buscar o ubicar una posible madre subrogada dentro del banco de personas que previamente han mostrado anuencia en participar como madres sustitutas o bien muchas veces la misma pareja acude junto a la ya seleccionada madre subrogada, solicitando solamente que les sea practicado el método. En el primer caso, la agencia remite un cuestionario en el que mediante diversas preguntas intentará poner en contacto a los comisionistas con una madre subrogante que pueda tener igual opinión respecto a diversos aspectos del proceso, tales como tipo de relación que se desean tener antes, durante y después del embarazo, si se quiere hacer la amniocentesis, que hacer en caso de malformaciones del feto, posibilidad de embarazo múltiples y otros aspectos que son de vitalidad, pronunciarse debido a que por ser demasiado complejo este método resulta necesario hacerlo. Esto es importante para que de llegarse a presentar un obstáculo de esta naturaleza, no haya un conflicto de intereses entre los padres biológicos y la madre subrogada.



- f. La agencia por lo regular facilita abogados que representa a la pareja y se encarga de llevar a cabo todas las gestiones pertinentes. Éste se encarga de redactar el contrato entre la pareja solicitante y la madre subrogante. Preparará todos los documentos y los presentará al juez para que en el momento del nacimiento del menor, de inscribir al mismo y emitir la partida en donde conste los nombres de los padres solicitantes, ahora esto último solamente se da en algunos países ya que, en otros el recién nacido se inscribe como hijo de la madre que lo alumbró, pero de inmediato al nacer se inicia un trámite de adopción para entregarse a los padres solicitantes.
- g. Constituido el fondo de garantía y firmado el contrato entre la madre sustituta y la pareja infértil o estéril, ya es posible empezar el tratamiento médico.

CAPÍTULO IV

4. El Contrato de gestación

En este capítulo, se inicia desde los conceptos de forma genérica para ahondar a los significados o nociones en materia jurídica propiamente del contrato de gestación, de tal manera de poder contar con un panorama más amplio y que permita un mejor entendimiento en si del contrato. La doctrina en materia jurídica permite tener mayor amplitud de conceptos en cuanto al contrato de subrogación material y que merece atención para tener más claridad del tema.

Como se ha expuesto anteriormente, la maternidad subrogada se perfecciona a través del contrato de gestación, el cual puede ser definido como el acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada arrendadora, que es quien prestará el servicio y otra parte llamada arrendataria, que es quien encarga el servicio de gestación, obligándose ésta a pagar una determinada cantidad de dinero que ha sido pactada, a la parte arrendadora quien a su vez contrae la obligación de entregar al niño una vez que nazca.

4.1. Naturaleza jurídica

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, entendemos 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 de acuerdo de voluntades, si ello fuera así, convalidaríamos el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos; 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 nuestro 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 de entes administrativos que intervengan por parte del Ministerio de Salud Pública, el Colegio de Médicos y la Procuraduría General de la Nación, es por ello que es necesario la autorización para contratar este tipo de servicios.

Por otra parte es necesario advertir otra dificultad al respecto, nuestro Código Civil en el Libro V, Artículo 1251 establece "el negocio jurídico requiere para su validez. Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito", 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 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 él 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.

Es así que en suma la naturaleza jurídica de la relación sustantiva constituida entre los padres genéticos y la madre subrogada viene a ser una naturaleza de carácter mixto e, en donde el derecho privado se ve reflejando cuando las partes tienen libertad de contratar y el principio de autonomía de la voluntad prevalecería en estos contratos, pero por existir una vida humana existe el interés público, es por ello que los derechos fundamentales del individuo que esta por nacer y la pareja usuario y la madre sustituta, deben ser protegidos por parte del Estado a través de sus entes administrativos y judiciales.

4.2. Características del contrato

La definición antes indicada, de ella se desprende que el contrato de gestación del vientre materno es bilateral, oneroso, principal, consensual y generalmente conmutativo, es decir, que obedece a la solemnidad, además de tracto sucesivo, en el presente apartado realizaremos un breve análisis de cada una de estas características.

- Bilateral: Cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente; para la portadora surge la obligación de gestar el feto, tener el debido cuidado y diligencia, y entregar el niño; y para la pareja solicitante, surge la obligación de pagar un precio, equivalente en dinero, al aporte que la otra parte ha hecho.



- Oneroso: Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; la utilidad de los padres consiste en tener un hijo con su carga genética; y la utilidad de la portadora yace en la remuneración económica que esta recibe por haber dado su vientre en arrendamiento, esta remuneración enfocada a los gastos realizados durante el proceso del alquiler de vientre.
- Principal: Subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; la carga obligacional para las partes nace de la convención en este contrato, sin que dependa de otro contrato para su existencia.
- Conmutativo: Cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; tanto la pareja solicitante como la portadora, se obligan en acciones equivalentes, contrario sensu, no es aleatorio porque el ámbito de responsabilidad sobre la salud del nasciturus, no entra en la órbita obligacional de la portadora, no siendo ésta parte de su equivalencia dentro del contrato.
- De tracto sucesivo: Aquellos que generan obligaciones de cumplimiento intermitente o continuo, cuya propia naturaleza impide que puedan ser satisfechas de manera instantánea; la obligación de la portadora de gestar cautelosamente el feto, se extiende en el tiempo que por naturaleza dura el embarazo, sin que exista la posibilidad de que se satisfaga de manera instantánea, sin embargo, aquella obligación se limita hasta el momento en que finaliza el embarazo y el niño es entregado a sus padres. Entonces en este contrato no se habla de resolución sino de terminación, el contrato se extinguirá,

dejara de producir efectos para el futuro pero quedarán subsistentes los producidos anteriormente

- Solemne: Está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales; formalidades que a mi juicio deben ser provistas dentro de una escritura pública, por la protección al niño por nacer y por los sujetos que intervengan en su realización que puede ser el medico autorizado o centros de subrogación que realicen la fecundación, aunque en Guatemala no existen estos centros.

4.3. Cláusulas esenciales y formalidades

La celebración del contrato de gestación se realizará entre los padres subrogados y la madre subrogante que será seleccionada por dicha pareja, o bien por medio de un centro de subrogación, que no existe actualmente en Guatemala.

El contrato se celebrará por medio de notario en escritura pública, en el que debe incluirse además de los datos generales de las partes y de la especificación del contrato a celebrarse, también debe incluirse ciertos puntos esenciales y necesarios para la celebración de este contrato, ya sea en cláusula separada o independiente o de forma global, según sea el estilo personal del notario.

Los puntos esenciales y necesarios que considero se deben tomar en cuenta son:

- Establecer si el arrendamiento del útero se realizará de forma gratuita o de forma onerosa; si es de forma onerosa determinar la cantidad de dinero que recibirá la madre sustituta.
- Determinar si el contrato quedaría sin efecto en el caso de que la madre subrogada sufra un aborto o si el niño nace muerto o muere en el parto
- La pareja usuaria se compromete al pago de todos los cuidados prenatales de la madre subrogada, el parto, vitaminas, medicamentos, inseminación artificial, seguro de vida y ropa de maternidad.
- La madre subrogada tendrá prohibido el consumo de bebidas alcohólicas o cualquier sustancia que pueda afectar al bebé, así como fumar cigarrillos o tabaco.
- Otra prohibición que debe ser establecida, si así lo considera la pareja usuaria, es en cuanto a que la madre subrogada no puede recibir información acerca del niño, ni seguir en contacto con él o el matrimonio después del parto y la entrega del niño.
- La madre subrogada dentro de sus obligaciones debe someterse a exámenes médicos durante el periodo de embarazo, para ser monitoreado el embarazo y determinar si todo se encuentra normal con el bebé.

4.4. Viabilidad jurídica del contrato de gestación dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

Para determinar la viabilidad jurídica de esta figura como un contrato reconocido por el ordenamiento legal de Guatemala es menester estudiar la figura de la constitución Política de la República de Guatemala y el Código Civil, para poder armonizar ambos cuerpos legales con la práctica de la maternidad subrogada, esto con el fin de que se materialice dicho reconocimiento.

a. Armonización e interpretación del alquiler de útero en la constitución de Guatemala: En la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, un conjunto de normas adquiere unidad cuando la validez de todas ellas deriva de la denominada norma constitucional, en la cual se apoyan todas las demás. Así, el derecho regula su propia creación y establece la manera en que puede ser modificado o pueden ser sustituidas las normas que lo integran, de tal modo que al relacionar la validez de una norma por su adecuación en otra norma de carácter superior, se llega a desembocar necesariamente en la Carta magna.

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

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

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

Así, con objeto de cubrir las necesidades de los gobernados, el legislador debe tener la visión, el tacto y la agilidad suficiente para crear o anular normas acordes a la percepción que de la realidad tenga pero debe hacerlo en armonía constitucional y recordar que el no permitir o anular una norma puede ser algunas veces un suceso grave generador de confusión o inseguridad jurídica; puede determinar de hecho, una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas.

La pregunta obligada, en el eje del debate es, si la subrogación maternal en alguna medida desacuerda con normas constitucionales o bien con derechos y garantías inherentes a la

persona humana a tal grado que pudiese considerarse tal práctica como nula de pleno derecho.

Las principales normas de carácter fundamental que deben ser consideradas para determinar la armonía o adecuación de la maternidad subrogada en nuestra legislación son las de materia de libertad es por ello que citamos el Artículo 2, es decir, que todas las personas ante los ojos de la ley son libres y gozan de igualdad de condiciones, el que se refiere al libre desarrollo de la personalidad y también al de la libertad de conciencia, otros Artículo que tienen relación con el principio de libertad son:

Artículo 5. Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma

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

En los Artículos antes transcritos, encontramos que la carta magna, establece que una persona puede realizar todo lo que la ley no prohíba, en este caso el contrato de gestación, y no puede ser penado por delito ya que no está previsto dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco con una pena.



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

Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

La carta magna en el Artículo antes citado, establece que se garantizan los derechos que en ella se contengan, así como los que aun no se encuentren expresamente regulados, pertenece a la esfera de los fundamentales de toda persona para lograr la felicidad y el desarrollo integral. La maternidad subrogada podría considerarse como un derecho de cuarta generación y que se ve amparada por nuestra ley fundamental de conformidad con este Artículo, realizándose así una interpretación extensiva.

Artículo 47. Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

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

Este soporte constitucional, permite viabilizar la figura jurídica del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer, y al mismo tiempo generar doctrina en cuanto al surgimiento de principios constitucionales protectores de la libertad de escogencia en el método de reproducción, para las parejas en edad reproductiva. De esta manera nace lo que se denominara a continuación principio de libertad reproductiva, derivado de todos aquellos preceptos que estando plasmados o no en el texto constitucional hacen parte de él. Y que se tendrá como pilar para el desarrollo aplicativo del contrato de arrendamiento del vientre de la mujer.

Artículo 93. Derecho a la salud. El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.

Artículo 94. Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social. El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

Los Artículos antes expuestos que nuestra ley fundamental regula en su apartado de derecho a la salud, es importante para el tema de la presente investigación, ya que el Estado debe velar por la salud mental y física de la mujer sustituta, de la mujer sustituida y del menor producto del alquiler de vientre. Al no existir una regulación sobre el alquiler de vientre, es necesario que el Estado, a través de su ente legislador, instituya un protocolo que regule los parámetros a seguir en el caso de que una pareja unida de hecho o unida en

matrimonio opte por procrear, utilizando el método de fecundación por el alquiler de vientre, normando así los pasos a seguir por parte de los médicos los derechos que se pierden sobre el niño que está por nacer por parte de la mujer que presta su vientre, cuál sería la forma de reconocer al niño por parte de la pareja usuario para que sean reconocidos sus derechos con el niño y los derechos que posee la madre sustituta y la pareja usuario durante el proceso de gestación.

Al instituirse un protocolo a seguir por los médicos, debe el Ministerio de Salud Pública velar por su cumplimiento, controlando así las actuaciones de los médicos al realizar la fecundación en la madre sustituta y con el fin de evitarse todo acto anómalo por parte de los médicos y así mismo, brindarles a estos normas que al prestar sus servicios profesionales a una pareja que desea procrear utilizando el método del alquiler de vientre, lo realicen apegado a lineamientos éticos y morales.

Efectuando una interpretación extensiva de las normas constitucionales anteriores vemos que considerando el término concepción como la fusión de espermatozoides y óvulo, resulta que el Estado, siempre que ello suceda y sin importar el modo como ocurra, queda obligado a garantizar y proteger esa vida humana en progreso.

En determinadas circunstancias nos parece que la maternidad subrogada armoniza y parece estar conforme al principio de interpretación congruente constitucional de nuestro ordenamiento jurídico. Además, no estando regulada ni calificada como delito o falta; y considerando que toda persona es libre de hacer todo aquello que la ley no prohíbe, en

Guatemala dicha práctica es concebible, lo cual encontramos regulado en los Artículos 4o., 5o., 17, 44, 47 y 56 de la Constitución de la República de Guatemala.

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

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

El término negocio jurídico y lo fundamental de su dogmática se debe a la teoría pandectista alemana en su intento de sistematizar la ciencia jurídica para establecer criterios que

faciliten la solución de problemas prácticos en que la autonomía de la voluntad juega un papel relevante. La doctrina contemporánea desarrollo la teoría del negocio jurídico, uno de los principales representantes fue el Código Civil Alemán en 1900, la doctrina alemana elaboró la teoría del negocio jurídico, esta doctrina señala que el negocio es una declaración de voluntad orientada a conseguir una finalidad practica lícita amparada por el ordenamiento legal, esta definición la obtienen de los pandectistas alemanes. Los pandectistas ante la necesidad de justificar y conceptualizar los actos del hombre que son relevantes jurídicamente crearon y elaboraron el concepto del negocio jurídico que en su primera versión clásica pandectista coincidió totalmente con la versión clásica francesa, salvo el cambio de término, pues mientras los clásicos franceses prefirieron la denominación de acto jurídico los pandectistas optaron por el negocio jurídico, pero coincidiendo totalmente en sus postulados, entendieron y definieron al negocio jurídico al igual que los franceses, como una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos perseguidos por los sujetos³⁴.

Se considera como negocio jurídico: la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos. Se destaca el resultado propuesto con la declaración de voluntad, ésta ha de seguir siendo estimada como el fundamento del negocio jurídico.

Se le podría definir como: "Todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el derecho y es regulado por sus normas", en realidad la expresión es una

³⁴ Brañas. **Ob cit.** Pág. 235

innovación de importancia germánica, para sustituir al nombre más clásico del acto jurídico, preferido en Francia³⁵.

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

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

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

Artículo 1252: La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita.

Por lo anterior se afirma que al celebrarse un negocio jurídico debe de concurrir para ser válido y por ende legítimo, tres elementos insuperables que serian primero la capacidad civil de las partes, segundo el consentimiento que no lleve inmerso ningún tipo de vicio y tercero el objeto sea eminentemente lícito y posible aunado la manifestación puede ser expresa o tácita, para poder realizar una armonización e interpretación para la incorporación del la

³⁵ Cabanellas. **Ob cit.** Pág. 21.

maternidad subrogada en la legislación guatemalteca, se debe realizar un análisis de cada elemento que componen el negocio jurídico.

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

Los sujetos que intervienen en el contrato de gestación son los siguientes:

La pareja usuario: que sería el matrimonio o unión de hecho que padezcan de problemas de infertilidad y de esterilidad, quienes ambos tanto la mujer como el hombre que forman el matrimonio o la unión de hecho son mayores de edad, por lo que gozan de su plena capacidad para poder ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones; y

La madre sustituta: es la mujer a la cual se le realizará la fecundación del óvulo y el espermatozoide de la pareja usuario. Esta mujer debe ser mayor de edad, encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.

De esta manera ambos sujetos que participan activamente en el momento de vincularse entre por medio del contrato de gestación, se encontraran cumpliendo con el elemento de encontrarse con la capacidad civil requerida.

En cuanto al consentimiento, este elemento lo encontramos en el contrato de gestación de una forma muy clara, cuando una mujer manifiesta su voluntad de llevar adelante la gestación de un óvulo fertilizado de otra pareja, contribuye con su declaración a formar el consentimiento necesario según nuestro ordenamiento jurídico. Dicho consentimiento constituye uno de los elementos estructurales del contrato, cuyo objeto es la entrega del niño nacido después del parto, creándose una obligación de hacer; llevar a cabo el contrato; y una obligación de dar; entregar al bebé al momento de nacer.

En cuanto a la licitud objeto del contrato de gestación, existen varios criterios en contra ya que hay autores que consideran que la vida humana no puede ser un objeto susceptible de un contrato ya que se vulnera la dignidad humana y otros autores consideran que es contrario al orden público y a la moral.

La causa ha de ser lícita, siempre que no sea contraria a la moral y al orden público. Al no existir una regulación propia del contrato de gestación, se debe acoger a nuestra carta magna, por existir derechos que apoyan la moral y jurídicamente al contrato de gestación para ser lícito. Los derechos fundamentales que sirven de fundamento para esta causa: la libertad de hacer todo aquello no prohibido, no puede ser sancionado de forma penal por no existir un delito regulado, derecho a procrear, el derecho a integrar una familia. La carta magna prevalece sobre el Código Civil en el que nos establece que para poder realizar el negocio jurídico debe contener un objeto lícito, atendiendo al contrato de gestación, la vida humana no es un objeto lícito y es contraria al orden público su negociación, sin embargo al permitirlo la constitución política de la República de Guatemala, es susceptible que se de este tipo de contratos.





CAPÍTULO V

5. El alquiler de vientre dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

5.1. Posible ámbito jurídico de ubicación del alquiler de vientre:

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

Derecho objetivo, es el conjunto de normas que regulan con carácter obligatorio las relaciones sociales. Es el derecho considerado con independencia del ser sobre el cual recae su imperio. Este derecho varía de lugar en lugar, de época, atendiendo a las

necesidades e idiosincrasia de los pueblos, y a las particulares condiciones del medio en donde ha de producir sus efectos.

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

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

El ámbito del derecho civil guatemalteco se amplía y modifica con nuevos conceptos especialmente en cuanto a normas de carácter familiar. Esto no es un anhelo legislativo sino la tendencia de todo derecho a que debe irse ajustando a las necesidades que gestan en la sociedad a manera de ampliar su espectro regulatorio y no sólo abarca instituciones o situaciones que han sido heredadas desde la antigua roma, es pues el deber de todo ordenamiento jurídico adaptarse y moldearse para satisfacer las necesidades de toda nación y no dejar sin regulación aspectos que pueden llegar a ser de tanta trascendencia como lo es la institución que nos ocupa, si bien es cierto que el derecho civil siempre ha sido



y seguirá siendo una rama conservadora, formalista y estática, en contraposición del derecho mercantil o comercial por citar un ejemplo, no por ello dejará de actualizarse para regular aspectos que con el devenir del tiempo ahora se hacen presentes.

En observancia de lo anterior la ubicación de la práctica de casos de maternidad subrogada dentro de un área específica del derecho dependerá no sólo del país que trate de hacer esta diferenciación sino de la apertura y evolución legislativa que posea un Estado en especial, debido a que tratándose de una situación en la que como ya quedó expuesto, se llega a negociar con una mujer con capacidad reproductora para que ésta tenga un infante por encargo de una pareja infértil o estéril, será tarea de cada nación que permita este tipo de procedimientos encuadrar esta institución en cierta área del derecho.

En virtud de lo antes esbozado podemos considerar que definitivamente es, en el área privada del derecho especialmente en el derecho civil y de familia en donde se debe ubicar una práctica tan novedosa como lo es el alquiler de vientre, por que existir libertad de contratación y autonomía de la voluntad, pero que a su vez se encuentra un conjunto de derechos y obligaciones que conciernen al Estado intervenir como contralor del fiel respeto al derecho a la vida y de los demás de los cuales goza todo ser humano.

5.2. La responsabilidad de los sujetos que intervienen en el alquiler de vientre

Hay responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica se viola y produce un daño o perjuicio; es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer

expresan su comportamiento en forma contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados.³⁶

Tamayo y Salmorán señalan que la responsabilidad es una obligación de segundo grado, que aparece cuando la primera no se ha cumplido; es decir, que si una persona tiene la obligación de no causar daño y lo causa, es responsable de pagar por él. El responsable de un hecho ilícito debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan.

La responsabilidad jurídica es el género cuyos tipos son la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La responsabilidad subjetiva descansa en la teoría de la culpa, originada por un hecho ilícito. En cambio, la responsabilidad objetiva se funda en que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la ración de los daños que produzca con dicho objeto, por su aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa.

La responsabilidad subjetiva comprende dos subespecies, la civil y la penal. La civil se puede conceptuar como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por un ilícito o un riesgo creado. Por su lado, la penal es el deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

³⁶ Guzmán Ávalos, Aníbal. **Inseminación artificial y fecundación in vitro**. Pág. 73

La diferencia entre una y otra es la distinción entre derecho penal y derecho civil. En materia civil, al no cumplir con una obligación únicamente se causa un daño y como consecuencia el daño debe ser reparado. La sanción tiende a asegurar la acción del daño causado, o sea, una condena pecuniaria, indemnización de daños y perjuicios a cargo de su autor.

En materia penal, la palabra delito denomina la conducta sujeta que causa el hecho ilícito y como consecuencia traerá consigo un castigo. La sanción que se impone es castigo al culpable, imponiéndole una pena.

La responsabilidad subjetiva civil puede también clasificarse en contractual si deriva de la violación de un contrato o extra contractual si deriva de la violación de una norma de carácter general.

La responsabilidad se hace patente en las prácticas de la maternidad subrogada; ya que los sujetos que intervienen en la misma pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extra contractualmente, actuando con culpa o sin ella, pero de cualquier manera pueden causar daño o perjuicio a otro de los sujetos que intervienen en el proceso del alquiler de útero. Así, los usuarios pueden ser responsables frente a su pareja o frente al hijo, y el personal médico frente los usuarios por culpa o simplemente por riesgo creado.

- a. **De los donadores de gametos:** En este tema se da el nombre de donador a la persona que dispone de sus gametos (óvulos o semen) en favor de otra a fin de que se realice una fecundación artificial. En este sentido, el consentimiento del donante tiene que abarcar el conjunto de acciones que confluyen en la fecundación, es decir, aceptar que

le sean extraídos los gametos. Si los donadores son los padres, casados o unidos de hecho, que solicitan el alquiler de útero no abarca mayores responsabilidades, más que tener el pleno conocimiento que están aportando material biológico para la creación de un ser humano. También debe el matrimonio o unión de hecho, someterse a una serie de exámenes psicológicos y genéticos necesarios para calificar que existe infertilidad o se es estéril.

- b. **De la madre subrogada:** La madre subrogada que participa en el alquiler de vientre, tiene ciertas responsabilidades durante el tiempo que dure el alquiler de vientre, que depende desde que se logre realizar la fecundación en la madre sustituta hasta que es entregado el infante a la pareja usuario.
- Entre estas responsabilidades la madre debe someterse a exámenes psicológicos y genéticos necesarios para ser debidamente seleccionada.
 - Debe someterse al procedimiento médico correspondiente para que el producto de una fecundación in vitro o inseminación artificial de una pareja le sea implantado en su vientre.
 - Cuidar debidamente al nuevo ser que tiene en su vientre durante todo el embarazo, así como a su cuerpo, su conducta y su alimentación para no afectar de ninguna manera la vida y salud del niño que dará a luz.
 - Entregar al niño cuando nazca a los padres subrogados y no volver a tener contacto con ellos ni con el infante después del parto y una vez entregado.

Las obligaciones antes expuestas, si la madre sustituta las incumple, ya sea durante el embarazo o posteriormente a él, incurrirá en responsabilidades civiles ya que se puede pactar el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento al contrato realizado entre la madre sustituta y la pareja usuario, a esto hay que sumarle, que si fuese el caso de no ser entregado el menor de edad a la pareja usuario incurriría así mismo en responsabilidad penal pudiéndose tipificar en el delito de sustracción de menores.

c. **De los médicos o centros clínicos:** Hoy en día la procreación asistida es un recurso de la tecnología médica utilizado con frecuencia. Se reconoce que ayuda a salvar los problemas de infertilidad con mucha eficacia.

El mundo entero registra ya miles de niños y niñas nacidos de la utilización de estas técnicas en circunstancias de diversa índole. Por su frecuencia y por el papel protagónico que desempeña el personal médico.

El médico o la institución manifiestan su voluntad para la realización de las técnicas de procreación asistida por medio del consentimiento requerido para la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales, integrado entre paciente y médico. La responsabilidad de los médicos o las instituciones que se dedican a estas técnicas, abarca varios momentos que comprenden desde el secreto profesional hasta la responsabilidad Profesional.

Por lo que hace al secreto profesional, el médico que practica la procreación asistida está sujeto a este principio de discreción en un sentido irrestricto de su ética profesional, ya así lo



consigna el juramento hipocrático. La utilización de las nuevas técnicas procreativas sólo debe ser conocida por el médico y la pareja, por ello es necesario cuidar perfectamente los archivos que deban de conservar los médicos y asegurar el carácter confidencial de los documentos utilizados para la práctica de la procreación asistida. Violar esta discreción debe ser causa de responsabilidad y de la reparación del daño que la indiscreción hubiere causado.

La responsabilidad del personal médico también abarca la impericia en la práctica profesional en el ámbito civil, en tanto responsabilidad contractual; y en el ámbito penal, si se llegare a incurrir en alguno de los ilícitos prescritos por las normas.

El médico es siempre responsable de las lesiones en la integridad física de la paciente, en el momento de la intervención o como consecuencia de la misma. Por ello, al momento de realizar la concepción debe de adoptar las precauciones necesarias para hacer posible el nacimiento de un individuo sano; y tiene la obligación de no usar gametos que puedan transmitir, según las investigaciones científicas adquiridas, malformaciones o patologías al *nasciturus*.

Existe también responsabilidad administrativa si no se han cumplido las exigencias de orden público establecidas al respecto, normas sobre utilización del semen para evitar inseminaciones en personas consanguíneas, gratuidad del procedimiento de donación, vigilancia sobre las condiciones sanitarias mínimas de los centros, entre otras razones.

Existe responsabilidad penal si la inseminación artificial es realizada mediante violencia física, intimidación, trasgresión del secreto; inseminación artificial en mujer casada sin el consentimiento del marido; lesiones causadas en la mujer, incluso con su consentimiento, con ocasión de una amniocentesis o de una biopsia crónica llevada a cabo con la finalidad de conocer el sexo del feto y causar el aborto, si dicho sexo no es el deseado por la mujer.

Los médicos o instituciones que se dedican a estas actividades, tienen como único derecho el de cobrar sus gastos y honorarios, siempre que no sea una subrogación ilícita, pudiendo ser onerosa pero estrictamente calificada y no convertirse en un mero negocio. Obligados a evaluar y revelar la condición de salud física y mental de las partes de un arreglo de subrogación. Obligación de velar por la salud de la madre y supervisar que la madre subrogada respete la salud del nuevo cuidado de su cuerpo, su alimentación, sus horas de descanso y ejercitación.

d. **La responsabilidad del Estado:** Se incluye al Estado porque si bien es cierto que no es un sujeto que directamente participa en el procedimiento de la procreación con asistencia médica, también es cierto que puede tener una participación considerable a través de la política demográfica, sanitaria, administrativa, de control y legislativa que a tal efecto imponga.

En relación con el control estatal de estos procedimientos, como ya se mencionó anteriormente, la procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual; sin embargo, el Estado no puede quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse como los del ser concebido mediante las



técnicas de reproducción asistida que esté por nacer y, sobre todo, cuando para la concepción se utilizan técnicas que requieren un control sanitario.

Es necesario que el Estado sea quien diseñe los límites de la actividad médica y de la investigación científica que desarrolla estas técnicas, por medio de sus entes administrativos que sería el Ministerio de Salud Pública quien debe ser el encargado de autorizar a los médicos que realizarán la subrogación y autorizará a los centros de subrogación, el colegio de médicos, ya que los médicos que practiquen la subrogación deben de ser colegiados activos y por último la intervención de la Procuraduría General de Cuentas ya que como representante del Estado tiene la responsabilidad de velar por la protección de los infantes que están por nacer para proteger su derecho a la vida y demás derechos fundamentales.

5.3. Efectos de la incorporación del alquiler de útero en Guatemala

Al incorporar una figura que tiende a ser novedosa, dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, al iniciar su utilización producirá efectos en la población de dicho Estado, acarreando consigo repercusiones en diferentes instituciones previamente reguladas por las leyes del país.

- a. **Registrales:** El derecho registral es definido como la rama del derecho que se encarga de realizar las inscripciones, anotaciones y cancelaciones de todos los actos que afecten a las personas o a sus bienes. En figura de la maternidad subrogada, existe un registro que se encuentra sumamente vinculado a ésta, que es el Registro Nacional de las Personas, cuya función principal es realizar las inscripciones del estado civil de las

personas y de la modificación que se haga a su condición civil, esto de acuerdo a lo regulado en el Artículo 2 de la Ley del Registro Nacional de las Personas, Decreto 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala.

Es importante que en el momento de incorporar la figura del alquiler de vientre en nuestro ordenamiento jurídico, determinar si es conveniente tenerse en el registro civil del Registro Nacional de las Personas datos de la madre sustituta o de los donadores de los gametos en el caso de no ser la pareja usuaria. Consideramos que es necesario tenerse un control sobre estos dos sujetos que intervienen en la maternidad subrogada, para proteger el derecho que tiene el ser humano de conocer su origen, este registro ya sea llevado por el médico que realizó la fecundación, de forma notarial o llevado por el Estado a través de un registro especial.

Asimismo, esta información debe de ser secreta y únicamente revelada al menor de edad cuando cumpla su mayoría de edad y sea solicitada la información por él, debido a que se debe respetar la libre disposición o acto de liberalidad o despojo que hacen los donadores, por razones de herencia. Es por ello, que al momento de extenderse una certificación de nacimiento del menor, no debe de encontrarse impresa información sobre la madre subrogada o del médico que practicó la fecundación, para no crear problemas de filiación, patria potestad, demandas futuras y problemas psicológicos al menor de edad. Tampoco debería de encontrarse la información de los donadores de gametos, ya que de ser así, se estaría violando el secreto de confidencialidad que existe entre el médico y el donador de gametos, dando como consecuencia responsabilidad para el médico, como ya se mencionó anteriormente.

b. **Patria potestad:** Al incorporarse el alquiler de vientre como una institución dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, debe de determinarse a quien quedará conferida la patria potestad del niño subrogado, tanto en el caso de la maternidad subrogada gestacional como en el caso de la maternidad subrogada tradicional. Consideramos que es necesario que al momento de legislar la figura, se realice con orientación del parentesco genético en combinación al deseo inicial pero en función del mejor interés del niño. En las legislaciones que muestran un avance significativo en esta maternidad le confieren la patria potestad a los padres que solicitaron practicar el procedimiento, ya que es la principal finalidad que se tenga un hijo a través de esta modalidad y por ende ser entregado al momento del alumbramiento, teniendo desde un principio tomar como hijo al nacido y por ende que la ley les otorgue la patria potestad única y definitivamente de los padres comisionantes, ya que si la mujer respeta y cumple lo convenido en el contrato de nada le servirá reclamar la patria potestad sobre el recién-nacido, diferente es que se arrepienta en el transcurso del embarazo y por consiguiente reclame el derecho a la potestad de educarlo y los demás derechos que engendra ser padre de un menor.

c. **Filiación y parentesco:** Este tema ya fue expuesto de una forma muy extensa, sin embargo consideramos que es necesario determinar el parentesco existente entre el niño subrogado para con los padres prospectivos y para con la madre subrogada, así como los donadores de gametos, de forma concreta y los efectos de la incorporación del alquiler de vientre dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco en el ámbito civil.

Consideramos que al momento de legislarse, debe determinarse que no exista ningún tipo de vínculo con los donadores si éstos no son los padres solicitantes, ya que como bien se

indicó, la principal modalidad de donación de maternidad biológica es precisamente mantenerse en el anonimato y sobre todo la no ligación de su donación con el posterior uso que le den a ese material, por lo que no es necesario legislar al respecto, sino solamente en respuesta a los padres requirentes y a la madre subrogada, hacerse constar en la partida de nacimiento como se fundamento a manera de evitar posteriores vacíos que no permitan con exactitud saber qué grado de parentesco existe y hacia quienes.

d. **Sucesión hereditaria:** La interrogante primordial en este tema es ¿el menor de edad que nació a través del procedimiento del alquiler de útero, hereda sólo de los padres prospectivos o también de la madre subrogada?, existen diversas posturas al respecto, hay quienes consideran que sólo debe heredar legalmente de la madre subrogada, ya que aunque no se desee que se conozca que ella fue quien dio a luz, es innegable para el derecho el hecho mismo que guarda con aquella un parentesco directo que difícilmente se podría contradecir, por otro lado existen autores en la doctrina que asemejan esta institución a la adopción, para hacer notar que el niño subrogado, de manera similar al niño adoptado, tenga herencia recíproca con los padres prospectivos y herencia unilateral, de madre subrogada y donadores de gametos estos así lo dispongan expresamente.

Nos parecería bien desechar estas dos posturas, siendo necesario aplicar una tercera que consideramos que es la más apta para Guatemala, atendiendo a la última postura estamos de acuerdo en que la maternidad subrogada como ya se indicó anteriormente tiene gran relación con la adopción, hacemos referencia a lo regulado en el Código Civil, decreto ley 106, en el Artículo 1076, en donde se establece que los hijos biológicos y los hijos

adoptados heredan a sus padres por partes iguales, mas no conservan los derechos sucesorios con su antigua familia, aplicando ya lo regulado en nuestra legislación, podemos de la misma manera excluir la sucesión que tendría el menor de edad de la madre sustituta, y sólo heredar de los padres que solicitaron el procedimiento del alquiler de útero.

5.4. Implicaciones ético – morales

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

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

Mientras que la genética nos ayuda a conocer nuestro origen físico, la ética nos tiene que capacitar para hacer juicios de acuerdo a normas de valor moral descartado lo que es considerado aceptable de lo inaceptable. Ahora bien, en una sociedad libre que respeta la

autodeterminación del individuo, nuestros congéneres pueden tener convicciones morales muy diferentes y, sin embargo, igualmente respetables. La ética no puede impedir que las personas, de acuerdo a sus respectivas cosmovisiones conciencia de valores, sean adeptas de sistemas de normas morales muy diferentes, sin que por ello uno haya de ser éticamente inferior al otro. No podemos descalificar automáticamente a los que piensan de otra manera como irracionales o faltos de escrúpulos, sino que hemos de aprender a discutir con ellos a base de argumentos, pacíficamente y sobre el fundamento de nuestras propias valoraciones.

Con frecuencia escuchamos la pregunta sobre si el criterio científico le basta limitarse estrictamente a lo que señala el ordenamiento jurídico. Por supuesto que han de atenerse a ello. Pero, en vista, por ejemplo, de la donación de órganos, la subrogación, la investigación genética o la clonación ¿no tendría que someterse a sí misma la ciencia a limitaciones morales más estrictas que las previstas por la ley? Contrariamente, pienso que cada intento de exigir restricciones morales a toda la comunidad científica, nacional o internacional, restricciones que van más allá del ordenamiento jurídico de validez general, tendrá que fracasar por el hecho de que en cada sociedad libre se hallan en competencia recíproca diferentes sistemas de valores, éticamente legítimos.

Ante las nuevas posibilidades de conocimiento, la responsabilidad moral de la comunidad será una muy distinta, y tendrá que ser garantizada por el ordenamiento jurídico de acuerdo a un interés de la comunidad, sea éste definido del modo que sea. Es obligación moral de quienes ensayan y aplican estas nuevas tecnologías cuidar de que se respeten los intereses de seguridad de todos los posiblemente afectados. Y, es de esperar que estas normas sean

tan flexibles que puedan adaptarse al rápido progreso de los conocimientos científicos, sirviendo no sólo para tranquilizar a quienes sienten temores, sino también para la utilización de posibilidades ventajosas.

Consideramos equivocado presentar como moral el hecho de impedir, o incluso reprimir, el desarrollo y utilización de la tecnología moderna. El posible abuso no habla en contra del uso éticamente admisible de las posibilidades científico-técnicas. No es menos progreso científico lo que necesitamos, sino mayor racionalidad en el manejo de las posibilidades que él nos ofrece. El hombre ha de avanzar actuando con reflexión, con conocimiento, con precaución y prudencia; con conocimiento de que no hay necesidad de hacer todo lo que la ciencia hace posible, situación que además, le permitirá reflexionar: por un lado examinar de acuerdo a normas éticamente fundamentadas, qué nos está permitido y qué prohibido; y a la vez, a no cesar en la búsqueda de qué posibilidades se ofrecen a nuestra capacidad en el marco de lo permitido.

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

Considerando que un arreglo de maternidad subrogada puede producir a quien se presta para ello, más de sesenta mil quetzales y algunos otros beneficios casi de manera inmediata lo cual estimo es equivalente al trabajo desempeñado por una mujer guatemalteca por un

período aproximado de dos años, es naturalmente lógico suponer que nuestras mujeres son un blanco tentador y sin lugar a duda representan un potencial para utilizarse como madres sustitutas.

Una vez establecido en el mercado un mecanismo comercial de adquisición de niños no sería de extrañar que los adquirentes deseen producto de calidad, negándose a aceptar niños imperfectos. Es más, como de alguna manera el niño está asociado o relacionado con la madre subrogada, la pareja requirente o el comisionante pueden atribuir tal desperfecto a las aportaciones o malos cuidados de la subrogada, o bien ser atribuido al portador genético o a quienes asisten tecnológicamente.

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

Es por esto que hay que poner un especial cuidado, en la implementación de una figura tan controversial como la maternidad asistida, ya que esta se puede desvirtuar en cualquier

momento debido a su esencia, pudiendo convertirse en un jugoso negocio, tal y como esta sucediendo actualmente con las adopciones internacionales, que pasaron de ser una institución de derecho civil de asistencia social al más jugoso negocio actualmente realizado por los abogados en Guatemala.

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

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

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

En varios de los textos consultados se asevera que la tecnología reproductiva produce una indeseable separación de roles al crear tres distintos tipos de madre como lo son: a) madre

genética quien dona o vende sus gametos; b) madre subrogada quien lleva a término el bebé; y c) madre social quien cría al niño.

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

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

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

5.5. Propuesta de incorporar el alquiler de vientre dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

El tema que se propuso desarrollar a lo largo de la presente investigación, ha llegado a adquirir la información necesaria que posibilita en este momento poder plantear una propuesta, lo expuesto hasta aquí nos indica con claridad la necesidad de una reforma a la

legislación vigente para conseguir la adecuación entre las normas del Código Civil dedicadas a regular la filiación y otros asuntos que han venido siendo referidos en este estudio.

Al desarrollar cada capítulo de la presente investigación se ha evidenciado que estamos a favor de la inserción del alquiler de útero dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, ya que es una institución que ayuda a cumplir con el fin de la procreación a las parejas casas y unidas de hecho.

En virtud de los fundamentos, ya explicados y sobre la fáctica y tangible realidad de que actualmente se lleva esta práctica en la sociedad guatemalteca pero de una forma negativa, totalmente desapegada a la ley y de forma clandestina, es importante que el Estado de Guatemala a través del poder legislativo atienda a las necesidades que se dan dentro del seno de la sociedad, teniendo como ejemplo a muchos países en los que no se ha ignorado y se ha regulado. El Estado de Guatemala, debe dar vigencia a una ley específica de la materia y adoptar una postura con la cual tutele y dé lineamientos a los ciudadanos guatemaltecos dentro de los cuales puede actuar, restringiendo así el principio constitucional de que se puede realizar todo lo que no está prohibido por ende está permitido y es por ello que la maternidad subrogada se ha convertido en una mala práctica, que lleva a desembocar en consecuencias negativas que han resultado lamentables. Por ello, la realización de procedimientos como la sustitución, debe ser incluida de manera pronta dentro del sistema jurídico actualizándose las leyes civiles, que posibilitan su materialización en un ambiente legal y sobre todo que genere el bien común y no el malestar de la población, peor aún su rechazo por no estar regulado.



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

Concretamente se motiva a que la comisión encargada dentro del Congreso de la república de Guatemala antes de presentar el proyecto de ley al pleno, programe ciertas reuniones con diferentes representantes de la sociedad a manera de escuchar a cada una de ellas y armonizar la necesidad de su regulación y al mismo tiempo tomar en cuenta cada una de las sugerencias que se susciten a manera de que el proyecto de ley sea incluyente y de forma integral se llegue a contar con un plexo de normas jurídicas que en su conjunto y de forma integral sea la ley de la maternidad subrogada que regule esta institución en Guatemala.

Dentro de la ley se aconseja regular tanto aspectos generales como especiales, tales como crear la figura contractual de la maternidad subrogada, los requisitos y elementos que deben concurrir para considerársele lícita y exigible, las partes que intervienen en la maternidad subrogada, las calidades que estrictamente deben cumplir las personas que deseen participar en él, los derechos y obligaciones que emanen de ella, las modalidades en las cuales se puede llevar a cabo, este punto es muy importante ya que en muchos países se ha prohibido la forma onerosa, lo cual no parece del todo atinado, decir que exista una



remuneración no quiere decir que por este se convierta en un negocio o se permita que se comercialice su realización, acepta y permite que al momento de darse puede acaecer gratuitamente por la persona que así lo desee o recibir cierta compensación en concepto de agradecimiento.

Se debe enfocar exclusivamente a la pareja usuario que padezca de esterilizar o infertilidad, para evitar la comercialización de los úteros de alquiler y además así ayuda a estas parejas a poder cumplir con sus fines de procrear hijos. El derecho a la reproducción en su aspecto positivo, dentro de la legislación éste comprende el derecho a exigir que se proporcionen los medios necesarios para procrear o mantener a la prole, entre ellos, el recurso a la maternidad subrogada consideramos que se encuentra inmerso, por ello, esta figura puede ser regulada debido a que existe libertad personal, la autonomía y la intimidad en las decisiones familiares, consideradas como valores de rango superior permiten afirmar la existencia del derecho a procrear, sea naturalmente, sea mediante reproducción artificial. En doctrina, suelen emplearse como sinónimas las denominaciones a los derechos de procreación que tienen los padres, pudiendo ser el derecho a procrear, derecho a ser padres, derecho a reproducirse o derecho a tener hijos.

Por sí mismo, el término utilizado indica el contenido y el alcance que se le otorga a este derecho. Quienes afirman la existencia de un derecho a procrear o de un derecho a la reproducción le asignan una connotación preponderantemente negativa, como un límite a la injerencia de los terceros y del Estado en la capacidad de procrear. A su vez, los que defienden la existencia del derecho al hijo o del derecho a ser padres resaltan su aspecto

positivo, como un derecho a la paternidad o maternidad por medio de la fecundación natural o mediante técnicas artificiales.

Los legisladores deben de tener especial cuidado en el momento de crear la ley en donde se encuentre la institución de la maternidad subrogada, en cuanto al aspecto de la filiación, ya que debe determinarse que se va a crear un vínculo de filiación, paternidad y maternidad entre la pareja usuaria y el menor de edad nacido por medio de la práctica del alquiler de útero y no existe ninguna relación de éste con la madre que alquiló su vientre y lo trajo al mundo, existiendo así una renuncia de derechos a reclamar la filiación, la maternidad y la patria potestad, por parte de esta para con el menor de edad.

Un aspecto importante, que debe ser motivo de regulación en el momento de inserción de la figura de la maternidad subrogada dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco es el de que el Estado en su labor de garante y fiscalizador de estos procedimientos, limite el uso abusivo o desviación de la verdadera finalidad de la subrogación. Por ello, debe ser creada una entidad que tenga las siguientes funciones:

- a. Autorizar a los médicos o centros de atención médica, que pueden desarrollar la fecundación en la madre sustituta;
- b. Establezca el protocolo o formalidades que deben de seguir los médicos e instituciones autorizados, para poder realizar la fecundación en la madre subrogada;

- c. Encargada de realizar una supervisión y llevar un control de las fecundaciones que se han realizado a las madres subrogadas por los médicos e instituciones autorizados, para evitar la comercialización de los vientres de las madres sustitutas;
- d. Encargada de conocer de la maternidad subrogada en un plano administrativo para poder tener un control de los vientres que se han alquilado, calificar a la pareja usuario determinando si ésta cumple con los requisitos necesarios para optar por esta opción de procreación, emita un dictamen para poder realizarse la inseminación con los óvulos y espermatozoide de la pareja. Los requisitos como se ha expuesto a lo largo de la investigación sería que fueran parejas casadas o unidas de hecho que padezcan de problemas de esterilidad o infertilidad.

Es de vital importancia, acordar cual sería el procedimiento correspondiente y adecuado para que los matrimonios que desean formar una familia, pueden llevar a cabo para poder ser realizado el alquiler de vientre, a continuación se presenta un proyecto del posible procedimiento que se puede implementar dentro de nuestro ordenamiento jurídico:

1. La pareja debe de elegir a la mujer que será la madre sustituta, realizando una previa entrevista a ésta para establecer si existe compatibilidad entre la pareja usuario y la madre arrendadora y si da su consentimiento en participar en el alquiler de útero.
2. Posteriormente, deben presentarse la pareja usuario y la madre locadora ante un médico colegiado activo debidamente autorizado por el Ministerio de Salud Pública o ante el Centro de Subrogación, para que tanto la pareja usuario y la madre arrendadora se

sometan a exámenes psicológicos y médicos para poder determinar cuál es la causa por la que la pareja no puede formar una familia, la causa más aceptada es la de infertilidad o de esterilidad, y en el caso de la madre locataria para establecer si es posible realizar fecundación de los óvulos y espermatozoides de la pareja usuario.

3. Habiéndose determinado lo anterior, previamente debe acudirse a un psicólogo para determinar la capacidad mental de los sujetos que intervendrán dentro del alquiler de útero.
4. Antes de realizar la fecundación en la mujer arrendante, debe realizarse la escritura pública en la que se compulse el contrato de gestación, determinándose todos los derechos y obligaciones de ambas partes, como antes se expuso y deben ser presentadas ante el notario lo siguiente: certificación de matrimonio o unión de hecho extendida por el Registro Nacional de las Personas, la constancia médica por la cual se comprobará la esterilidad o infertilidad de la pareja usuario y la constancia extendida por el psicólogo que realizó las evaluaciones a la pareja y a la madre que arrendará su útero.
5. Una vez realizado el contrato de gestación, puede realizarse la fecundación por medio de la reproducción asistida que ofrece tres opciones a parejas infértiles o estériles:
 - La fecundación in vitro/gestación subrogada (FIV): Se combina el óvulo y el esperma de los futuros padres para crear embriones que luego se implantan en el útero de la madre suplente (la subrogada). Por consiguiente, el bebé tiene una relación biológica con

ambos padres. Los nombres de los padres biológicos aparecen en el certificado de nacimiento.

- FIV & la donación de ovocitos (FIV/DO): Se fecunda el óvulo de una donante con el espermatozoides del futuro padre biológico. Luego, se implantan los embriones resultantes en el útero de la madre suplente. Los nombres de los padres biológicos (los futuros padres) aparecen en el certificado de nacimiento.
- La inseminación artificial o el alquiler tradicional de útero (IA): Se insemina la madre subrogada con el espermatozoides del futuro padre biológico.

La madre subrogada usará un kit para predecir cuándo estará ovulando y poder determinar cuál es mejor momento para realizar la fecundación.

6. El médico facultativo, es quien supervisará todo el desarrollo del embarazo hasta el momento del parto. Los futuros padres y la madre suplente deben asistir a dos visitas médicas por lo menos cada trimestre del embarazo o hablar con el médico.
7. Los futuros padres están presentes en el nacimiento de su hijo. En cuanto el bebé reciba autorización médica, los padres se van del hospital con su hijo recién nacido. El notario de la pareja contratante le ayuda a conseguir el certificado de nacimiento en donde aparezcan ellos como padres del infante.

Por último la forma de dirimir conflictos, de toda disputa que resultare de una subrogación maternal deberán ser resuelta por las partes involucradas y de no llegar a ningún acuerdo, preferiblemente notarial, se sujetarán a la decisión que imponga el juez. El juez en este caso tendrá que ser competente del ramo de familia, esté habrá de tomar muy en cuenta la intención y deseo inicial del negocio en combinación con el aporte genético, la declaración de voluntad de las partes y otras circunstancias de riesgo. En todo caso el Estado debe velar por los intereses de niño producto de dicha práctica y protegerlo pese a cualquier conflicto pero en dicha ley deberá adelantarse en esbozar no la forma en cómo debe resolver el juez para no violar su independencia judicial y su libre convicción, sino lo que debe tomar en cuenta como la validez del negocio jurídico, el consentimiento prestado, la intención de los padres y sobre todo hacer cumplir el contrato respetando fielmente el principio de cumplimiento de buena fe de las partes, habiendo firmado el contrato para cumplirse, será una tarea difícil para el juez, pero podrá y deberá auxiliarse de expertos no sólo en bioética, genética y la ciencia de la medicina sino en peritos ya sea psiquiatras o psicológicas y sobre todo bajo la estricta observancia de protección a la vida humana, la familia y el bien común.

Lo antes expuesto, es la exposición de motivos sobre el por que debe regularse la figura, es tarea del legislador realizar un análisis de forma profunda y determinar los Artículos de forma específica que se encontrarán en el cuerpo normativo, considerando que debe tener especial cuidado en los puntos antes expuestos para que no existan repercusiones de lo normado en la sociedad afectando las relaciones entre personas y su estado civil en el ordenamiento jurídico.



CONCLUSIONES

1. Los avances de la tecnología y la medicina, permiten que existan figuras como la maternidad subrogada a la cual pueden optar los matrimonios y parejas unidas de hecho, cuando existan causas de esterilidad o infertilidad que no le permitan formar una familia, por ello se debe actualizar la legislación guatemalteca en materia civil, para incorporar esta figura dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.
2. El alquiler de útero que se perfecciona a través del contrato de gestación, este negocio jurídico en el momento de ser pactado debe contener todos los aspectos sobre gastos médicos, de ropa, desgaste físico y mental que sufrirá la madre sustituta, su remuneración y lo referente a cuales serán las consecuencias en caso de incumplimiento del contrato por la madre sustituta o por la pareja.
3. El Estado de Guatemala, no ha adoptado una postura de repudio o abrazar la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico del país; las normas que regulan las instituciones del derecho de familia son vigentes pero el legislador al momento de ser creadas dichas normas no concibió la posibilidad de que surgieran situaciones que son absolutamente nuevas como la maternidad subrogada.
4. Actualmente, se afronta el problema que no existe una relación en los avances de la tecnología médica con el ordenamiento jurídico guatemalteco, al no existir normas que regulen la maternidad subrogada, representando esto la posibilidad de que por no estar legalmente prohibido bien puede practicarse al libre arbitrio de cada persona interesada,

creándose un ambiente de libertad, ilegalidad, peligro eminente y desprotección para las personas a participar.

5. En Guatemala actualmente, existen médicos y clínicas, que entre sus prácticas se dedican a realizar técnicas de inseminación artificial a parejas o mujeres usuarias que lo solicitan, la inseminación puede ser realizada en la mujer con gametos de donadores anónimos o sus propios óvulos u espermatozoides del esposo o persona unida de hecho según sea el caso.



RECOMENDACIÓN

1. El Congreso de la República de Guatemala debe atender la tan evidente y ascendente problemática que afronta las parejas unidas y en matrimonio, para poder procrear, se hace necesario que dirija sus esfuerzos a este fenómeno social, tratándose como un tema de Estado, incluyéndose y dándole prioridad en la agenda de los tópicos de salud, proponiendo diferentes mecanismos y programas con soluciones reales.
2. En Guatemala, al vincularse entre sí la madre sustituta y la pareja con el contrato de gestación, no debe existir ánimo de lucro o beneficio excesivo de remuneración para la madre sustituta y dentro del contrato debe existir una renuncia a derechos de filiación, maternidad y a la patria potestad por parte de la madre sustituta, dejando estos derechos para su pleno desarrollo a la pareja que solicitó la maternidad subrogada.
3. El Estado de Guatemala, a través de sus instituciones y dependencias encargadas debe asumir la obligación constitucional de garantizar el derecho a la vida, seguridad de las personas y de protección a la familia, intervención de forma inmediata para prevenir resultados negativos y sancionar su ilicitud, toda vez que actualmente en el país se practican procedimientos de maternidad subrogada de forma clandestina, no existiendo ninguna ley que regule dicho procedimiento.
4. Es misión del legislador promulgar una ley que tenga una eficacia y vigencia social lo mas apegada a la realidad, con expresión de los valores socioculturales, pues si se trata de una norma rígida o idealista, puede imponer quizá la clandestinidad; de lo contrario,

la procreación asistida va a continuar creciendo con o sin sanción legal y su utilización clandestina podría ser sumamente perjudicial.

5. Se requiere el control inexcusable del Estado, por la trascendencia social que tienen los métodos de procreación asistida, debiendo establecer condiciones y protocolos médicos para aplicarla; permitiendo su práctica sólo en centros autorizados por el Ministerio de Salud Pública; de lo contrario, se promueve un uso clandestino confiado al consultorio de un médico todopoderoso, quien controla la totalidad de los procesos.



BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE MONROY, Patricia. **La maternidad subrogada**, Murdoch University Electronic Journal of Law vol. 2, No. 3, 2008, disponible URL: <http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-ventre/229>.
- ARÁMBULA REYES, Alma. **Maternidad subrogada**, Ed. Centro de Documentación, Información y Análisis, México, 2008.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**, Ed. Estudiantil Fenix, cooperativa de Ciencia Política, R.L. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, (s.e.) 1996.
- Baez, Rafael. **Una mujer está embarazada de su hijo gay: será madre-abuela**. Enero 2010, disponible URL: <http://www.infobae.com/notas/528140Unamujerestaembarzadadesuhijogayseramadreabuela.html>.
- BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**, Guatemala, Ed. Académica Centroamericana, S.A., (s.e.) 1982.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, (s.e.) 1976.
- CASANOVA, Martha P. **Ser mujer, la formación de la identidad femenina**, Ed. Universidad Autónoma Metropolitana, México, (s.e.) 1989.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español**, en el libro Homenaje a D. Juan Moneva Puyol (Zaragoza, 1954).
- DELGADO CALVA, Ana Soledad. **La maternidad subrogada: un derecho**, Tesis para obtener el grado de Maestro en derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, (s.e.) 2004.
- ESPONDA, Pedro. **Seres del futuro, de la fecundación in vitro a los clónicos y transgénicos**, Ed. España, Mundo Vivo, 2000.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho de las obligaciones**, Ed. Porrúa, México, (s.e.) 2002.
- GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. **Inseminación artificial y fecundación in vitro**, Ed. Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México, (s.e.) 2001.
- HURTADO OLIVER, Xavier. **El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, problemas éticos, legales y religiosos**, Ed. Porrúa, México, 2000.



KEANE, N.Y D. Breo. **The surroqate mother**, Ed. Everest House PUblishers, New York 1981.

LAMUÑO ALONSO DE MENDOZA, María José. **Técnicas de procreación asistida**, Colección Estructuras y Procesos, Serie de Derecho, Trotta, Madrid España, (s.e.) 1999.

LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. **La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo**, Conferencia Magistral, 23 de Julio de 2001, Organización de las Naciones Unidas.

MORAN DE VICENZI, Claudia. **El concepto de filiación en la fecundación artificial**, Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, (s.e.) 2005.

PCHELNIKOVA, Lyudmila. **Centro de maternidad**. Jorvak University Electronic Journal vol. 12, No. 23, 2010, disponible URL: http://www.surrogate-mother.ru/sp/surrogacy/maternidad_subrogada.html

PEREZ VAQUERO, Carlos. **Diez claves para conocer los alquileres de vientre**. Noticias Jurídicas, diciembre 2010, disponible en URL: <http://noticias.juridicas.com/articulos/0generalidades/2010128941256875258.html>

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Carlos. **Arrendamiento de úteros**; Conferencia Magistral, 30 de Enero de 2009, Colima, Colima.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Ingeniería genética, reproducción Asistida y criminología**. Revista Jurídica de Posgrado, México año3, numero 9-10, enero-junio de 1997.

SÁNCHEZ FIGUEROA, Jaime Obdulio. **El Manejo de infertilidad a nivel a nivel departamental**. Estudio realizado en el hospital Nacional de Puerto Barrios Universidad de San Carlos de Guatemala (s.e.) 1980.

SILVA RUIZ, Pedro. **El contrato de maternidad sustituida o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler**. Revista Judicial, San José de Costa Rica, año 12, numero 42, marzo 1998.

Legislación:

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

Código Civil, Enrique Peralta A zurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.



Código Procesal Civil y Mercantil, Enrique Peralta A zurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

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

Ley de Adopciones, Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 2-89. 1989.

Código de Salud, Decreto 90-97 Del Congreso de la República de Guatemala, 1997.

Convención de los Derechos del Niño, 1989, ratificado por Guatemala el 06 de junio de 1990.