



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA**

"Sabiduría ante todo; adquiere sabiduría"

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia

Proceso de adopción en caso de maternidad subrogada

(Tesis de Licenciatura)

Lincy Estefanny Guillén Baiza

Guatemala, octubre 2020

Proceso de adopción en caso de maternidad subrogada

(Tesis de Licenciatura)

Lincy Estefanny Guillén Baiza

Guatemala, octubre 2020

Para efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º, literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **Lincy Estafanny Guillén Baiza** elaboró la presente tesis, titulada Proceso de adopción en caso de maternidad subrogada.



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo; adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, diecisiete de enero de dos mil veinte. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **PROCESO DE ADOPCIÓN EN CASO DE MATERNIDAD SUBROGADA**, presentado por **LINCY ESTEFANNY GUILLÉN BAIZA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al **M.A. JAIME TRINIDAD GAITÁN ALVAREZ**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

 1779

 upana.edu.gt

 Diagonal 34, 31-43 Zona 16

Jaime Trinidad Gaitán Alvarez

abogado y notario

Ciudad de Guatemala 04 de julio de 2020.

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como tutor de la estudiante Lincy Estefanny Guillén Baiza, carné 201806747. Al respecto se manifiesta que:

- a) Brindé acompañamiento al estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada "**Proceso de adopción en caso de maternidad subrogada**".
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor

Atentamente,



Jaime Trinidad Gaitán Alvarez



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo; adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, ocho de julio de dos mil veinte. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **PROCESO DE ADOPCIÓN EN CASO DE MATERNIDAD SUBROGADA**, presentado por **LINCY ESTEFANNY GUILLÉN BAIZA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la **LCDA. GLADYS JEANETH JAVIER DEL CID**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

 1779

 upana.edu.gt

 Diagonal 34, 31-43 Zona 16



Lcda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid
Abogada y Notaria
janyjavier@gmail.com

Guatemala, 25 de agosto 2020

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados señores:

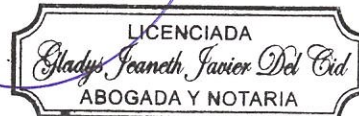
Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como **revisora tesis** del (la) estudiante **Lincy Estefanny Guillén Baiza ID 000086610**, titulada: **Proceso de adopción en caso de maternidad subrogada**. Al respecto se manifiesta que:

La versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y de fondo, estableciendo que la misma constituye un estudio serio, que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,

Lcda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid
Abogada y Notaria





ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **LINCY ESTEFANNY GUILLÉN BAIZA**

Título de la tesis: **PROCESO DE ADOPCIÓN EN CASO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor y Revisor, en donde consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 05 de octubre de 2020.

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

En la ciudad de Guatemala, el día uno de octubre del año dos mil veinte, siendo las doce horas en punto, yo, CARLOS ENRIQUE GUILLÉN RODAS, Notario me encuentro constituido en la sede central de la Universidad Panamericana, ubicada en la Diagonal treinta y cuatro, treinta y uno guión cuarenta y tres zona dieciseis, de esta ciudad, en donde soy requerido por LINCY ESTEFANNY GUILLÉN BAIZA, de veintisiete años de edad, soltera, guatemalteca, estudiante, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) dos mil doscientos cincuenta y uno espacio cero nueve mil veintiséis espacio cero ciento uno (2251 09026 0101), extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Manifiesta LINCY ESTEFANNY GUILLÉN BAIZA, bajo solemne juramento de Ley y advertido de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento la requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: “**Proceso de adopción en caso de maternidad subrogada**”; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en ambos lados, que numero, sello y firmo, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie y número AT guion cero setecientos treinta y cinco mil ochocientos setenta y dos (AT-0735872) y un timbre fiscal del



valor de cincuenta centavos de quetzal con número un millón seiscientos cincuenta y tres mil seiscientos uno (1653601). Leo lo escrito al requirente, quien enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma con el Notario que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

f-)



ANTE MÍ:



Lic. Carlos Enrique Guillen Rodas
Abogado y Notario

Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Dedicatoria

A Dios: Por ser mi fuerza, darme sabiduría y nunca soltarme.

A mis padres: Viky Baiza, por darme la vida, luchar para que yo pudiera alcanzar todo lo que me he propuesto, por estar cuando nadie más ha estado, por enseñarme el amor de Dios, por escucharme, por consentirme, por cuidarme, por demostrarme su amor con los tés que me das por las noches para calmar mis nervios, te amo mucho mami; Carlos Guillén; por enseñarme el amor por esta carrera, por guiarme, por el sacrificio que haces todos los días por darme todo, por enseñarme a valerme por mi misma y ser mi ejemplo en todos los sentidos, por apoyarme, darme fuerzas y ponerte nervioso junto con mi en cada examen, por siempre te elegiría, te amo mucho papi.

A mis abuelitos maternos: Clara y Cecilio; por enseñarme el amor de Dios, por orar siempre por mí; a mi abuelito porque sé que desde el cielo me estas cuidando, por dejarme tus chistes, refranes y consejos, a mi abuelita clara por siempre hacerme reír y amarme tanto, los amo mucho.

A mis abuelitos paternos: Carmen y Carlos; por ser mis segundos padres, amarme tanto, por los consejos que me dan; a mi abuelito por animarme, por aconsejarme en cada paso importante que he dado, por llevarme de la mano siempre; a mi abuelita por siempre preocuparte en que voy a comer, por ser cómplice y tener el corazón más grande que he visto; los amo demasiado.

A mis hermanas: Kimberly y Arlyn; por ser mi motor, inspiración y el amor más grande que he tenido, por hacerme reír, y por qué sé que siempre estarán para mí, así como yo estaré para ustedes, las amo.

A mi novio: Mauricio; por su amor y apoyo en todo este camino, por enseñarme que con excusas no se llega a nada, por consentirme, por elegirme cada día, por ser mi ejemplo, e inspiración, por llevarme a un lugar más allá de nunca jamás, te amo amor.

A Universidad Panamericana: Por enseñarme y prepararme para ser un excelente profesional.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Maternidad subrogada	1
Adopción	32
Incorporación del proceso de adopción en caso de maternidad subrogada	55
Conclusiones	66
Referencias	68

Resumen

Respondiendo al principio constitucional y deber del Estado de garantizar el desarrollo integral de la persona, así como el derecho y protección a la familia, el proceso de adopción en Guatemala es fundamental para el cumplimiento de este precepto constitucional. Este proceso se ha venido reformando en los últimos años, el cual ha tenido el fin de convertirlo en una institución que garantice el principio superior del niño y el derecho a la familia, garantizando que este no se convierta en una forma de lucrar para las personas que intervienen en el mismo; sin embargo, es de considerar que la legislación guatemalteca sobre esta materia se ha quedado suspendida en el tiempo, toda vez, que en otros países se han creado nuevas figuras jurídicas que se relacionan con la adopción, tal es el caso de la maternidad subrogada, figura que países como España, Estados Unidos, Canadá, Argentina, entre otros, ya la han incorporado dentro de sus ordenamientos jurídicos.

Pero la figura de la maternidad subrogada no es la única figura novedosa que se estudió dentro de esta investigación, también se encontró en la legislación de estos países la figura de alquiler de vientre, esta figura se relaciona íntimamente con la maternidad subrogada y con el proceso de adopción, que gracias a la tecnología y nuevas técnicas de fertilidad, ahora existe un sin número de formas en que una pareja pueda convertirse en padres; cabe resaltar en ese sentido que la sociedad evoluciona a pasos

agigantados y que el Derecho debe seguir esos pasos, regulando esas nuevas conductas, comportamientos y nuevas relaciones que surgen de la maternidad subrogada y todo lo que de ella puede derivar, lo que no ha sido posible en Guatemala.

Palabras clave

Maternidad subrogada. Madre sustituta. Adopción. Idoneidad. Declaratoria de adoptabilidad.

Introducción

La problemática que se abordará a través de este trabajo de investigación será la falta de regulación jurídica en Guatemala sobre la maternidad subrogada, así como, la forma en que una pareja que naturalmente no puede reproducirse, tenga la opción de formar una familia, alquilando el vientre de una tercera persona y que posteriormente esta pareja tenga la opción de adoptar al bebé que la tercera persona accedió en concebir, consciente de que una vez lleve a término el embarazo y dé a luz al bebé, deberá renunciar a la custodia del bebé y al mismo tiempo, lo deberá entregar en adopción a la pareja que la contrató para el efecto; no obstante, estos supuestos aunque ya son parte de la realidad social, en Guatemala no existe regulación al respecto.

La relevancia y justificación de la presente investigación consistirá en que, primero, es un tema novedoso, toda vez, que no existe investigación alguna en este sentido; segundo, será un aporte importante para la población en general en el sentido de que a través de este estudio conocerán el procedimiento de reproducción asistida extracorpórea, que consiste en una inseminación artificial, en la que el sujeto de la pareja otorga su espermatozoide para que inseminado el óvulo de una mujer extraña llamada madre sustituta lleve a término el embarazo.

Además, que se enriquecerá el conocimiento sobre el Derecho Civil guatemalteco, con respecto al parentesco, la paternidad y filiación, la adopción, la patria potestad; al igual que el conocimiento con respecto a la legislación internacional de maternidad subrogada.

En ese orden de ideas, el objetivo general de esta investigación será considerar a la maternidad subrogada como posible figura jurídica del Derecho Civil y ámbito de aplicación dentro del proceso de adopción contemplado en la Ley de Adopciones. Y los objetivos específicos, serán examinar en qué consiste la maternidad subrogada, los tipos y los efectos jurídicos que produciría al momento de ubicar dicha figura en el proceso de adopción y argumentar la posible incorporación del proceso de adopción en caso de maternidad subrogada y los efectos jurídicos que derivan de este.

Para el logro del objetivo general y de los específicos, se hará necesario analizar en el primer subtítulo a la maternidad subrogada como parte del Derecho Civil y para los casos que lo ameriten que también pueda encasillar en el proceso de adopción, estableciendo la figura de la maternidad, los tipos que de ella se derivan y la función que desempeña dicha figura en la legislación guatemalteca, para comprenderla, será necesario abordar primero sus antecedentes históricos y modalidades tomando como referencia la forma en la que ha sido codificada en la

legislación extranjera y las posturas que los determinados territorios han tomado con respecto a dicha institución.

Como segundo subtítulo, se procederá a estudiar y a desarrollar a la adopción, sus clases, la forma en la que la legislación guatemalteca la ha regulado por medio de la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007, del Congreso de la República, los sujetos que intervienen, el procedimiento para declarar la adopción, y los efectos que se derivan de este. Todo lo anterior para poder llegar a establecer la relación entre la maternidad subrogada y la adopción, ya que, al estudiar ambas figuras, se tiene una mejor perspectiva para poder alcanzar el tercer subtítulo en el cual se ubica a la maternidad subrogada en el proceso de adopción, determinando el funcionamiento, efectos jurídicos y consecuencias de dicho procedimiento.

En el presente trabajo se aplicará el método de investigación jurídico analítico, ya que se pretende analizar a la maternidad subrogada como posible figura jurídica del Derecho Civil y ámbito de aplicación dentro del proceso de adopción contemplado en la Ley de Adopciones.

El tipo de investigación será documental ya que se estará seleccionando información a través de la lectura de documentos, materiales bibliográficos como proyectos de investigación, tesis, entre otros; a la vez materiales electrónicos como artículos, revistas, y libros. Y el nivel de

profundidad será exploratorio ya que se estudiará y se investigará las diferentes fuentes bibliográficas aportadas, y se recogerá la información pertinente para analizar el proceso de adopción en caso de maternidad subrogada.

Maternidad subrogada

La maternidad subrogada en Guatemala no se encuentra regulada, y tampoco es conocida, por esta razón puede llegar a verse amenazado el sistema legal en determinado territorio ya que cuando existen este tipo de figuras, las cuales no se encuentran reguladas en las distintas legislaciones, se llegan a formar lagunas legales que de una u otra manera convierten actos lícitos en figuras ilícitas o delictivas, llegando de esta manera a tergiversar el fin o propósito de una figura jurídica, cuya intención inicial era ayudar y proteger a las personas; por lo que el presente trabajo define algunas instituciones que son de suma importancia para poder llegar a entender la figura de la maternidad subrogada y sus distintas modalidades, así como la importancia de regular dichas figuras y la ubicación en la legislación guatemalteca.

Por lo anterior, se pretende encuadrar dentro del proceso de adopción el caso de maternidad subrogada, también conocido como alquiler de vientre o gestión subrogada, el cual consiste en un primer supuesto, cuando el embrión formado por el espermatozoide y el óvulo de una pareja unida en matrimonio o por unión de hecho, es implantado en el útero de una mujer llamada madre sustituta, quien llevará a término el embarazo y dará a luz al hijo de la pareja (en este caso padres biológicos) quienes formaron el embrión; en un segundo supuesto en la maternidad subrogada, que es el caso que se estudiará a fondo, consiste en la inseminación artificial por

parte del hombre, utilizando además del útero, el óvulo de la llamada madre sustituta (en este caso madre biológica), quien llevará a término el embarazo y dará a luz al hijo del hombre (padre biológico), y la mujer pareja del padre biológico solicitará la adopción del hijo nacido de la madre biológica, iniciado de esa forma un proceso de adopción.

Maternidad

La maternidad es la experiencia o condición por la cual algunas mujeres protagonizan por el transcurso de su vida. También se le puede llamar como la situación en la que se encuentra una mujer por su constitución biológica, al momento de quedar en estado de embarazo y como consecuencia el nacimiento del hijo, en donde esta empieza a experimentar la maternidad de una forma ya íntima y personal.

La mujer por su naturaleza y biología comienza a experimentar cambios en su cuerpo en el transcurso del desarrollo, los cuales muchas veces generan dudas e incertidumbres del porque están sucediendo, en el transcurso de la averiguación o de la información recibida ya sea por medio de los padres o algunas instituciones encargadas, explican que el desarrollo es el inicio de una nueva etapa, donde se experimentarán cambios tanto físicos como psicológicos; y como un efecto de esta fase se puede mencionar el ciclo menstrual, que es el periodo por el cual el organismo se prepara para un posible embarazo.

El Diccionario de la Real Academia Española define la maternidad como: “Estado o cualidad de madre.” (23.^a ed., [versión 23.3]. <<https://dle.rae.es>> [2020]); por el cual se puede llegar a una conclusión, que la maternidad es el estado por el cual atraviesa una mujer por su naturaleza, pero también es la cualidad que posee la mujer y que se puede exteriorizar por medio de actos que dejan demostrar el deseo de ser madre.

La maternidad va mucho más allá de un estado biológico por el cual se puede ver y tocar, ya que el deseo de ser madre es un conjunto de sentimientos, los cuales se pueden experimentar desde mucho antes de quedar en estado de embarazo; por lo que también se puede definir a la maternidad como el deseo que posee una mujer de ser madre y que sin necesidad de quedar en estado de embarazo decide adoptar y así tomar a un hijo de otra persona como suyo, experimentando de esa forma la maternidad.

Ossorio (1995), establece que la maternidad es la “Relación paternal que une a la madre con el hijo.” Por lo que se concluye que la maternidad no solo es una relación biológica, sino que es un vínculo que existe entre el hijo y la madre, este vínculo puede tener origen como se ha explicado anteriormente, desde el momento en el que el hijo nace del vientre de la madre, pero también puede originarse en el momento en el que una mujer decide tomar como hijo propio al hijo de otra persona, dándose también de esta forma este tipo de relación en la maternidad; en la legislación

guatemalteca regula que la filiación con respecto a la madre se establece, el solo hecho del nacimiento del hijo, si en dado caso esta no resulta de un matrimonio o unión de hecho.

Al estudiar la maternidad no se puede excluir a la madre, quien es el sujeto protagonista de la figura estudiada, Ossorio (1995) define a la madre como “La mujer que ha tenido uno o más hijos.” (p. 587) cuando se refiere a tener, se puede entrar a discutir el sentido de la palabra, atribuyendo que en primer lugar él se refiere a la mujer que da a luz a uno o más hijos, pero estudiando un poco más el contexto, él también puede estarse refiriendo a la mujer que se ha encargado de la custodia y de brindar todo lo necesario para la subsistencia de uno o más hijos, pudiendo ser estos biológicos o no de la mujer que los ha criado; por lo que se puede establecer que madre no solo es la mujer que ha dado a luz a un hijo, sino que también la mujer que haya dado a luz o no a un niño, lo toma como hijo, le brinda afecto, protege y otorga todo lo que este necesite para su subsistencia y superación en la vida.

Clases de maternidad

Maternidad tradicional es la etapa que vive una madre por el simple hecho de ser mujer o sea por su constitución biológica. Este tipo de maternidad es la que la mayoría de personas conocen, ya que es la general o se podría decir normal, que consiste cuando una mujer queda en estado de embarazo

y da a luz a su hijo, y de ese modo se forma un vínculo entre la madre y el hijo, dando como resultado la maternidad.

De acuerdo con Brasch y Álvarez (2019), la maternidad tradicional está formada por la carga genética, la cual consiste en la transferencia del ADN por medio de los gametos (óvulos), también por la gestación que consiste en portar en el vientre al feto hasta el momento de dar a luz; y por último se encuentra la responsabilidad legal, que es la que poseen los padres por medio de la patria potestad hasta que cumplan la mayoría de edad, por lo que la maternidad tradicional encierra los tres conceptos y une a la madre por genética, con la madre gestante y la madre legal convirtiendo así a la madre tradicional.

Maternidad legal, es la etapa en la cual una mujer decide tomar al hijo de otra persona como hijo propio, por medio de la figura de la adopción, creando por este medio el vínculo entre la madre y el hijo. La legislación guatemalteca regula en la Ley de Adopciones, decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, lo relativo a la adopción, definiéndola en el artículo 2, literal a., de dicho cuerpo legal como: "la institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona." De la definición anterior se puede concluir que la maternidad legal consiste cuando una mujer toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona. En ese tipo de maternidad se encuentra uno de los

conceptos explicados en la maternidad tradicional, porque en este caso se desprende de la maternidad tradicional y forma uno solo, por lo que la responsabilidad legal se convierte en madre legal o maternidad legal.

Maternidad por fecundación *in vitro*, este tipo de maternidad va de la mano con la maternidad tradicional, que es la etapa cuando una mujer queda embarazada y da a luz a su hijo, con la diferencia que para lograr la fecundación se utiliza una técnica de reproducción asistida. El Diccionario de la Real Academia Española da una definición de fecundación *in vitro* la cual consiste:

En la técnica de reproducción asistida en la que se trata de conseguir que un espermatozoide fecunde el óvulo fuera del cuerpo de la mujer, en un laboratorio; una vez logrado el o los embriones, el médico o técnico los transfiere directamente al útero para tratar de obtener un embarazo. (23.ª ed., [versión-e]. <<https://dle.rae.es>> [2020])

Este tipo de maternidad se utiliza cada vez más, y puede ser por varias razones, ya que se puede dar el caso en el que la mujer posea el deseo de tener un hijo pero no desea tener una pareja o simplemente no quiere tener relaciones sexuales (siendo esta la forma normal para quedar en estado de embarazo), también se podría estar ante el escenario de una pareja que intentado quedar embarazada, no ha podido por diferentes razones o circunstancias, por lo que decide utilizar la técnica de fecundación *in vitro*, ya que puede que les resulte mucho más efectiva.

Maternidad subrogada

En Guatemala la maternidad subrogada es un término poco conocido, por lo que en la legislación guatemalteca no se regula la figura de maternidad subrogada; la maternidad subrogada es también conocida como alquiler de vientre, vientre de alquiler, gestión por subrogación, gestación subrogada, etc., todos estos términos para hacer alusión a este tipo de reproducción asistida. De acuerdo con Rodrigo y Salvador (2019), expone que el proceso de alquiler consiste cuando una mujer introduce en su vientre el embrión de otra persona o pareja con el único objetivo de emplear su vientre para la gestación, siendo esto un proceso, el cual se realiza por medio de la reproducción asistida, la que según la Sociedad Española de Fertilidad (2012) indica que “Son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina.” (p. 33)

Este tipo de procesos llamados como reproducción asistida ayuda a las parejas con problemas ginecológicos a procrear y poder llegar a formar una familia, todo esto a través de un profesional y especialista en la rama de las ciencias médicas, entre los tratamientos o métodos más conocidos que se utilizan y que se estudiarán en este trabajo, se encuentra la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, micro inyección espermática, transferencia de embriones, subrogación de útero, y otras

más, los cuales dependerán del diagnóstico y necesidad de las personas o parejas que acuden a este tipo de tratamientos.

Inseminación artificial, este tipo de reproducción asistida puede ser homóloga que significa cuando se realiza con el esperma de la pareja y heteróloga cuando se realiza por medio del esperma de un donante, y es una de las técnicas más sencillas y antiguas en la reproducción asistida, según Santamaría Solís (2000) define a la inseminación artificial como “... la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer.” (p. 39) Esto quiere decir que reemplaza la relación sexual entre un hombre y una mujer para concebir a un hijo, ya que se realiza una inmersión dentro del útero de una mujer, a través de una sonda que contiene espermatozoides, para que después de realizada esa técnica, siga el curso biológico en el cual se realiza la fecundación.

La fecundación *in vitro*, según la Organización Mundial de la Salud (2010) es la “Técnica de Reproducción Asistida (TRA), que involucra fecundación extracorpórea.”

(https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1) Esto quiere decir que esta técnica se realiza extrayendo del cuerpo los elementos necesarios para realizar la fecundación, pero de forma externa; también la Sociedad Española de Fertilidad (2012), brinda una definición de esta técnica exponiendo que “La Fecundación *in vitro* consiste en poner en contacto los gametos

masculinos (espermatozoides) y los femeninos (ovocitos) para lograr la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer.” (p. 42) por lo anterior se debe de explicar que este procedimiento de fecundación se realiza como exponen, fuera del cuerpo de la mujer, por esa razón se le llama fecundación extracorpórea, y para llegar al fin que se desea, se deben de extraer los espermatozoides y los óvulos, para luego unirlos y que estos puedan llegar a la fecundación de la forma normal.

Micro inyección espermática, también llamada como inyección intracitoplasmática, la cual según la Sociedad Española de Fertilidad (2012), “... consiste en intervenir aún más activamente sobre el proceso de la fecundación, introduciendo un espermatozoide en el interior de cada ovocito.” En primer lugar se debe establecer que esta técnica de reproducción asistida y la anterior estudiada son similares, en el sentido que, la fecundación es extracorpórea, pero la diferencia entre estas dos es que en la fecundación in vitro el proceso de la fusión es normal, ya que lo único que se realiza es la extracción de los gametos fuera del cuerpo para que estos se fecunden de una forma normal pero con un mayor control, mientras que en la micro inyección, la fecundación es anormal por el hecho de que la unión se ve forzada al inyectar directamente a cada óvulo para que de esa forma se tenga una mayor tasa de éxito al momento de fecundar.

Transferencia de embriones, según la Organización Mundial de la Salud (2010) consiste en el “Procedimiento mediante el cual uno o más embriones son colocados en el útero o en la trompa de Fallopio.” (https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1) Este procedimiento se realiza después de haber concluido las técnicas de reproducción asistida extracorpóreas, para que de esta forma se puedan introducir en el útero de la mujer los embriones que se formaron gracias a la fecundación in vitro o a la micro inyección espermática, con el fin de seguir con el curso biológico de gestación de los embriones.

La subrogación del útero es el procedimiento que interesa con respecto a la maternidad subrogada, pero no se podía dejar de desarrollar las figuras anteriores para poder entender de una forma un poco más sencilla las técnicas de reproducción asistida; la técnica de subrogación del útero según Álvarez y Selmouni (2011), “... es el proceso por el cual una mujer gestante no tiene relación genética con los embriones fecundados en laboratorio, utilizando gametos de una pareja infértil.” (p.57) esto quiere decir que se agrega un sujeto más al procedimiento, ya que se necesita de una mujer extraña que solamente aportará su vientre para gestar al embrión, pero para esto se utilizará los espermatozoides y óvulos de una pareja que no pueden concebir de una forma natural o con alguna otra técnica de reproducción asistida.

La palabra subrogada es sinónimo de sustituir, por lo que se puede decir que la maternidad subrogada consiste en la sustitución de la madre, la cual puede suceder por varias razones, como por ejemplo, en el caso de que una pareja tenga el deseo de convertirse en padres pero por problemas biológicos, de infertilidad, esterilidad, trastornos o enfermedades ya sea por el hombre o por la mujer, también, puede darse el supuesto de que no sean compatibles el uno con el otro, teniendo como consecuencia que la mujer no pueda retener al feto en su vientre, por lo que toman la decisión de utilizar a una madre sustituta, pero en este caso la pareja brindará el óvulo y el espermatozoide para que sean implantados dentro del vientre de la madre subrogada y así ella puede mantener en el útero al feto hasta dar a luz; así que en este caso se está sustituyendo el vientre de la mujer (madre biológica) por no poder gestar y dar a luz a su hijo, pudiendo realizar la donación o transmisión de sus óvulos y así utilizar solamente el útero de la madre sustituta para que gaste y dé a luz al hijo y al terminar el parto entregar al hijo a sus padres biológicos. Entre otras definiciones se establece a la maternidad subrogada como:

“Contrato de una mujer con una mujer casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada (Keane, N. Y D. Breo, *The surrogate mother*, pág. 12)” (Tobar Canúz, 2012, p.22)

En la anterior definición se encuentran conceptos nuevos, en donde se observa que se define a la maternidad subrogada como un contrato, o sea un acuerdo de voluntades entre la madre sustituta y la pareja casada o unida de hecho, quienes no puede engendrar hijos de forma natural, por ser estos infértiles, y efectivamente en muchas legislaciones extranjeras es conocido como un contrato de maternidad subrogada, por el que en un primer supuesto, una mujer presta su útero para realizar la técnica de reproducción asistida de subrogación de útero; como segundo supuesto, establece que la mujer no solamente presta su útero, sino que también proporciona sus óvulos para que utilizando la reproducción asistida de inseminación artificial, estos sean fecundados por medio de los espermias que otorga el padre biológico, y así al momento de dar a luz, la mujer no solo entrega a su hijo biológico al padre biológico, sino que también debe de renunciar a la custodia del niño, para que luego este pueda ser adoptado por la esposa o concubina del padre biológico.

Del párrafo anterior se puede establecer que la maternidad subrogada además de ser un procedimiento de reproducción asistida, también es un contrato entre varios sujetos, que se crea, motivado por una pareja que afronta problemas para poder reproducirse de forma natural, por lo que deciden por medio del contrato de maternidad subrogada, alquilar el vientre de una mujer extraña, a cambio de una contraprestación monetaria, con la característica de que la madre sustituta además de aportar su útero,

también aporte sus óvulos para que estos sean fecundados, por medio del procedimiento de reproducción asistida de inseminación artificial, donde la pareja (quienes pueden ser casados o unidos de hecho), únicamente aportarán los espermatozoides del hombre quien será el padre biológico y así la madre subrogada pueda concebir, gestar y dar a luz, para que después de finalizado el periodo de embarazo, el hijo nacido de ella sea entregado al padre biológico, además la madre sustituta debe de renunciar a la custodia de su hijo biológico para que pueda ser adoptado por la esposa o concubina del padre biológico.

Antecedentes históricos

El deseo de concebir un hijo y que este no se pueda cumplir no es algo nuevo ni reciente, la infertilidad ha estado acompañando al ser humano desde los años más antiguos, por lo que el primer antecedente de la madre sustituta se encuentra contenido en La Biblia, en el antiguo testamento, libro de Génesis, capítulo 16, el cual narra la historia de cuando Saraí la mujer de Abram pide hijos por medio de su sierva, ya que Saraí era estéril, esto quiere decir que ella no podía darle descendencia a Abram, así que Saraí pide a Abram que tome a la sierva egipcia llamada Agar para que por medio de ella pudieran tener hijos, por consiguiente Abram accede al deseo de su mujer y toma a la sierva, así que como consecuencia esta concibe y da a luz a su hijo Ismael en el año de 1910 a.C. y de acuerdo con el artículo electrónico Surrogacy (2020), afirma que “este fue el

primer niño nacido por medio de la gestión subrogada tradicional” (© 2020 SURROGACY.RU - Суррогатное материнство в России и мире. Maternidad Subrogada, Historia, https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy_history/)

El segundo antecedente se encuentra en el Código de Hammurabi en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII a.C.; este código fue creado en el año 1780 a.C. Feedbooks (1728), establece la ley 144 a la ley 147 del Código de Hammurabi, por las cuales se desarrollan los siguientes casos, estableciendo que la mujer estéril que deseaba tener hijo, debía ofrecer una esclava o sierva a su marido para que este la tomará y de este modo poder concebir hijos, y así este no tendría la necesidad de buscar otra mujer más, con la excepción de que el hijo que daba a luz debía de ser varón; también el Código de Hammurabi otorga una clase de garantías o derechos con respecto a la madre sustituta o subrogada ya que establecía que si la mujer que tomaba como esposa no le daba hijos, se le podía proponer que tomara a otra mujer y este podía llevarla a la casa con la condición de que esta nueva mujer no podía subir al nivel de la esposa estéril.

En otro caso, expone el mismo código que si la mujer que se tomaba como esposa, entregaba a su esclava al marido y luego la esclava, se puede decir que de una forma era elevada en el afecto sentimental del esposo porque ella si puede tener a los hijos de este, en este caso la esposa estéril no podía

vender a la esclava, sino que está tenía que marcarla como forma de distinción y de pertenencia, y la tendría que tener entre sus esclavas; pero si se daba el caso de que la esclava tampoco podía tener hijos, la patrona o sea la esposa estéril la podía vender por plata.

Como ejemplo de maternidad subrogada sumeria se puede nombrar a Bilha quien era la sierva de Raquel la segunda esposa de Jacob, cabe mencionar que Jacob era el nieto de Abraham, por lo tanto Raquel no podía tener hijos, así que ella le entrega a su esclava a Jacob, pidiéndole que se acueste con su sierva, para que dé a luz sobre sus rodillas y así por medio de la esclava, Raquel podría tener hijos y formar una familia, Jacob toma como mujer a Bilha y se acuesta con ella, Bilha queda embarazada y da a luz a un hijo y Raquel exclama que Dios le hizo justicia, escuchando su plegaria y dándole un hijo, y por esa razón le pone el nombre de Dan, Bilha nuevamente queda embarazada y da un segundo hijo y Raquel se siente agradecida nuevamente por vencer la lucha que tenía y nombra al nuevo hijo como Neftali; este ejemplo se encuentra también en La Biblia en el libro de Génesis, capítulo 30; pudiendo observarse en este caso la figura de maternidad subrogada explicada en el Código de Hammurabi.

En Egipto se encuentra un antecedente, López Aranda (2016) explica que: “...los faraones se consideraban descendientes de los dioses, por ello no mezclaban su sangre con otras personas, sino que algunos recurrían al incesto.” Por esta razón muchos faraones egipcios se casaban con sus

hermanas para no mezclar las razas, además que la monarquía egipcia se heredaba por la llamada línea solar femenina por lo que independientemente de qué mujer era el hijo, este no podía ascender como faraón si no se encontraba casado con su hermana o hermanastra, y ya que estos matrimonios eran incestuosos, al momento de tener hijos, estos al nacer no gozaban de una buena salud, así que si en dado caso el hijo legítimo no sobrevivía o no contaba con buena salud, tomaban a las siervas o criadas para poder tener otros hijos y así procrear al futuro faraón, así que para entender de una mejor manera, los hijos de las criadas eran considerados como hijos del faraón pero estos solo podían ascender al trono si no existía un heredero más legítimo que ellos.

De acuerdo con López Aranda (2016), de igual forma se encuentra un antecedente en la Antigua Grecia y Roma, ya que Plutarco relata el caso de Deyotaro que era el rey de una región de Asia Menor llamada Galacia, quien tenía como esposa a una mujer estéril, por lo que ella por sí misma escogió entre las prisioneras a la mujer que daría luz a los hijos llamada Electra, y la esposa del rey crió a estos hijos como si fueran sus propios hijos.

También expone Surrogacy (2020), que existe una Leyenda en la India, en el año 599 a.C, donde se dan las primeras madres subrogadas ya que estas mujeres gestaron niños ajenos; la leyenda relata sobre el 24° tirthancar y último Buda jainista llamado Mahavira, quien decide reconstruir su propio

destino sabiendo que los Dioses ya lo habían escrito, reencarnando en el feto que gestaba Devananda para así nacer en la casta brahmán (de los sacerdotes) y no en la que estaba destinado a nacer que era la casta chatria (de los guerreros), cuando llegó a los oídos de los Dioses lo que había sucedido quedó embarazada Trisala quien era esposa de un guerrero, y mientras ambas mujeres dormían, los Dioses decidieron intercambiar a los fetos para que el destino siguiera conforme a lo que ellos ya habían escrito, y así las dos mujeres dieron a luz al mismo tiempo, por lo que al final Mahavira nació en la casta chatria, la cual ya había estado elegida por los Dioses y de esa forma poder crearse un tirthancar. De este modo Devananda y Trisala se convirtieron en las primeras mujeres en dar a luz a niños ajenos. (© 2020 SURROGACY.RU - Суррогатное материнство в России и мире. Maternidad Subrogada, Historia, https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy_history/)

Cabrera (2015) asegura, que en el año de 1880 se realizó un experimento de fecundación *in vitro* en conejos y 10 años más tarde el científico británico Walter Haupe ejecuto con triunfo la fecundación *in vitro* y transferencia de un embrión de una coneja a otra, haciendo a la primera madre subrogada. Y en el año de 1976 se dio el primer embarazo de un niño ajeno, pero lamentablemente fuera del útero, hasta en 1977 después de más de 600 pruebas fracasadas, un embrión derivado de una transferencia de útero resultó viable, por lo que, en el año de 1978, el 25

de julio en el condado de Lancashire en Inglaterra nació Louise Brown, quien fue la primera niña concebida *in vitro*.

Tipologías

Ya se ha definido anteriormente el concepto de maternidad subrogada, por lo que se entrará a establecer los tipos o modalidades de maternidad subrogada que existen según la doctrina. De acuerdo con Farnós (2010), la maternidad subrogada puede ser de forma tradicional o gestacional. En la primera, la cual es llamada también como plena o total, consiste cuando la madre sustituta además de alquilar su útero, también aporta sus óvulos, para que estos sean inseminados por el esperma del hombre, quien puede ser el padre que está alquilando el vientre, convirtiéndose así, no solo en madre sustituta, sino que también en madre biológica. Y la maternidad subrogada gestacional también llamada parcial, consiste cuando la madre subrogada solamente aporta su vientre, ya que en este caso la pareja que está alquilando el vientre suministra los espermatozoides y los óvulos, para que la fecundación se realice por medio del procedimiento de fecundación *in vitro*, para después realizar la implantación del embrión en el útero alquilado, en este caso la madre sustituta no es madre biológica.

De lo anterior, es importar hacer énfasis en el tipo de maternidad subrogada tradicional, ya que esta es la más utilizada, esto se debe a que el método es un poco más sencillo y seguro que la gestacional, por

realizarse solamente la inseminación artificial del espermatozoide al óvulo de la madre sustituta, por lo que puede ser que haya más oportunidad de éxito al momento de la fecundación; aunque esta quizá sea la más utilizada también es la modalidad en la que más problemas se pueden derivar, esto por razón de que el niño sería hijo biológico de la madre sustituta y puede ser que esta al terminar el procedimiento no desee entregarlo, o que no se pueda realizar la adopción por parte del cónyuge del padre biológico por no existir un consentimiento de la madre biológica, por esta razón es importante regular un procedimiento de adopción en los casos de maternidad subrogada de este tipo.

Se debe comentar que esta modalidad sería la más ideal de regular en Guatemala por el hecho de ser más segura al momento de la fecundación, y así poder reducir los costos de la pareja, ya que de esta forma se podría obtener un poco más de éxito en este tipo de reproducción asistida, adicional tendría que estudiarse el ambiente científico para verificar que en el país existen médicos especialistas en este tema, y que además cuentan con las herramientas para poder llevarlo a cabo, también se tendría que realizar un análisis psicológico tanto a la pareja como a la madre sustituta para comprobar que ambas partes son idóneas para poder llevar a cabo este tipo de procedimiento; también debe de estudiarse un procedimiento de adopción para este caso en específico, el cual se estará desarrollando en los temas siguientes.

Existe otro tipo de clasificación con respecto a la gestión por subrogación, la cual según Brash y Álvarez (2019), puede ser desde el punto de vista genético y económico, con respecto a la maternidad subrogada del punto de vista genético, esta puede ser tradicional, total o completa, estas fueron estudiadas en los párrafos anteriores, y con relación a la maternidad subrogada, desde el punto de vista económico, se puede dividir en maternidad subrogada altruista y comercial; la primera consiste en que la madre subrogada no recibirá ningún tipo de contraprestación, solamente los gastos que se deriven del procedimiento durante el tiempo que este dure, y serán solventados por los sujetos solicitantes; existe poca probabilidad en este tipo de proceso, no ha de ser factible el poder encontrar a una persona dispuesta a prestar exclusivamente su útero u óvulos sin recibir una prestación dineraria.

En contraposición a la primera, se encuentra la maternidad subrogada comercial, se refiere a que la madre sustituta si recibirá una indemnización por la prestación a la que ella se obliga, la cual será solventada por la pareja que solicita el alquiler de vientre, y que encierra no solo el tiempo y el esfuerzo que realiza la mujer, sino que también las consecuencias o riesgos que de esto se derive.

Si las formas estudiadas anteriormente fueran aplicables en Guatemala se tendrían que evaluar las razones por las cuales una mujer decide alquilar su vientre ya se de manera total o parcial, pudiendo ser esta en caso de la

maternidad subrogada altruista, un familiar o una mujer que puede cumplir la ilusión, a una pareja que no puede reproducirse de la forma natural, sin recibir nada a cambio por el simple hecho de cumplir el deseo que de ella nace; y en la forma comercial se tendría que tener un mejor control en todos los sujetos partícipes en este procedimiento para que de este no nazcan situaciones que puedan viciar o no garantizar los derechos humanos que cada individuo posee.

Marco regulatorio de la maternidad subrogada

La maternidad subrogada es un tema controversial en todo el mundo, por lo mismo no se encuentra regulado en todas las legislaciones extranjeras. Los países que sí la regulan han tomado diferentes posturas, por ejemplo, en unas se encontrarán nominadas y reguladas y en otras no aceptadas o prohibidas, y finalmente en otras penalizadas. A continuación, se entrará a conocer las posturas que han aceptado los países de España, Estados Unidos, México, Canadá y Argentina, como preámbulo se enunciarán los derechos humanos que intervienen o que a criterio de la infrascrita autora se hacen necesarios en este proceso.

El artículo 16, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...” por lo anterior

se deja en claro que la persona posee un derecho humano inherente de formar una familia, esto quiere decir que la persona o en este caso la pareja no importando de donde sean, en que crean o que cultura posean, siempre ansíen en comenzar a formar una familia podrá buscar las formas necesarias para hacer cumplir su derecho, cuando por su condición no puedan reproducirse del modo habitual o normal.

También el artículo 19 de la misma declaración establece que:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

Por lo anterior se puede observar como la libertad de recibir información o de investigar es completamente libre de juicios, de opiniones contrarias, de creencias o apreciaciones distintas, y cada persona posee la libertad de saber que opciones puede tomar, en este caso a que forma de reproducción asistida es la que le conviene de acuerdo a su condición física, psicológica, moral, social, cultural, económica, etc., después de haberse informado, investigado por medio de personas idóneas y capaces para realizar dichos procedimientos.

Otro derecho inherente a la persona que se hace presente con relación a la maternidad subrogada, es el artículo 27, numeral 1, de la Declaración Universal de los Derechos humanos, el cual dispone lo siguiente, “Toda

persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.” Analizando lo citado, la persona puede decidir si es parte o no de un progreso científico, en este caso en una técnica de reproducción asistida, por la cual al asesorarse puede elegir qué técnica le favorece o le resultaría más saludable ya sea físicamente o psicológicamente, además de verse beneficiada en el hecho de que podrá llegar a formar una familia con lazos biológicos, sin cuya técnica no fuere posible.

De lo analizado anteriormente, se puede concluir que es importante el derecho que posee toda persona de hacer cumplir sus derechos inherentes, teniendo como primordial en la presente investigación el derecho a una familia, y que también los sujetos pueden llegar a investigar, informarse, asesorarse y así poder llegar a ser parte de un procedimiento científico que además de cumplir su derecho, realizarán aportes trascendentes en el campo de la medicina, así como sociales, morales, culturales y jurídicos por medio de las legislaciones internacionales, al regular estas nuevas figuras, así como también colocar límites de acuerdo a cada tipo de territorio, de forma justa y equitativa, para que ninguna persona se vea vulnerada al momento de garantizar el derecho de otra; y ya analizada la Declaración Universal de los Derechos Humanos que posee cada persona

por el simple hecho de serlo, se podrán entrar a observar las posturas de las diferentes legislaciones.

España, la maternidad subrogada o gestación por sustitución, tal como la denomina la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España, por la cual determina que dicha figura no se encuentra aceptada en España, en el artículo 10 de la ley mencionada, establece que “1. será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero...” Por lo anterior se puede ver claramente que la gestación por sustitución en este país no surte efectos jurídicos, ya sea que la mujer sustituta, reciba un pago o no para renunciar a la filiación con respecto a su hijo, sea este biológico o no, ya que en el mismo artículo se establece que la filiación se determina por el parto, esto quiere decir que no importa si se presenta una prueba de ácido desoxirribonucleico más conocido como ADN, para establecer si la madre sustituta es realmente la madre biológica.

Lo que sí es aceptado en España, es la inscripción del bebé nacido en un país donde la maternidad subrogada si es aceptada, por lo que la filiación se establecería por sentencia judicial en el país donde se practicó la gestión por sustitución, y así poder presentar dicha sentencia para el respectivo registro del bebé como hijo de los ciudadanos españoles. Lo anterior se encuentra regulado en la instrucción emitida el 5 de octubre de 2010 por

la Dirección de Registros y Notariado de España, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En Estados Unidos, no existe una regulación general con respecto a la maternidad subrogada, ya que la legislación se crea específicamente para cada Estado, por lo que según Jiménez (2017), en Estados Unidos se encuentran dos posturas en las cuales sí se permite la maternidad subrogada, en primer lugar, se encuentran los Estados por el cual es aceptada ya sea porque sí se encuentre regulada en el Estado o por doctrina legal a favor del alquiler de vientre, esta postura se encuentra aceptada por 13 Estados. Y la segunda postura se encuentra ratificada por 15 Estados, a quienes se les hacen llamar como subrogacy-friendly, según P. Trolice y Alvarez (2019), a través del artículo electrónico gestación subrogada en Estados Unidos, explican que estos Estados son llamados de esta manera por aceptar que se realice este tipo de reproducción asistida, pero esto no quiere decir que todos los Estados posean una ley que regule la maternidad subrogada.

Por lo anterior se puede establecer que, en Estados Unidos, la maternidad subrogada se encuentra nominada ya sea por leyes específicas o dictadas por medio de jurisprudencia, concluyendo así que la maternidad subrogada sí es aceptada en la mayoría de los Estados que conforman al país, aunque esto no quiere decir que no existan Estados en los que no sea aceptado por completo o que incluso hasta se encuentre penalizado.

La situación en México, según Álvarez (2019) afirma que: “Sólo cuatro territorios mexicanos hablan de gestación subrogada en su sistema legal” (<https://babygest.com/es/mexico/>), y de estos cuatro territorios, solo dos permiten la gestación subrogada para parejas heterosexuales y en uno de estos Estados se debe de presentar un certificado médico donde se evidencia que existe una incapacidad física para llevar a cabo la gestación, en los otros dos Estados el alquiler de vientre no se encuentra permitido; por lo anterior se puede establecer que la postura en México al igual que en Estados Unidos, varía según la legislación de cada territorio del país, y que por el momento se puede confirmar que solamente cuatro Estados regulan la figura de la maternidad subrogada y solo dos de estos la permite, entre estos Estados se encuentra Tabasco, encontrándose regulada en el capítulo VI BIS, la gestación asistida o subrogada en el Código Civil para el Estado de Tabasco, en el cual desarrolla todo lo referente al vientre de alquiler en este Estado, y la forma o requisitos que se necesitarán para que pueda ser válido el contrato.

En Canadá, según Rodrigo (2019) indica que: “Canadá permite la gestación o maternidad subrogada para todos los modelos de familia, independientemente de su condición sexual y estado civil.” (<https://babygest.com/es/canada/>), de lo anterior se puede establecer que la postura de Canadá, con respecto a la maternidad subrogada es legislada y aceptada, teniendo requisitos estrictos y especiales para su validez como

en cualquier país donde se encuentra regulada, algo que se puede observar o comparar con la legislación mexicana, es que en Canadá es permitida para todos los modelos de familia, esto quiere decir que no importa su orientación sexual o si la pareja se encuentra casada o no, mientras que en México en los Estados donde sí se encuentra permitida o aceptada, la condición es que se practicará solo para las parejas heterosexuales, esto podría ser debido a los estatutos legales con respecto al tema de la orientación sexual de este país, por lo que se puede deducir que esto hace a Canadá un poco más viable para las personas con una orientación sexual diferente a la heterosexualidad, por el tipo de legislación.

En Argentina, la maternidad subrogada no se encuentra regulada, por lo que, podría decirse que no está prohibida pero tampoco permitida, tal situación conlleva a una laguna legal por no legislar dicha figura, según Álvarez y Salgado (2019) comentan que:

A pesar de no haber prohibición expresa de la gestación por sustitución, el Artículo 242 del Código Civil de Argentina establece que la madre legal de un niño será aquella mujer que lo traiga al mundo, es decir, que dé a luz.” (<https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-en-argentina/>)

De lo expuesto se puede comentar que la legislación argentina es clara al establecer que la madre legal será quien haya dado a luz al niño, instituyendo que la maternidad se otorgará en el momento que el hijo nazca del claustro materno de la mujer, dejando sin efecto las posteriores

reclamaciones que se presenten con respecto de una mujer extraña hacia el hijo de la mujer que dio a luz, ya que la prueba para determinar la relación biológica entre la madre y el niño, para este país, será el parto. Así que, para concluir, la postura tomada para Argentina es no regular ni aceptar la maternidad subrogada.

Como se puede observar en lo expuesto anteriormente, las posturas en los diferentes países con respecto a la maternidad subrogada son variadas, por lo que se puede observar que se encuentran tres posturas, en primer lugar, se encuentran los países que sí regulan a la maternidad subrogada más no la aceptan; segundo, los países que la regulan y la aceptan; y la tercera, los países que no la regulan, en los cuales se puede dar una laguna legal en ciertas ocasiones con respecto a esta figura. Pero de lo expuesto anteriormente, resalta la necesidad e importancia que la maternidad subrogada se encuentre regulada en los diferentes países, ya sea que estos la acepten o no, pero lo ideal es establecer la figura jurídica para no dejar vacíos legales y que estos puedan convertirse en futuros ilícitos penales que contribuyan a quebrantar el bien común y el orden social, así como verse vulnerados los derechos inherentes de la persona y no poder garantizarlos por no encontrarse codificadas dichas figuras.

Maternidad subrogada en la legislación guatemalteca

La situación guatemalteca con relación a la maternidad subrogada, es un tema nuevo y controversial en algunos aspectos, ya que Guatemala se distingue por ser un país tradicional, esto quiere decir que muchas veces estas nuevas figuras no son bien vistas por la población, por el hecho de ser diferente a lo que ya se conoce que es correcto o que se debería de realizar de cierta forma, y por esta razón no es aceptada del todo la maternidad subrogada, ya que, es ilógico pensar que una mujer extraña puede ser solicitada o contratada para que dé a luz al hijo de otra persona, el cual podría ser hijo biológico solamente del padre y no de la esposa de este, por tener problemas para poder gestar y dar a luz a su propio hijo. Dejando un poco el tema social o ético, la maternidad subrogada en la legislación guatemalteca no se encuentra regulada, ni nominada o prohibida, generando así un vacío legal, por el cual muchas personas pueden aprovechar esta situación al practicar la maternidad subrogada de una forma equivocada o no correcta del todo.

Se debe dejar en claro que la maternidad subrogada tiene la finalidad de ayudar a parejas que no pueden tener hijos de la forma normal o que no pueden satisfacer su deseo de ser padre de forma natural, por problemas biológicos, de infertilidad, esterilidad, trastornos o enfermedades ya sea por parte del hombre o de la mujer. También se debe de tomar en cuenta que en Guatemala no existen clínicas especiales para realizar este tipo de

procedimientos, y si en dado caso estas existieran no estarían laborando legalmente, teniendo relación con que no todos los procedimientos de reproducción asistida se encuentran regulados, y mucho menos la maternidad subrogada como un negocio jurídico en Guatemala.

Para poder regular la maternidad subroga en la legislación guatemalteca, en primer lugar, se debe de establecer la figura de la maternidad, o que es considerado como maternidad y en realidad a quien le corresponde la maternidad en Guatemala, ya que el único indicio que se tiene en la legislación guatemalteca es el artículo 210 del Código Civil al establecer que la filiación con respecto a la madre, el cual será el solo hecho del nacimiento, dando a entender que la maternidad tendrá su origen en el momento del parto, y que esta será la prueba para determinar si es madre biológica del hijo que ha nacido, pero al estudiar las figuras anteriores se puede establecer que en esta época el parto definitivamente no es prueba de que ese niño realmente sea hijo biológico de la mujer que lo dio a luz, por lo que es de suma importancia como primer momento regular la maternidad.

Como segundo lugar, se debe de dar a conocer a la maternidad subrogada como una institución jurídica e insertarla en la legislación, y por lo expuesto anteriormente se puede llegar a definir a la maternidad subrogada como la figura jurídica por la cual una pareja que sin poder reproducirse naturalmente por problemas o enfermedades biológicas, decide alquilar el

vientre de una mujer, a quien se le llamará madre sustituta, para que esta preste su útero al cual por medio de un procedimiento de reproducción asistida pueda gestar y dar a luz al hijo de aquellos. Recordando también que la maternidad subrogada puede tener dos modalidades, pudiendo ser tradicional y gestacional, enfocándome solamente en la primera en la cual la madre sustituta además de aportar su útero, también aporta sus óvulos para que estos sean inseminados por el espermatozoide aportado por la pareja y así poder gestar y dar luz a un hijo, en el cual la madre sustituta tendrá que entregar al niño al padre biológico, además de renunciar a la custodia del niño para que este sea adoptado por la esposa del padre biológico.

En tercer lugar, la legislación guatemalteca debe de adoptar una postura con respecto a esta figura, decidiendo si se acepta o no, por lo que en el caso de aceptarla, se debe de especificar la forma en la que esta se tendría que llevar a cabo, si se debe de llevar como un procedimiento, como un negocio jurídico o como una clase de contrato, ya que, como se ha mencionado anteriormente la maternidad subrogada es conocida en muchas legislaciones como un contrato de gestación subrogada o alquiler de vientre, también tendría que establecerse las instituciones en las que se llevaría a cabo dicho procedimiento y la autorización o requisitos que deben de llenarse para no salirse del marco legal, así como determinar las

prohibiciones o límites y determinar las sanciones o delitos que se podrían cometer por no realizar dicho procedimiento como establece la ley.

Y en dado caso la legislación guatemalteca toma la postura de no aceptar la figura de la maternidad subrogada, del mismo modo es necesario que se regule la misma, así como las respectivas infracciones, sanciones que debería de imponerle a las personas que realicen dicho procedimiento, ya que en caso de no regular o sancionar la figura se puede llegar a generar diferentes actividades ilícitas para generar lucro, atropellando de esta forma toda clase de derechos o garantías que el Estado debe de garantizar a la persona, y esto por razón de lagunas legales que se forman por la no regulación de las figuras jurídicas, en este caso por no regular a la maternidad subrogada.

Adopción

La adopción al contrario de la maternidad subrogada, es un tema muy conocido, estudiado y que sí se encuentra regulado en Guatemala. La adopción es una institución jurídica del Derecho Civil, del área de familia, esta figura posee su propio cuerpo legal, encontrándose regulada en la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007, la cual entró en vigencia el 31 de diciembre de 2007. Por consiguiente, dicha figura se estará desarrollando en los temas siguientes.

Definición

Cuando se habla de adopción en Guatemala, se viene a la mente todo lo que se ha tenido que cambiar, los procedimientos que se han tenido que realizar, los ámbitos que se han estudiado para poder otorgarle la mejor institución familiar al niño que no la posee, ya que se debe recordar que el principio de la Ley de Adopciones en Guatemala, es el interés superior del niño, así que el deber de esta figura jurídica es proveerle el mejor hogar que se pudiera encontrar a este niño, y para poder llegar a eso, la legislación guatemalteca en materia de adopción tuvo que pasar muchos cambios y reformas para llegar a satisfacer el principio mencionado. La adopción en Guatemala es reconocida por la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 54, esta carta magna protege y garantiza, de manera que en este artículo se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y desamparados; siendo la adopción un derecho social y una garantía constitucional.

La adopción según Ossorio (1995), es la “Acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.” (p. 62) De lo anterior se puede decir que la adopción es la figura jurídica que consiste en recibir o tomar como hijo propio a quien no lo es. También se puede definir como aquel procedimiento legal que realiza una persona idónea, para tomar como hijo propio al hijo de otra persona, por muerte de los padres o abandono, por

lo que el sujeto adoptante presenta al sujeto adoptado, como hijo propio ante la familia y la sociedad, otorgándole a este todos los medios necesarios para su subsistencia y comodidad.

Se debe recordar que el fin de la adopción es brindarle o restituirle el hogar a un niño que ha quedado huérfano o ha sido abandonado o desamparado por sus padres biológicos, y que por esta razón el niño carece de institución familiar, siendo la familia un derecho inherente del ser humano, y así mismo también cumplir el deseo de ser padres a alguna pareja que por problemas biológicos no puedan tener a un hijo propio, o simplemente desean otorgar un hogar al niño que no lo posee.

Según Puig Peña (1976) es “Aquella institución por virtud de la cual se establecen, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.” (p. 475) Tal y como lo define Puig Peña, anterior a la adopción no existe ningún tipo de vínculo entre el adoptante y el adoptado, y es por esa razón que él los identifica como personas extrañas, pero al declarar y establecer la adopción se crea esta relación legal o legítima entre el adoptante y el adoptado, donde el adoptante es la persona que toma como hijo propio al niño de otra persona y además de esto nacen las relaciones civiles que se igualan a la paternidad y filiación natural, llamándola Puig Peña como filiación legítima.

La Ley de Adopciones, en el artículo 2, literal a. define a la adopción como la “Institución social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.” Por lo que, de conformidad con las anteriores definiciones expuestas, se puede concluir en que la adopción es una institución social, garantizada por el Estado, por la cual se crea un vínculo jurídico entre una persona que ahora se llamará adoptante y es quien toma como hijo propio al hijo de otra persona que será llamada adoptado, naciendo de esta relación, derechos y obligaciones de paternidad y filiación, y cuyos derechos y obligaciones no pueden ser revocados.

La adopción en la legislación guatemalteca

La figura de la adopción aparece en el año 1985, regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala, regulada en el artículo 54, el cual establece que “El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.”, de esta forma se reconoce a la adopción, pero también se reconoce el derecho de igualdad del hijo adoptado entre los hijos biológicos del adoptante, además de declarar el interés del Estado para proteger a los niños desamparados y que por la misma razón se les ha quebrantado su derecho de familia.

Anteriormente dicha figura se encontraba regulada en los artículos 228 al 251, en el apartado de familia del Decreto Ley 106, Código Civil, el cual entró en vigencia el 1 de julio de 1964, en el gobierno de Enrique Peralta Azurdia, definiéndola como “La adopción es el acto jurídico de asistencia social por el cual, el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona.”; además regulaba el procedimiento de la adopción en los artículos 239 al 245 de dicho cuerpo legal.

Asimismo existía un procedimiento de adopción pero este se llevaba por medio de notario, el cual se encontraba regulado en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, contenida en el Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, establecido en el capítulo VI, en los artículos 28 al 33; el propósito de dicho procedimiento era que este se pudiera llevar a cabo de una forma más rápida, pero por esta misma razón comenzó a convertirse en un negocio atractivo y lucrativo para el notario, y se desvió completamente el propósito del Estado de garantizar la protección del niño y reestablecer su derecho de familia. Por lo que se encontró en la necesidad de crear una nueva ley.

Es importante agregar, que la adopción también se encuentra regulada en los artículos 22 al 24 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, reunida en el decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, el cual fue publicado el 18 de julio del 2003, el objetivo de

esta ley es lograr la integración familiar y el desarrollo social, y de esta forma alcanzar un progreso íntegro en la protección de los niños y adolescentes guatemaltecos; por lo que dicha ley menciona el derecho de familia que se le debe de proporcionar al niño, y reconoce la adopción para los niños, niñas y adolescentes, conforme al principio del interés superior del niño; también este cuerpo legal contiene un procedimiento mencionado en la Ley de Adopciones, el cual es declarar si se ha vulnerado o violado el derecho de familia al niño, para que se tenga como efecto reestablecer dicho derecho.

Por lo comentado anteriormente el Estado de Guatemala, se ve en la necesidad de crear una ley que atienda y regule todo lo relacionado con respecto a la adopción, por esta razón se crea la Ley de Adopciones, comprendida en el Decreto 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala, la cual fue aprobada el 11 de diciembre del 2007, publicada en el diario oficial el 21 de diciembre del 2007 y entrando en vigencia el 31 de diciembre del mismo año. Uno de los efectos que tuvo esta ley, fue que se tuvieron que derogar y reformar algunos artículos contenidos en el Código Civil y en la Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

El objeto de la Ley de Adopciones, de acuerdo al artículo 1 es “regular la adopción como institución de interés nacional y sus procedimientos judicial y administrativo.” Teniendo congruencia con el Estado al

reconocer a la adopción como interés nacional de acuerdo con la Constitución Política de la República, y para esto era necesario crear un cuerpo legal en el que se estableciera todo lo referente a la adopción, pero también se regulara los procedimientos y requisitos para poderla llevar a cabo.

Tipos de adopción

Según la Ley de Adopciones, Título I, Capítulo II, artículo 9, establece los tipos de adopción, por lo que la adopción puede ser nacional e internacional; siendo la primera según el artículo 2, literal c. de la Ley de Adopciones, “Aquella en la que adoptante y adoptado son residentes legales habituales en Guatemala.” Por la anterior definición se entiende que los sujetos que intervienen en la adopción, tienen su domicilio permanente en Guatemala, entendiendo como permanente el ánimo de permanencia, y este según el Código Civil, es que la persona se encuentre habitando por el transcurso de un año en su domicilio registrado.

Con respecto a la segunda, el artículo 2, literal b. de la Ley de Adopciones, establece que la adopción internacional es “Aquella en la que un niño con residencia legal en Guatemala va a ser trasladado a un país de recepción.” Así que se puede establecer que este tipo de adopción consiste cuando el adoptado, quien posee actualmente su domicilio permanente en Guatemala, será adoptado por una persona que posee su residencia

habitual en otro país, esto quiere decir que el adoptado tendrá que cambiar su domicilio permanente y ser trasladado al país donde se encuentre registrado el domicilio del adoptante.

Es importante agregar que la adopción nacional tendrá derecho preferencial frente a la adopción internacional, esto quiere decir que la adopción internacional solamente podrá aplicarse después de un estudio específico a la adopción nacional, pudiendo de esta manera verificar si realmente no puede aplicarse; adicional todos los procedimientos y los estudios que se realicen para verificar que tipo de adopción aplicaría, estos deben de estar apegados al principio que regula esta figura jurídica, el cual es el interés superior del niño.

Sujetos de la adopción

Los sujetos que intervienen en la adopción, son el adoptante y el adoptado, definiendo al primero como la o las personas que deciden empezar el proceso de adopción para tomar como hijo propio a un niño huérfano o desamparado, y presentándolo así frente a su familia y a la sociedad; este sujeto debe de pasar por ciertos procesos para verificar que realmente sea idóneo para poder adoptar y al aprobar estos pasos pasar a crear un vínculo jurídico de parentesco civil. Con respecto al adoptado, este es el niño que puede que sea huérfano o no posea una persona que quiera tomar la custodia de este, y por esta razón la institución jurídica determinada para

este tipo de procesos, busca un hogar que sea adecuado para el niño, tomando en cuenta los aspectos físicos, psicológicos, culturales, económicos, sociales, etc. y así poder llegar a ser adoptado por el adoptante, además de que con lo anterior se llega a cumplir el objetivo de la adopción, el cual consiste en poder reestablecer la garantía constitucional del derecho de familia al niño, además de alcanzar el principio del interés superior del niño.

Adicional a lo anterior, la Ley de Adopciones, desarrolla en el Capítulo III del Título I, lo respecto a los sujetos de la adopción, estableciendo en el artículo 12, los sujetos que pueden ser adoptados; siendo los siguientes:

- a. El niño, niña o adolescente huérfano o desamparado;
- b. El niño, niña o adolescente que en sentencia firme se le haya declarado vulnerado su derecho de familia;
- c. Los niños, niñas y adolescentes cuyos padres biológicos hayan perdido en sentencia firme la patria potestad que sobre ellos ejercían;
- d. El niño, niña o adolescente cuyos padres biológicos hayan expresado voluntariamente su deseo de darlo en adopción;
- e. El hijo o hija de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso ambos padres biológicos deberán prestar su consentimiento, salvo que uno de ellos haya fallecido o hubiere perdido la patria potestad;
- f. El mayor de edad, si manifiesta expresamente su consentimiento; en igual forma podrá ser adoptado el mayor de edad con incapacidad civil, con el expreso consentimiento de quién ejerza sobre él la patria potestad o la tutela.

Las razones por las que un niño puede convertirse en el sujeto adoptado, se han expuesto anteriormente, pero es necesario poder ampliarlas, así que en primer lugar establece que pueden ser adoptados los niños huérfanos o desamparados, entendiendo por huérfano según el Diccionario de la Real Academia Española, “Dicho de una persona menor de edad: A quien se le

han muerto el padre y la madre o uno de los dos.” (Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión-e]. <<https://dle.rae.es>> [2020]). Por lo anterior se puede establecer que huérfano es aquel niño que pierde a sus padres por razón de muerte; y entendiéndose por desamparado, al niño que ha sido abandonado en este caso por sus padres o las personas que según la ley pueden llegar a ser responsables por él.

También expone la legislación guatemalteca que puede ser sujeto de adopción al niño que se le haya quebrantado su derecho de familia, para poder llegar a establecer esta violación, se tiene que entablar un procedimiento específico, para que el juez correspondiente a través de la sentencia determine que sí se ha quebrantado dicho derecho; como tercer caso, se encuentran los padres biológicos que han perdido la patria potestad de los hijos, y que se encuentra establecido en una sentencia firme dictada por un juez oportuno, llegándose a perder la patria potestad, según el artículo 202 del Código Civil, por conductas que pongan en riesgo la salud, la seguridad, la moral de sus hijos, también por delitos que cometan los padres entre ellos o hacia sus hijos, por exponerlos o abandonarlos, y por delitos que comentan los padres contra el orden común, siempre que la pena supere los tres años de prisión por cada delito que se cometiere, además que la patria potestad podrá perderse también cuando los intereses de los padres sean contrarios a los intereses de los hijos.

Asimismo se encuentra el caso en el que los padres biológicos deciden voluntariamente entregar a su hijo para que este sea adoptado, esta decisión muchas veces es tomada para poderle brindar una mejor oportunidad de vida que la que ellos podían ofrecer, ya que muchas veces se está en la posición de que las madres son adolescentes o que simplemente no esperaban quedar embarazadas en ese momento por no estar preparadas como ellas quisieran, también puede darse el caso en el que desean superarse académicamente o profesionalmente y el hecho de tener que criar a un niño, no les permitiría poder llegar a cumplir las metas que se han propuesto, o quizá el motivo sea por ser madre soltera y no se siente física o psicológicamente preparada para esta nueva vida, muchas veces no encuentran apoyo, y esto mismo puede llegar a que le afecte mucho más al niño, si la madre decide quedárselo, por lo que esto conlleva a que decidan darlos en adopción por que los padres están conscientes de que los niños tendrán una mejor vida, si ellos no forman parte de ella.

Del mismo modo puede darse el caso en el que la pareja del padre biológico desea adoptar al hijo de este, siempre que los padres biológicos expresen su consentimiento, a menos que uno de los padres haya muerto o haya perdido la patria potestad en sentencia firme, por lo que será necesario solo el consentimiento del padre sobreviviente o presente en este caso. Y es importante agregar que no solo son susceptibles de adopción los menores de edad, sino que también puede llegar a ser adoptado el

mayor de edad que así lo desee y lo manifieste, o también el mayor de edad que se encuentre incapacitado civilmente, esto quiere decir que no puede ejercer derechos y contraer obligaciones por sí solo, sino que necesita de un representante para lograrlo, y este representante debe de estar de acuerdo con que se declare la adaptabilidad del mayor de edad.

De lo expuesto anteriormente, se puede observar que en la mayoría de los casos se está violentando una garantía constitucional, la cual es el derecho de familia, además de ser un derecho constitucional es un derecho humano, y el Estado es el encargado de velar porque no sea quebrantado y en caso de serlo, debe velar por la restitución del mismo, así que el Estado delega este objetivo en una institución determinada para que tenga como fin o propósito de restituirle el hogar al sujeto que se encuentre en las situaciones ya analizadas.

Ahora se procederá a estudiar los sujetos que pueden adoptar, estando regulados también en la Ley de Adopciones, en el Capítulo III del Título I, en el artículo 13, expresando que las personas idóneas para poder iniciar el proceso de adopción, serán las parejas que estando de acuerdo en iniciar la adopción y además expresar su consentimiento de adoptar al niño que ha sido propuesto, se encuentren casadas o unidas de hecho de la forma establecida en el Código Civil.

Asimismo establece la ley que también podrán adoptar las personas que se encuentren solteras, si con esta razón se garantiza aún más el principio del interés superior del niño, esto pudiendo ser en caso de que el niño se sienta mucho más cómodo con la persona por ser de sexo femenino o masculino, por razones físicas o psicológicas, o simplemente el niño demuestra que estaría aún mejor con la persona que está soltera que con una pareja casada o unida de hecho, siendo esto por aspectos económicos, sociales o por que en algunas ocasiones se encuentra una mayor estabilidad para el menor en caso de que el adoptante sea soltero; y también puede darse el escenario en el que el tutor desea pasar a ser adoptante de su pupilo quien se convertiría en el adoptado, lo anterior puede ser posible con la condición de que las cuentas de la tutela hayan sido aprobadas y que además el tutor ahora adoptante cumpla con todos los requisitos de idoneidad de conformidad con la ley.

De lo expuesto anteriormente, se genera la interrogante de la idoneidad del adoptante, por lo que en primer lugar se debe de definir la palabra idóneo, estableciendo el Diccionario de la Real Academia Española, que idóneo significa “Adecuado y apropiado para algo.” (23.^a ed., [versión-e]. <<https://dle.rae.es>> [2020]). por lo anterior se puede establecer que la persona que desea adoptar deberá de ser adecuado o deberá de encajar en todos los requisitos que se establezcan para este procedimiento, y la Ley de Adopciones, en el artículo 14, establece un dato interesante, el cual

consiste en que el futuro adoptante deberá poseer una diferencia de edad con el adoptado, la cual no deberá ser menor de veinte años, además de llenar todos los requisitos que establece la ley para ser considerado como sujeto adoptante.

Además el artículo 14 de la Ley de Adopciones, establece que la idoneidad “es la declaratoria por medio de la cual se certifica que los futuros padres adoptantes son considerados capaces e idóneos para asegurar de un modo permanente y satisfactorio el cuidado, respeto y desarrollo integral del niño.” Queriendo decir lo anterior, que la idoneidad no consiste en llenar un requisito más, si no que es tanta la importancia de esta que deberá ser declarada, para poder certificar que se realizó un estudio sobre el sujeto, con respecto a los aspectos físicos, psicológicos, legales, sociales, culturales, económicos y personales, para así poder determinar que el adoptante es una persona capaz e idónea, y que además él proporcionará un hogar permanente, comprobando el cuidado, respeto y el desarrollo completo del niño, y con esto se pueda superar las expectativas del adoptante como de la entidad encargada; y como se ha establecido en varias ocasiones, lo anterior debe de permanecer de la mano con el principio del interior superior del niño, y por esta razón es que la idoneidad del sujeto adoptante es de suma importancia en el proceso de adopción.

Procedimiento para declarar la adoptabilidad

Como toda declaración judicial, debe existir un procedimiento y requisitos específicos para poder constituir la, para esto la Ley de Adopciones, en el Capítulo III del Título II, artículo 35, regula el procedimiento para declarar la adoptabilidad; en primer lugar, se tuvo que haber finalizado el procedimiento de protección de la niñez y adolescencia, esto para que el juez correspondiente pudiera dictar sentencia declarando la violación del derecho a una familia del niño y así mismo ordenar para que se reestablezca dicha garantía, declarando la adoptabilidad al mismo tiempo y así dar inicio al procedimiento de adopción; como se mencionó anteriormente, toda declaración trae un procedimiento pero además se deben de establecer requisitos esenciales, los cuales deben de cumplirse para que de este modo se pueda otorgar validez a todo el procedimiento, por lo cual el mismo cuerpo legal los establece, siendo dichos requisitos los siguientes:

- a. El niño tiene la necesidad de una familia adoptiva por que no puede ser cuidado o reinsertado en su familia biológica;
- b. El niño está en capacidad afectiva y médica de beneficiarse de la adopción;
- c. El niño es legalmente adoptable;
- d. Las personas, incluyendo al niño teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, instituciones y autoridades involucradas, cuyo consentimiento se requiera para la adopción:
 - d.1 Han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen;
 - d.2 Han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito;
 - d.3 Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados;
 - d.4 El consentimiento de la madre se ha dado únicamente después del nacimiento del niño.

Expuestos los requisitos, se procederá a analizarlos; al diseñar el procedimiento y establecer cuáles serían los requisitos que se tendrían que llenar, se puede analizar que los mismos fueron creados en primer lugar para que se pudiera verificar la idoneidad de ambas partes, tanto del adoptante como el adoptado, para establecer que estos realmente pudieran llegar a cumplir el propósito de la adopción, asegurándose que al niño realmente se le estaba violentando su derecho de familia, por no tenerla o por hacerse imposible la convivencia con su familia biológica, ya que existe un temor de que el niño se encuentre sufriendo daños físicos o psicológicos que podrían llegar a afectarle y además que se quebranten todos los derechos que como persona tiene.

También se debe de establecer que las personas que inician el procedimiento de adopción, realmente desean tomar a un niño extraño como hijo propio, y que además de esto posean la capacidad psicológica y económica para brindarle el sustento y reestablecer los derechos que el niño ha perdido; todo lo anterior debe provenir del estudio para verificar que todos los ámbitos ya sea sociales, familiares, físicos, psicológicos, etc., fueran adecuados para una convivencia adecuada, y también se debe de prestar un asesoramiento para todos los sujetos involucrados, sobre todo el proceso y de los efectos jurídicos que nacerán en el futuro.

El consentimiento de las partes juega un papel muy importante en el procedimiento, ya que tanto el adoptado como el adoptante deben sentirse a gusto y cómodos con la familia que se está formando, y de esta forma poder tener una convivencia apropiada y un vínculo jurídico ideal, teniendo como resultado el consentimiento expreso de los sujetos con respecto a la adopción, consentimiento que debe ser puro y libre de vicios, pero no solamente se requiere el consentimiento de estos sujetos, sino que también es necesario que la entidad encargada esté de acuerdo y exprese su consentimiento con respecto al procedimiento que se llevará a cabo; en Guatemala la institución encargada de verla, cumplir y brindar el consentimiento del procedimiento de adopción es el Consejo Nacional de Adopciones, cuyas funciones se encuentran contenidas en el Convenio de La Haya y en la Ley de Adopciones.

Además existe un caso en el que se agrega un sujeto más al consentimiento, siendo este sujeto la madre biológica, pudiendo ser que esta tenga problemas con respecto a su maternidad, y ella está convencida de que es ideal que el niño sea incorporado a una familia donde si van a poder brindarle lo que quizá ella no pueda otorgarle por razones económicas, físicas, psicológicas, o un entorno no adecuado para el niño, así que la madre decide dar en adopción a su hijo, por lo que esta debe de expresar su consentimiento en el momento del nacimiento del niño, para así poder seguir con el procedimiento de adoptabilidad.

Luego de llevar acabo el procedimiento de declaración, el juez de la niñez y adolescencia, declarará la adoptabilidad del niño, para que la entidad competente realice la selección de la persona idónea que se convertirá en el adoptante, y como ya se explicó anteriormente la adopción nacional tiene prioridad frente a la adopción internacional, por lo que en primer lugar se buscará que esta persona idónea tenga su residencia permanente en Guatemala; y para esto se necesitan los siguientes criterios según Beltranena (2011), “a) Interés superior del niño; b) Derecho a la identidad cultural; c) Aspectos físicos y médicos; d) Aspectos socioeconómicos; e) Aspectos psicológicos” de acuerdo con lo anterior, en primer lugar siempre se debe de encontrar el interés superior del niño, ya que además de ser un principio, el fin primordial es poder reestablecer el derecho al niño, y este estará satisfecho hasta que el niño realmente se sienta cómodo y seguro en el hogar que se le proporciona, para que después se pueda observar los demás aspectos como el de no perder su cultura, así como aspectos físicos y médicos, y que se provea los sustentos necesarios para una vida plena.

Consecutivamente se procederá a abrir el periodo de socialización, este se encuentra regulado en el artículo 44, de la Ley de Adopciones, el cual establece que antes de iniciar el periodo de socialización se deberá de presentar la aceptación por escrito del niño que ha sido asignado, esta aceptación expresa será por parte de los adoptantes, haciéndolo en un

plazo no mayor de diez días, los cuales comenzarán a contar después de haber recibido la notificación correspondiente; al recibir la aceptación se dará inicio al periodo de convivencia y socialización entre los sujetos de la adopción (adoptante y adoptado), cuyo periodo no debe ser menor de cinco días hábiles, pudiendo definir al periodo de convivencia como el tiempo que se le otorga al adoptante y al adoptado para que estos puedan conocerse y socializar entre sí, cuyo propósito es el poder entablar un vínculo y una aceptación natural de adoptabilidad entre los sujetos.

Posteriormente al periodo de socialización y convivencia, según el artículo 45, de la Ley de Adopciones, se solicitará dentro de los dos días siguientes, la opinión del niño “de acuerdo a su edad y madurez” para que pueda así expresar su consentimiento con respecto a la adopción, y después de esto la autoridad central pueda tomar la opinión del niño, para que dentro de los 3 días siguientes de haber concluido el periodo de convivencia, puedan emitir un informe de empatía, el cual según el artículo 46 del mismo cuerpo legal, “señalará la calidad de la relación establecida entre los potenciales adoptantes y el adoptado.” Refiriéndose a que el vínculo que se ha formado entre los sujetos, realmente es el esperado para este proceso; y al concluir con todo el procedimiento anterior, y cumplido todos los requisitos establecidos, la autoridad central será encargada de emitir un certificado en el cual se encontrarán todos los informes relacionados con

cada etapa del proceso, dicho certificado deberá ser presentado ante el juez oportuno.

Por último, los sujetos de la adopción ya sea conjuntamente o por separado, solicitarán al juez de familia para que este declare con lugar la adopción, así mismo ordene la inscripción correspondiente en el Registro Nacional de las Personas, y otorgue la custodia del niño a los adoptantes; si fuera el caso de una adopción internacional, además de lo descrito anteriormente se deberá determinar lo necesario para los efectos migratorios; también tendrá que tomarse en cuenta si en dado caso el menor tuviere bienes, por lo que adicional se procederá a faccionar el inventario correspondiente, además según el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, se deberá garantizar la semejanza del cumplimiento de las leyes del país de origen, velar por que no se vea afectada la economía de los sujetos por razón de que se realice la adopción en otro país, entre otros.

Adopción y su relación con la maternidad subrogada

Ya estudiadas las figuras de maternidad subrogada y adopción, se procederá a analizar la relación que existe o puede existir con respecto a ambas figuras; en primer lugar se estará enfocando solamente en una modalidad de la maternidad subrogada, la cual es la maternidad subrogada

tradicional llamada también como plena o total, la cual consiste cuando la madre sustituta no solamente aporta su útero, sino que también aporta sus óvulos, para ser inseminados por el esperma del padre, quien puede ser la persona que está alquilando el vientre, de esta forma además de ser madre sustituta, también será la madre biológica; por esta razón es que comenzará a involucrarse la adopción en la maternidad subrogada, ya que el niño será también hijo biológico de la mujer que prestó su vientre, como del hombre que aportó el espermatozoide, siendo este uno de los sujetos que solicitan el vientre de alquiler.

Como se puede observar anteriormente, se dejó afuera a la pareja de aquel que aportó los espermatozoides, recordando que ambos sujetos decidieron dar inicio a la maternidad subrogada por no poder cumplir el deseo de ser padres, por lo que la futura madre no posee una relación directa con el niño, teniendo esta que solicitar que la madre sustituta además de entregar al niño, también deberá de renunciar a la custodia de él, para que este pueda llegar a ser adoptado por la pareja del padre biológico.

Por lo expuesto anteriormente se puede observar como aparece la adopción, ya que la pareja que decide alquilar el vientre y los óvulos de la mujer subrogada, lo hacen por el deseo de ser padres, pero estos tienen impedimento para serlo de la forma natural, y por esta razón es que deciden comenzar este procedimiento para que otra mujer pueda tener al hijo de aquellos, quien será solo hijo biológico de uno de los sujetos que

conforman la pareja, siendo en este caso el hombre, por lo que la esposa o concubina de este, debe de esperar a que termine el procedimiento, para que así pueda adoptar a este niño, y pueda tomarlo como hijo propio, cumplimiento al fin el deseo de la pareja de convertirse en padres.

Esto quiere decir que en primer lugar la madre sustituta también madre biológica del niño, debe de renunciar a la custodia de este, en el momento del nacimiento de aquel, ante el ente encargado de la adopción, en este caso sería ante el Consejo Nacional de Adopciones, para que posteriormente se pueda iniciar el procedimiento de la declaratoria de adoptabilidad y al cumplir con los requisitos previamente establecidos, el juez de la niñez y de la adolescencia pueda declarar la adoptabilidad del menor; sucesivamente la autoridad competente tendría que estudiar y verificar la idoneidad del sujeto que desea adoptar, en este caso la esposa del padre biológico, y comenzar el proceso de adopción.

Expuesto lo anterior, se presenta el supuesto que en Guatemala no existe un proceso de adopción respecto a la maternidad subrogada, dando como resultado posibles conflictos, así que de lo analizado anteriormente, se refleja una gran necesidad del mismo, por presentarse escenarios como el caso, que la pareja del padre biológico no pueda adoptar al hijo de éste o puede presentarse el caso en que la mujer pareja del padre biológico tome el lugar como supuesta madre biológica sin serlo según el Código Civil, por no estar encuadrado o regulado dentro del proceso de adopción.

Como se ha mencionado anteriormente este procedimiento no está autorizado en Guatemala, por razón de que la maternidad subrogada no se encuentra regulada, y además la adopción se realiza entre personas extrañas, personas que no poseen ningún vínculo, pero en este ejemplo no se estaría cumpliendo del todo, ya que en primer lugar existió un deseo el cual proviene de los futuros padres, y que más adelante este deseo se convierte en una decisión, la cual se materializa al momento de comenzar el procedimiento de maternidad subrogada o alquiler de vientre, posteriormente se encuentran en un cuadro donde solo uno de los sujetos solicitantes, posee un vínculo biológico con el feto que se está formando en el vientre de una mujer que puede que tenga o no relación con la pareja solicitante, ya que esta puede que sea una conocida y desea contribuir a cumplir el deseo de aquellos o solamente sea una persona desconocida que recibirá una contraprestación por el alquiler.

De lo expuesto anteriormente se puede encontrar un problema, ya que el proceso de adopción debe ser puro y libre de vicios en el consentimiento, lo cual muchas veces al momento de brindar una contraprestación, puede llegar a comprometer el consentimiento y de esta manera llegando a formar figuras que pueden volverse ilegales por no tener un procedimiento bien establecido y claro, pudiéndose considerar un tipo de transacción (comercial) entre la madre sustituta (también madre biológica) y el padre biológico con respecto al menor, realizando una simulación donde la

pareja del padre se convierte en la madre del menor por decisión de éstos y no por decisión de juez competente, ya que es susceptible por razón de existir una línea muy delgada entre lo lícito y lo ilícito; para no entrar en confusión o contradicción, se deben de establecer los principios que deben de regir a dicha figura, estableciendo en primer lugar como principio, al derecho de familia, que el Estado garantiza a toda persona, además que este también es un derecho humano.

Incorporación del proceso de adopción en caso de maternidad subrogada

Como se ha venido estudiando, es importante dejar claro que la incorporación de la maternidad subrogada tradicional dentro del proceso de adopción es eminentemente importante, ya que al regular la gestión subrogada, no solo se estará legislando sino conjuntamente se estará aceptando en la forma tradicional, la cual deberá ser insertada en el proceso de adopción, para que de esta forma además de estudiarse a profundidad y conocer un poco más de ella, ya no exista una laguna legal con respecto a este tema, lo cual es primordial, ya que en caso de existir vacíos legales, puede abrirse a oportunidades para crear procedimientos que no se encuentran apegados a la ley, y así buscar un fin distinto como

por ejemplo el de lucrar, en lugar de cumplir el propósito de garantizar el derecho de familia, tanto a los futuros padres como a los niños.

Ubicación de la maternidad subrogada en el proceso de adopción

La maternidad subrogada se ha venido desarrollando en el presente trabajo, y al estudiarlo se puede realizar una conexión entre el tipo de maternidad subrogada tradicional, definido anteriormente, y el proceso de adopción, la relación que se da entre estas figuras es cuando la madre sustituta debe de entregar al hijo y renunciar a la custodia de este, por ser ella la madre biológica, esto con el fin de que la esposa del padre biológico lo adopte como hijo propio, recordando que el propósito de haber decidido alquilar el vientre de la madre sustituta era por la razón de que esta pareja no podía reproducirse biológicamente de una forma normal, por lo que buscaron distintas opciones para llegar a ser padres, decidiendo que este procedimiento sería el que más se adaptaba a ellos y a su futura familia. Por otro lado, se tiene a la madre sustituta, a quién se le debe orientar e informar sobre la forma en la que se llevaría a cabo el proceso ya referido, en ese momento la madre sustituta deberá brindar su consentimiento y a cambio se establece una contraprestación de tipo económica.

Por lo expuesto anteriormente es importante regular la figura de la maternidad subrogada, pero además ubicarla en una forma o clase de adopción, tomando en cuenta en que se tendría que reformar la Ley de

Adopciones, en primer lugar se tendría que agregar al artículo 2 de dicho cuerpo legal, como adopción en caso de maternidad subrogada, la cual quedaría de la siguiente forma: j. Adopción en caso de maternidad subrogada: aquella en la que a través del procedimiento de maternidad subrogada, la cónyuge o concubina del padre biológica adopte al hijo biológico de la madre sustituta.

Y en segundo lugar se debe de excluir a la maternidad subrogada tradicional de algunas prohibiciones que expresa dicha ley en el artículo 10, viéndose afectada esta figura en las siguientes prohibiciones: “a. La obtención de beneficios indebidos, materiales o de otra clase, para las personas, instituciones y autoridades involucradas en el proceso de adopción; incluyendo a los familiares dentro de los grados de ley del adoptante o del adoptado;” en la adopción es prohibido toda clase de beneficio o contraprestación, para las personas involucradas en el procedimiento, tomando en cuenta que en la maternidad subrogada debe de existir una contraprestación, ya que se está prestando un servicio, el cual es el alquiler del vientre y los óvulos, por lo que la madre sustituta presta dicho servicio porque necesita una remuneración, a menos que ella se haya ofrecido a prestar su útero y óvulos sin recibir nada a cambio.

De esta forma se podría entrar en discusión en que además de ubicar a la maternidad subrogada como parte del proceso de adopción, también ubicarla como una forma de negocio jurídico o contrato por razón de que

los sujetos de esta figura son personas que se obligan unas a otras a diferentes prestaciones, debiéndose abarcar todos los requisitos necesarios para no caer en figuras ilícitas o en propósitos distintos al que realmente se desea, el cual es el deseo y derecho de poder formar una familia.

“f. Que los potenciales padres adoptivos tengan cualquier tipo de contacto con los padres del niño o con cualquier persona que puedan influenciar en el consentimiento de la persona...” se debe de recordar que la maternidad subrogada tradicional es una forma de planificación de adopción ya que se tiene un contacto con la madre sustituta desde antes de que esta pueda quedar en estado de embarazo; por lo que esta literal se vería afectada en el sentido del contacto, ya que los sujetos solicitantes del alquiler de vientre, llegan a tener un tipo de contacto con la madre sustituta mucho antes del nacimiento del niño, mucho antes de la adopción de la esposa del padre biológico, y en este caso el consentimiento puede verse afectado por la prestación, y por esta razón es que este tipo de procedimiento debe de llevarse a cabo con los mayores cuidados y entenderse por una prestación de servicios de ambos sujetos, para que por esta razón no se encuentre viciado el consentimiento, ni que nazca algún tipo de problema por el contacto que exista entre los sujetos.

“g. Que los padres biológicos otorguen el consentimiento para la adopción antes del nacimiento del niño y que tal consentimiento sea otorgado antes de las seis semanas de nacido el niño.” Se debe dejar claro que en la

maternidad subrogada el consentimiento de la madre biológica debe de otorgarse antes de comenzar todo el procedimiento, porque de no ser así no se estaría cumpliendo con el propósito de dicha figura, que es poder otorgarle el derecho a una familia a la pareja que solicita el vientre de alquiler, y evitar que estos se hallen en la posición de tener que pelear en un futuro por la custodia del niño.

También se debería de agregar un capítulo inmerso en la Ley de Adopciones, regulando todo lo referente al procedimiento de adopción en caso de maternidad subrogada, definiendo dicha figura, la forma en la que debe de realizarse, los sujetos que deben de intervenir, las prohibiciones, y la legislación supletoria, ya que es de suma importancia que la maternidad subrogada se encuentre regulada como figura jurídica en Guatemala, para poderla ubicar en el proceso de adopción.

La forma en la que debería de realizarse, en primer lugar, es realizar el procedimiento por medio de una autoridad que esté facultada para realizar los procesos de maternidad subrogada, en la cual se brinde asesoramiento, se realicen los estudios necesarios para que los sujetos que participarán en este procedimiento sean los idóneos de forma física, psicológica, económica, moral, social, etc., también que dicha autoridad cuente con profesionales adecuados para realizar todo el procedimiento de reproducción asistida, así como llevar a cabo la etapa de embarazo y el parto, tomando en cuenta las complicaciones que podrían surgir de todo el

procedimiento completo, y realizar todas las funciones de acuerdo a la ley.

En segundo lugar a someterse ante un juez competente para que valide dicho procedimiento y estudiar el caso a profundidad, verificando que tanto la autoridad competente como los sujetos hayan cumplido de manera satisfactoria las obligaciones a las que se sometieron, también a llevar el proceso desde el momento en el que nace el niño, para que la madre sustituta renuncie a la custodia de este y entregue al hijo al padre biológico, así de esta forma el juez otorgue la patria potestad total al padre biológico en el cual por la razón de la importancia del caso se deberá tener como requisito indispensable y prueba madre el examen de ácido desoxirribonucleico en el cual se establece la paternidad biológica, y como consiguiente abrir el proceso de adopción para la cónyuge o concubina del padre, en el cual se tendrán como requisitos haber llevado todo el procedimiento ante la autoridad respectiva, que la madre sustituta y biológica haya renunciado a la custodia del niño, y que se haya otorgado la patria potestad a la pareja de la adoptante.

En el caso de los sujetos que deben de intervenir, se deberá de realizar estudios a cada uno, por medio de la autoridad que corresponda, la cual deberá de realizar el asesoramiento de las opciones que la pareja puede tener para poder formar una familia, en donde se deberá de dejar como última instancia a la maternidad subrogada tradicional, por haber agotado

todas las opciones presentadas, por lo que se deberán realizar en primer lugar exámenes físicos y psicológicos para determinar la idoneidad de la pareja para formar una familia, y la idoneidad de la madre sustituta para realizar todo el procedimiento y el alquiler de su vientre. Esto para evitar conflictos futuros en el que se puedan llegar a afectar tanto a las autoridades que intervinieron, como a los sujetos y en mayor importancia al interés superior del niño.

Con respecto a las prohibiciones, se deberá dejar en claro que por ningún motivo este procedimiento se realizará para transigir con la persona en este caso el niño, tampoco se deberá prestar a algún tipo de coacción ya sea que provenga de las autoridades o sujetos, también deberá de estipularse que todas las personas individuales o jurídicas que intervengan en el procedimiento deberán de estar autorizadas para realizar determinados actos, así como contar con el título profesional que se requiera para tomar determinado cargo, y en el caso de contravenir dichas estipulaciones deberá de llevarse por medio de un proceso penal. Y por último tener como normas supletorias, el Código Civil y la ley en la que se establezca todo lo relacionado con respecto a los tipos de reproducción asistida, en la cual deberá de desarrollarse la figura de maternidad subrogada y lo que de ella se desprenda.

Proceso de adopción en caso de maternidad subrogada en Guatemala

Al regular la figura de la maternidad subrogada y ubicarla como un caso en el proceso de adopción, traería varios efectos los cuales pueden ser sociales, económicos, morales, y jurídicos, por lo que se entrará a estudiar solamente los efectos jurídicos que podría ocasionar este nuevo procedimiento; definitivamente una de las mayores consecuencias sería la contradicción que existiría en la legislación nacional, viéndose estas afectadas por dicho procedimiento, por lo que se tendrían que reformar, y actualizar varias normas, entre ellas el Código Civil y la Ley de Adopciones, también se tendría la necesidad de crear una ley que regule todo lo respecto a las formas de reproducción asistida, entre ellas la figura de la maternidad subrogada, así como las prohibiciones de dicha figura y las sanciones o delitos como consecuencia de no realizar el procedimiento de acuerdo a la ley.

Otro efecto jurídico sería la necesidad de crear una entidad pública, con personalidad jurídica, autónoma, que cuente con patrimonio propio, la cual tendría a su cargo todo lo referente al asesoramiento y procedimiento para llevar a cabo la maternidad subrogada, esto con el fin de volver más segura la figura jurídica, llevar un control de los sujetos que intervienen, y tener el seguimiento correspondiente para que al final se pueda cumplir el propósito del derecho de familia que el Estado le garantiza a la persona.

Desde otro punto de vista uno de los efectos principales es a quien se le otorgará la condición de madre, ya que por un lado se tiene a la mujer que prestó sus óvulos y útero quien se convierte en madre biológica por esta razón, y por otro lado la mujer que solicitó el alquiler de vientre con el fin de convertirse en madre, lo anterior debe de estudiarse de forma especial conforme a cada caso presentado para poder así determinar si es correcta la asignación o determinación de a que sujeto le corresponde la maternidad.

También es importante establecer que en Guatemala se desconoce si existen este tipo de casos, ya que reiterando, en Guatemala no se encuentra regulada esta figura, por lo que puede haber una posibilidad de que las personas viéndose en la necesidad de realizar el alquiler de vientre, hayan tenido que acudir al extranjero para realizar este tipo de procedimiento, y al momento de regresar al territorio, estos deciden presentar e inscribir al niño como hijo propio en el registro correspondiente, de acuerdo a la documentación presentada, y esta razón es por no existir una regulación específica de aceptación o prohibición de acuerdo a esta institución, teniendo como consecuencias jurídicas una posible anulación de la inscripción por la duda que existe en la providencia de dicho registro.

De igual forma otro efecto jurídico es que la madre sustituta puede encontrarse en la negativa de tener que renunciar a la custodia del niño, pudiéndose presentar varios escenarios, como por ejemplo el que la madre

subrogada tenga duda en realizar o terminar el procedimiento, o que se presente el deseo de compartir la custodia con el padre biológico y la cónyuge o concubina, inclusive estar en la posición de no querer entregar al hijo al padre biológico, además de no querer renunciar a la custodia que esta posee por el hecho de ser la madre biológica del niño. Por otra parte, también puede llegarse a manifestar el escenario de que el procedimiento ha sido utilizado para realizar algún tipo de fraude en el transcurso de todo el procedimiento afectando así a los sujetos que intervienen, desarrollándose lo anterior por un tipo de lucro con respecto de las autoridades o profesionales que intervienen o que los sujetos que intervienen no cumplan con las prestaciones a las que se han obligado.

Por lo anterior, se puede agregar como una de las consecuencias al regular este procedimiento en Guatemala, la reducción de las lagunas legales que existen con respecto a la maternidad subrogada, también al regular esta técnica como parte especial del proceso de adopción, se presentaría una disminución de las personas que posiblemente realizan este procedimiento en Guatemala sin ninguna autorización legal, por razón de que no se ha llegado a tipificar como una falta o delito, por la misma razón de no estar legislado en Guatemala, ya que en caso de que se decidiera ligar a proceso a una persona por realizar este tipo de procedimiento, esta podría acudir al principio o garantía constitucional de legalidad, el cual establece que no hay pena sin ley “*nulla poena sine lege*”.

Es importante exponer que al regular este tipo de procedimiento en Guatemala, sería una superación en el campo científico y legal, por el tipo de controversia que generan estas figuras, por lo que, sería un aporte enriquecedor en muchos sentidos, pero en especial a la legislación guatemalteca, ya que por el hecho de no regular y ni siquiera dar a conocer dicha figura puede llegar a vulnerarse los derechos que poseen las personas, y al regular a la maternidad subrogada ya sea de forma individual o como una clase de proceso de adopción ya es un gran avance, sea esta aceptada o no, por razón de que al aceptarla se vendrían cambios drásticos como reformas o creación de nuevas leyes para regular dicha figura, y de esta forma realizar estudios exhaustivos para legislarla de acuerdo a la cultura y sociedad, pero también al prohibirla o no aceptarla se realizaría un gran aporte a la legislación guatemalteca por el simple hecho de regularla, esto le pondría fin a los actos que se realizan por debajo de la ley y por los cuales no son castigados en razón de no constituir un delito o falta, por el simple hecho de no encontrarse tipificados.

Conclusiones

Se concluye que el proceso de adopción en caso de maternidad subrogada es un estudio innovador, el cual aporta una nueva perspectiva a la figura jurídica de la adopción, pero además demuestra la necesidad de comenzar a renovar la legislación guatemalteca, al incluir dentro del proceso a la maternidad subrogada mejor conocida como alquiler de vientre.

Resulta necesario regular en Guatemala la figura de maternidad subrogada, indistintamente si se hace en sentido positivo, es decir, aceptándola como una forma válida de adopción, o si por el contrario, en sentido negativo, es decir, rechazando como forma válida de adopción, lo importante es que esta figura quede claramente desarrollada dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, esta incorporación lleva aparejada como es de esperarse, reformas al Código Civil y la Ley de Adopciones, en donde se estipulen los diferentes casos de la vida civil de una persona.

De ser regulada de forma positiva la figura de la maternidad subrogada, es importante reconocer el derecho que le asiste a la esposa del padre biológico del niño, para que esta pueda adoptar al hijo de aquel, cuando el niño es fruto de un procedimiento de reproducción asistida, utilizando la técnica extracorpórea de gestión por subrogación, y derivado de esto crear un ente que tenga a cargo el asesoramiento, estudio, control y autorización de tales procedimientos, y cuya entidad deberá contar con los

profesionales necesarios de cada rama y especialidad que sean necesarios para cumplir el propósito de garantizar el derecho a una familia, así como el derecho que tiene cualquier sujeto de no verse afectado por el cumplimiento de esta garantía.

Con respecto a los sujetos que intervienen en todo el proceso, se debe declarar la idoneidad de las partes, por lo que la pareja que decida solicitar el alquiler de vientre debe de encontrarse unida en matrimonio o demostrar por medio de una declaración la unión de hecho, con respecto a la madre subrogada que será quien alquile su útero y ovarios, deberá de expresar sus razones para querer prestar el servicio, así como ser idónea de acuerdo a la opinión de los profesionales que realicen las pruebas físicas o psicológicas para determinar su participación en el procedimiento.

Referencias

- Beltranena Valladares, M. L. (2011). *Lecciones de Derecho Civil*. (6ta. Edición). Guatemala: Editorial Académica Centroamericana, S.A.
- Puig Peña, F. (1976). *Compendio de derecho civil español*. Tomo I. Parte general. (3ra. Edición). Madrid. Edición Pirámides, S. A.
- Puig Peña, F. (1976). *Compendio de derecho civil español*. Tomo V. Familia y Sucesiones. (3ra. Edición). Madrid. Edición Pirámides, S. A.

Electrónicas

- Álvarez, C. y Selmouni, F. (2011). *Reproducción Humana Asistida*. Recuperado de: https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-87454/Alvarez%20y%20Selmouni_Reproducci%C3%B3n%20Humana%20Asistida.pdf
- Álvarez, N. (2019). *La maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*. Recuperado de: <https://babygest.com/es/mexico/>
- Álvarez, N. y Salgado, S. (2019). *Gestación subrogada en Argentina: Código Civil y proyecto de ley*. Recuperado de: <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-en-argentina/>
- Brasch, J. y Álvarez, N. (2019). *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?* Recuperado de: <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/#desde-un-punto-de-vista-genetico>

- Cabrera, G. (2015). Discordia en la Tienda de Abraham una relectura de Gn16,1-16; 21,1-21 Vientre en alquiler: una realidad bíblica, un problema moral hoy. Recuperado de: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/30893/TESIS%20GLADYS%20REBECA%20CABRERA.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Farnós, E. (2010). *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*. Barcelona. Recuperado de: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/711_es.pdf
- Feedbooks (1728). *Código de Hammurabi*. Recuperado de: <https://www.guao.org/sites/default/files/biblioteca/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>
- López Aranda, I. (2016). *Maternidad subrogada ¿Una práctica moralmente aceptable?* Recuperado de: <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8933/Lopez%20Aranda%20I..pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Organización Mundial de la Salud, (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Recuperado de: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1
- P. Trolice, M. y Alvarez, N. (2019). *Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos*. Recuperado de: <https://babygest.com/es/estados-unidos/>

- Rodrigo, A. (2019). *Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio*. Recuperado de: <https://babygest.com/es/canada/>
- Rodrigo, A. y Salvador, Z. (2019). *La gestación subrogada en Guatemala y su vacío legal*. Recuperado de: <https://babygest.com/es/guatemala/>
- Ruiz Jiménez, I. (2017). *Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada en otros países del mundo*. Periódico El Mundo. Recuperado de: <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/06/28/595279e9e5fdea501e8b467c.html>
- Santamaría Solís, L. (2000). *Aspectos bioéticos de las técnicas de reproducción asistida*. Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Sociedad Española de Fertilidad (2012). *Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida*. Madrid. Recuperado de: https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf
- Surrogacy (2020). *Maternidad Subrogada*. Recuperado de: https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy_history/
- Tobar Canú, I. (2012). *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 de licenciatura). Universidad San Carlos. Guatemala. Recuperado de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_9710.pdf

Legislación

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

Asamblea General de la Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Aprobada en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Guatemala ratificó la Convención el 6 de junio de 1990.

Asamblea General de la Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos humanos*. Adoptada y proclamada en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. París.

Congreso de la República de Guatemala (2003). Decreto 27-2003. *Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia*. Publicado en el Diario de Centroamérica el 18 de julio del 2003. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (2007). Decreto Número 77-2007. *Ley de Adopciones*. Publicado en el Diario de Centroamérica el 11 de diciembre de 2007. Guatemala.

Dirección de Registros y Notariado. (2010). *Instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*. Emitida el 5 de octubre de 2010. España.

Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. (1964). Decreto Ley Numero 106. *Código Civil*. Publicado en el Diario de Centroamérica el 19 de diciembre de 1973. Guatemala.

Jefatura del Estado. (2006). Ley 14/2006. *Sobre técnicas de reproducción humana asistida*. 27 de mayo de 2006. España.

Diccionario

Diccionario de la Real Academia Española, (2020). (23.^a ed., [versión 23.3]). Recuperado de: <https://dle.rae.es/>

Ossorio, Manuel. (1995). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. (22^a. Edición). Bueno Aires. Heliasta.