



Incidencia de la Maternidad Subrogada en el Interés Superior del Niño

Incidence of surrogate motherhood in the best interests of the Child

Msc Roberto Eduardo Rodríguez Pappa

Secretario

Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia

Organismo Judicial, Guatemala

rodriguezpappa@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0229-2142>

Diplomatura de Metodología de la Investigación, del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,
Doctor César Augusto Quinteros Correa y la Red Iberoamericana de Escuelas de Judiciales (RIAEJ)

Incidencia de la Maternidad Subrogada en el Interés Superior del Niño Incidence of surrogate motherhood in the best interests of the Child

Recibido: abril 2023

Aprobado: noviembre 2023

Resumen

En la actualidad, existen problemas que algunos países no han logrado resolver o incluir en la legislación; dentro de esta esfera se encuentra el Bioderecho, el cual es un conjunto de normas jurídicas que tienden a la protección de la persona frente a procedimientos médicos que resultan ser importantes en el cuerpo y salud. La Maternidad Subrogada es un tema que resulta importante para analizar toda vez que la misma puede perfeccionarse a través del acuerdo entre personas adultas, empero, el contrato no posee estipulaciones sobre el interés superior del niño, lo cual representa un problema desde la perspectiva de los Derechos Humanos de la Niñez, porque es imposible saber las condiciones de la vida futura del bebé y la forma en la cual se desarrollará la gestación otro problema es que en Guatemala, no existen leyes relacionadas al Bioderecho ni contratos que puedan ser válidos para la práctica de este tipo de figuras o acuerdos de voluntad. Por lo anterior, se sabe que la incidencia que la maternidad subrogada produce es negativa y no es una práctica que se considere oportuna e idónea para la humanidad.

Abstract

Currently, there are legal issues that some countries have not been able to solve or include in their legislation; within this sphere is Biolaw, which is a set of legal norms that aim to protect individuals against medical procedures that are important to the body and health. Surrogacy is an issue that is important to analyze since it can be perfected through the agreement between adults, however, the contract does not have stipulations on the best interest of the child, which represents a problem from the perspective of Children's Human Rights because it is impossible to know the conditions of the future life of the baby and the way in which gestation will be developed. Another problem is that in Guatemala, there are no laws related to Biolaw, nor contracts that can be valid for practice of this type of figures or agreements of will. Therefore, it is known that the incidence that subrogated motherhood produces is negative and is not a practice that is considered timely and ideal for humanity.

Palabras Claves

Contrato, Maternidad subrogada, Interés superior del niño, Bioética y Bioderecho.

Key words

Contract, Surrogate motherhood, Bioethics, Best Interest of the Child, Biolaw.

Introducción

La maternidad subrogada es un procedimiento que se ha utilizado para acordar la creación de la vida por vía contractual, en sus inicios fue concebida como un método de ayuda a parejas que no podían procrear de forma natural y deseaban tener un hijo propio con su material genético. Posteriormente, se abandonó la idea del bienestar de las parejas porque se convirtió esta práctica en un negocio rentable, incluso en la actualidad existen agencias que la promueven y tienen sistemas bien estructurados para lograr el objetivo.

En el artículo que se presenta, se busca dar a conocer el contexto del problema y enfocar el mismo desde la perspectiva de los Derechos Humanos del niño que nace como consecuencia del contrato, para ello se abordan temas como el Bioderecho, el contrato civil, la maternidad subrogada y el interés superior del niño. Asimismo, se desea dejar plasmado que el cuerpo de una mujer no debe cosificarse y que los niños no son mercancías que provienen del objeto del contrato que entre personas adultas se celebra.

Definitivamente, existen circunstancias que pueden modificar la voluntad de los contratantes y producir efectos devastadores en los niños, tal es el caso de partos dobles, niños con enfermedades genéticas, entre otros.

Metodología

La presente investigación es cualitativa ya que tiene como objetivo realizar una descripción y explicación del problema planteado, el cual se centra en la incidencia de la Maternidad Subrogada en el Interés Superior del Niño. La problemática se fundamenta en el estudio de la doctrina, las entrevistas realizadas a personas conocedoras del tema y un caso de referencia

sucedido en Guatemala.

1. Problemas que el Derecho debe solucionar

La conducta del hombre es un elemento que la ley debe intentar regular a través de la emisión de leyes. Sin embargo, es evidente que el derecho no ha abordado temas específicos que se producen en la sociedad o dentro de determinadas áreas del conocimiento. Fácilmente se puede hacer referencia a todos los problemas que se relacionan con el Bioderecho, es decir, el campo en donde se combinan aspectos del derecho con aspectos básicos de la vida del ser humano y de los procedimientos médicos que son altamente invasivos en la integridad corporal. Entre los temas más importantes se incluye la maternidad subrogada, que trata sobre la creación de la vida por vía contractual, es decir, la existencia de un convenio para que una mujer desarrolle un embarazo y entregue al niño a una pareja de personas que por algún motivo no pueden procrear o no desean hacerlo; el trasplante de órganos, la eutanasia o muerte asistida y la eugenesia, entre otros.

Existen problemas que el derecho debe resolver, se trata de situaciones nuevas, de problemas que se presentan y no tienen una regulación legal suficiente para ser abordados de manera más eficiente, son situaciones que al surgir generan consecuencias jurídicas para las personas involucradas, las cuales, en ocasiones, acuden ante los tribunales para que se resuelva el conflicto.

En estos casos surge una figura compleja para los jueces, específicamente en casos difíciles de resolver, según Peñalba (2021) indica “así ocurrirá que algunas veces deberá el juez enfrentarse con situaciones críticas, complejas y hasta dolorosas, cuya solución ha de requerir, de su parte, de un esfuerzo intelectual y de voluntad significativamente

mayor” (p. 790).

En ese sentido, se puede afirmar que los jueces deben resolver casos que no cuentan con normativa vigente o precedente alguno y la decisión debe ser tomada en función de su parecer, experiencia y equidad. Así, la maternidad subrogada es exactamente una situación de esa naturaleza. En Guatemala, no existe una regulación legal específica en relación al tema y por eso surge la inquietud por conocer de qué se trata esta figura, lo cual incide en el interés superior del niño y algunas consecuencias jurídicas que emanan de ella.

2. Derecho a tener derechos

El ser humano es sujeto de protección por parte del Estado, el cual debe garantizar a cada persona el libre ejercicio de sus derechos humanos, así como la adecuación de las condiciones para un desarrollo individual y colectivo la sociedad, esto es un precepto claro en la vida democrática y en el estado de derecho. No obstante, es necesario cuestionarse si las personas son completamente libres para realizar cualquier acto que consideren conveniente a sus intereses o bien, si existen límites para ejercer los derechos que les son propios.

Las personas tienen la capacidad de adquirir derechos, siempre y cuando las conductas que se pretenden manifestar para ejercerlos no violenten los derechos de otros, tales como la ley o convenios internacionales, el orden público y las buenas costumbres, entre otros elementos. En ese contexto, se considera que la libertad para realizar cualquier acto que se desee no es dable, existen límites y, en el derecho contractual, la decisión para contratar efectivamente los tiene.

Las barreras para realizar negocios

jurídicos tienen relación con el objeto o naturaleza del contrato porque en determinado momento, este puede ser dañino a nivel individual o social. Sobre el tema de la decisión de contratar Reséndez (2014) indica:

La libertad de decidir, como una subespecie de derechos fundamentales, pueden entrar en conflicto entre sí o frente a derechos fundamentales y producir, en consecuencia, un impacto negativo en aspectos económicos y sociales en amplios sectores de la población, requiriéndose así la intervención efectiva del Estado para remediar dicha situación. (p. 1)

La idea descrita establece claramente que los intereses individuales de la decisión no prevalecen sobre el bien común, ya que el Estado deberá intervenir para regular y limitar los alcances de lo decidido, tal es el caso de la maternidad subrogada en Guatemala, en donde, como se ha mencionado, no existe regulación legal al respecto. Por lo tanto, todos aquellos casos en los que las personas realizan este tipo de actos, lo harán de forma clandestina y es el Estado, el que a través de los jueces debe indicar que procede legalmente.

En conclusión, las personas tienen derecho a tener derechos con las limitaciones antes mencionadas porque cabe recordar que no prevalecen intereses particulares sobre el interés público y bien común.

3. La maternidad subrogada en el contexto de los Derechos Humanos

López (2017) señala que los derechos humanos son “un conjunto de garantías y derechos inalienables que tiene el hombre, basados en la dignidad humana, que le son indispensables para su subsistencia como tal

y para su desarrollo dentro de la sociedad” (p. 20). Esta es una premisa dentro de la libertad que existe en diversas naciones; sin embargo, como se mencionó, la libertad y el ejercicio del derecho no puede ser absoluto. La maternidad subrogada no tiene cabida en la categoría de Derechos Humanos porque no existe ninguno que apruebe la mercantilización o cosificación del ser humano. En realidad, en el ámbito jurídico, la maternidad subrogada es una figura perteneciente al derecho contractual, así lo consideró la Audiencia Provincial de Valencia en la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2011 dentro del expediente número 826-2011 en la cual resolvió un caso relacionado a maternidad subrogada y señaló que esta consiste en:

Un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos.

Lo anterior quiere decir que la maternidad subrogada no puede ser incluida en los derechos reproductivos o sexuales, porque estos conceptos se refieren a temas como el espaciamiento y número de hijos, el control sobre la sexualidad y el acceso a la salud sexual, entre otros.

Con lo expuesto, se puede advertir que el tema de Derechos Humanos en el contexto de la maternidad subrogada no es algo que pueda observarse desde la perspectiva de los adultos que intervienen, porque nadie tiene el derecho humano de crear vida por medio de un contrato. En estos casos la legislación provee otro tipo de solución, por ejemplo, la

Adopción, que es una institución social que tiene como objetivo la integración familiar, la primera opción es traer al núcleo a un hijo que no lo es biológicamente, otra opción es acudir a métodos científicos como la fecundación *in vitro* o la inseminación artificial siempre que se trate de procedimientos que se lleven a cabo por la pareja que por alguna razón no pueden lograr el embarazo de forma natural.

Se considera lo anterior de esta manera, ya que, en estas circunstancias evidentemente no se realiza ninguna contratación con otra mujer o con alguna agencia que promueva la maternidad subrogada y además dentro de la pareja no está presente ningún factor económico, sino más bien han acudido a los avances científicos para solucionar un problema entre ellos. En este caso, no existe ningún problema con respecto a los derechos humanos, porque las personas que padecen alguna dificultad para la procreación deben luchar por el derecho a formar una familia sin violentar los derechos de otras personas o cosificar la vida del ser humano.

Debe recordarse que la Declaración de los Derechos Humanos (1948), artículo 16 establece que los hombres y mujeres tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia y que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Se reconoce como un derecho humano la creación de una familia. Sin embargo, la propia norma establece que la raza, nacionalidad o religión son factores que no pueden restringirlos, por lo tanto, se afirma que existen otros que si imponen cierto límite como el acudir a contratos para formarla.

El enfoque de los Derechos Humanos habrá de observarse desde la perspectiva del niño que está por nacer como consecuencia de ese contrato, ello porque el acuerdo se crea

con un fin determinado, el alumbramiento de un ser humano. En adelante, no existen cláusulas que especifiquen u obliguen a nadie a garantizar de forma efectiva el goce de los derechos humanos, la vida digna o el derecho a la identidad, el cual, en su máxima interpretación, obliga a informarle al niño sobre su origen y en estos casos quiénes son sus padres biológicos y porque fue gestado por otra persona.

4. Bioderecho

Muñoz indica que el Bioderecho puede ser definido “como la formalización de la protección jurídica de la vida frente a la tecnología biológica” (como se citó en Medina, 2021 p. 24). El Bioderecho es un conjunto de normas que tienen como objetivo defender la dignidad del ser humano frente a procedimientos médicos. Por esta razón, el estudio jurídico de la maternidad subrogada debe formar parte de esta área del conocimiento, porque es indiscutible que, como efectos de esta práctica, pueden surgir algunas figuras nuevas como la filiación.

Cabe recordar que dentro del Bioderecho se encuentra la Bioética, la cual determina lo relacionado a la ética aplicada a la vida humana cuando se utilizan conocimientos científicos en diferentes áreas, como la medicina y la biología. Hottois, define la bioética y afirma que es “un conjunto de investigaciones, discursos y prácticas, generalmente pluridisciplinarias, que tienen por objeto clarificar o resolver cuestiones con dimensión ética suscitadas por el avance y la aplicación de las tecnociencias biomédicas” (como se citó en Méndez & Silveira, 2007 p. 18).

La conceptualización que el autor ofrece acerca de la bioética es sin duda trascendente, porque establece que no se trata de un simple conjunto de normas o reglamentaciones, sino

que es un universo de prácticas que deben ser intencionadas. Este enfoque abre la oportunidad para considerar cómo la bioética puede influir en las relaciones humanas, no solo en el ámbito médico sino en todas las áreas del conocimiento científico ya que, como bien afirma el autor, estas prácticas, discursos e investigaciones son de carácter pluridisciplinario, es decir, se aplican a todas las áreas del conocimiento y por ende el de las ciencias jurídicas y sociales.

En consecuencia, debe atenderse a los distintos pensamientos sobre la relación que debe existir entre Bioética y Derecho, al respecto Méndez y Silveira (2007) afirman:

Las relaciones innegables entre la dimensión ética y la dimensión jurídica de los avances biomédicos pueden ser organizadas según esquemas diferentes, los cuales otorgan papeles distintos a la bioética y al derecho. Dos posiciones, las que sostienen la tesis de la separación tajante entre la bioética y el derecho y la que defiende la inclusión del discurso jurídico en el seno de la bioética (...) los que defienden la tesis de la separación tajante entre la bioética y el derecho suelen partir del postulado que afirma que la bioética tiene un carácter intrínsecamente ético y normativo (...) de acuerdo con la tesis de la inclusión del discurso jurídico en el seno de la bioética que es la que aquí se considera más adecuada, cuando hablamos de bioética y derecho no estamos hablando de dos instancias separadas (...) de lo que se trata es de que en la reflexión sobre la regulación de las actividades biomédicas, una parte de la misma tenga por objeto las normas jurídicas. (p. 52)

Como resultado de lo anterior, surge lo

que se denomina Bioderecho, Biojurídicos, Derecho Biológico, Biolegislación o Derecho Genético, el cual se centra en observar las consecuencias jurídicas que se producen en las actividades de la biomedicina, es decir, este conjunto de normas jurídicas, tienden a establecer reglas de conducta observables dentro de todo procedimiento médico, las cuales forzosamente habrán de tomar en cuenta a la bioética para el respeto al ser humano.

El Bioderecho es el límite para la actuación del hombre, es el recordatorio para la estricta observación de la bioética, empero, debe advertirse que, frente a este cúmulo de normativa, también está la propia persona, quien en todo caso es el titular de esos derechos. Esto es entonces lo que se conoce como bioderecho, Valdés (2015) indica que se conciben como “los derechos subjetivos individuales de autodeterminación y conservación de la identidad e integridad genéticas, así como a todas las categorías jurídicas que surgen de su consagración como derechos fundamentales” (p. 1198).

El Bioderecho, aun cuando puede ser considerado autónomo, sin duda, tiene relación con diferentes campos o áreas del derecho, pueden existir normas dirigidas al ámbito penal, al ámbito civil, al campo administrativo o al tema registral. Un ejemplo puede ser aquel niño que ha sido gestado por una mujer que ha firmado un contrato de maternidad subrogada y que, al momento de dar a luz se niega a entregarlo a los contratantes. En este momento se hará referencia al derecho civil en cuanto a la filiación o al incumplimiento de contrato; en caso que la madre lo inscriba en el caso de Guatemala ante el Registro Nacional de las Personas como hijo suyo, se tratará de derecho registral y si algunas de las conductas se tipificasen como delito, actuará el derecho penal para juzgar a quienes

resulten involucrados.

5. El contrato civil y el Bioderecho

El derecho civil estudia a la persona y los elementos inherentes a ella, De Diego afirma que se trata de:

Un conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal sujeto de derecho, y miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social. (Como se citó en Brañas 2020 p. 12)

La persona se configura como el fin supremo del Derecho por lo que debe estar protegida en todos los ámbitos de la vida. En el caso de la maternidad subrogada, no debe admitirse la creación de la vida por vía de un contrato, el cual se considera como el medio idóneo para crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones de carácter patrimonial. No obstante, a pesar de ello, el contrato contiene libertad relativa en su causa, objeto y fines, está sujeto a limitantes que taxativamente establece la ley, entre ellas las propias disposiciones legales que expresamente prohíben determinada conducta o prestación, las buenas costumbres y el orden público.

Lo anterior hace pensar que el derecho civil se sostiene sobre bases que indican que a través de él se pueden resolver conflictos o intereses personales, y que dirimirlos o regularlos está únicamente en la esfera privada, también es cierto que para satisfacer efectivamente los fines del derecho en esta categoría, debe considerarse la participación del Estado en ciertos temas, situación que no es nueva, ya que el matrimonio se encuentra regulado en el Código Civil guatemalteco

(1963) y el Estado ha impuesto normas que no son susceptibles de ser negociadas o modificadas por la sola voluntad de los contrayentes. De la misma forma, es necesario que en materia contractual y en temas exclusivos de la Bioética y Bioderecho, participe el poder estatal para resguardar los aspectos que no pueden ser invadidos por la voluntad privada manifestada en un contrato.

Debe recordarse que la autonomía de la voluntad es el principio que impera en la libertad de contratación. Sin embargo, a lo largo de la historia el poder conferido a este principio se ha matizado por el respeto a los Derechos Humanos que en determinado momento están en juego y que deben ser protegidos cuando se produce un claro desequilibrio entre las partes contratantes. Esta situación puede observarse en el contexto del contrato de maternidad subrogada, porque en un momento determinado, podría generar condiciones desiguales entre quienes intervienen, es decir entre la pareja que contrata y que posee los medios económicos para solventar un procedimiento de tal magnitud y la mujer que brinda su cuerpo para la gestación, porque ella puede estar influenciada por carencias económicas. Empero, no puede dejar de considerarse la desigualdad y la omisión de los derechos del niño que se pretende gestar ya que él, en ningún momento podrá manifestar su opinión.

Es necesario establecer si la autonomía de la voluntad realmente debe prevalecer sobre cualquier otro aspecto o si bien, en los contratos que se relacionan a la vida y la salud de las personas puede intervenir el Estado para regular requisitos, procedimientos y consecuencias jurídicas de los convenios porque en determinado momento, pueden incidir directamente en la dignidad humana, situación que forzosamente despierta el interés

de la ética y de la moralidad.

En el contexto de la Bioética y el Bioderecho, MacIntyre afirma en relación a la normatividad que debe existir sobre los fines de lo privado y lo público en los contratos lo siguiente:

La regulación, en el mundo contemporáneo, resulta tan problemática porque faltan referentes éticos de lo que son responsables la sociedad liberal y el capitalismo, que solo buscan el propio interés y la satisfacción egoísta de las necesidades individuales. El recurso masivo al derecho se produce cuando los sistemas morales han fracasado y es necesario dar una respuesta política al vacío moral. Es decir, en la esfera jurídica, la falta de homogeneidad ética obliga a la proliferación legislativa. Cuantas más diferencias hay en las concepciones éticas de las diferentes personas y grupos de personas, mayor debe ser la labor de creación jurídico-legislativa, regulando con mayor amplitud zonas que antes quedaban al amparo de la ética y de las convicciones comunes compartidas. (Como se citó en Beloso, 2016 p. 177).

Resulta interesante el hecho que la legislación debe dirigirse a nuevas áreas de estudio, a nuevos problemas que se producen por los avances tecnológicos relacionados a la medicina y a las personas que acuden a ella en busca de soluciones. El ejemplo claro se encuentra en los llamados contratos biojurídicos, es decir, aquellos que tratarán de normar procedimientos en los que se ve comprometida la vida, la salud, la integridad y dignidad de la persona que se somete a ellos.

Es impensable que el Estado no intervenga, porque no es posible que aquellas

personas a quienes no puede tomárseles su opinión o efectivizárseles sus derechos no sean protegidas por el ente que puede hacerlo, lo cual logra a través de la emisión de normativa que delimite la actuación de los profesionales que participan en estos contratos. En el caso de la maternidad subrogada, esto se debe reflejar en el irrestricto respeto al interés superior del niño.

Si bien es cierto que en el derecho privado el Estado tradicionalmente se ha limitado a establecer ciertas bases legales de actuación, también lo es que con la evolución de los derechos humanos, otras ramas del conocimiento, como lo es el derecho civil, deben dejar atrás la dureza de sus principios y permitir, donde corresponde, que se expandan la ideas a sistemas formados no solo por la ley escrita sino también por valores y reglas de carácter ético, esto porque no debe olvidarse que el fin máximo del derecho es la realización de la justicia y la paz social.

El contrato en Guatemala está sujeto a ciertos requisitos para su validez, estos se refieren a la capacidad del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicios y al objeto. La capacidad claramente se refiere a la aptitud que por la mayoría de edad tiene la persona para poder ejercer actos de la vida civil, en cuanto al consentimiento, la ley establece que no debe existir en él, error, dolo, violencia ni simulación, estos son los vicios que pueden afectarlo.

El elemento que interesa en el contexto de la maternidad subrogada y el contrato es el que hace referencia al objeto, porque el mismo debe ser lícito, posible y determinado. En este sentido, puede indicarse que en la gestación subrogada el objeto es la vida, la cual puede ser posible y está determinada, y se sabe que eso es lo que se desea en el contrato. Empero, es la licitud la característica que resulta

controversial porque surgen preguntas como: ¿Es la vida objeto de un contrato? ¿Puede utilizarse el cuerpo humano como mercancía? ¿Puede una mujer utilizar sus órganos como herramienta dentro de un negocio jurídico?, las respuestas a estas interrogantes tienen estrecha relación con la moral, la ética y bioética.

El contrato civil para poder respaldar la maternidad subrogada debe tener regulaciones legales que permitan establecer los requisitos, procedimientos y efectos del negocio jurídico. No obstante, seguirá siendo discutible su procedencia en vista que se utiliza la vida y el cuerpo humano como mercancía. En cuanto a la libertad de la mujer para utilizar su cuerpo para los beneficios que ella considera le son propios, se advierte que en este tipo de negocios biojurídicos no interviene únicamente un conjunto de órganos del cuerpo humano que se colocan al servicio del contrato, porque el efecto principal es gestar a una persona y entregarla a quienes lo han encargado. Esta circunstancia escapa ya de la decisión de la persona de brindar su cuerpo, porque involucra los derechos del niño que está por nacer e incluso padecer ella misma problemas que pueden originarse en virtud del alumbramiento, estas dificultades se mencionarán más adelante.

6. Aspectos del contrato entre los padres intencionados y la mujer gestante

En el contrato que se celebra para llevar a cabo la maternidad subrogada, existen cláusulas que determinan derechos y obligaciones entre los intervinientes. Estos se refieren básicamente a que la mujer que presta su cuerpo para la gestación, tendrá derecho a recibir de los interesados todo lo relacionado con gastos de embarazo, atención médica, medicamentos, suplementos vitamínicos, en algunos casos alimentación especial,

asesorías médicas y legales. Por su parte, la pareja interesada tendrá el derecho de verificar la forma en la cual la mujer está cuidando su embarazo, el régimen de alimentación, la toma de suplementos que ayuden al crecimiento y salud fetal y lo más importante, tienen el derecho a que una vez se produzca el alumbramiento, les sea entregada la persona recién nacida.

En cuanto a las responsabilidades: la mujer gestante se compromete a observar todas las prescripciones médicas, alimenticias, preventivas y de cualquier índole que permitan tener un embarazo sano y poder llegar satisfactoriamente al alumbramiento. Por último, debe mencionarse el elemento de la compensación económica, el cual es el que convierte a la maternidad subrogada en un verdadero negocio jurídico. En este caso, la persona que autoriza el uso de su cuerpo para gestar, pacta en un contrato la cantidad de dinero que desea recibir a cambio del servicio que brindará. Es aquí en donde se toma la vida como un objeto de comercio y de contrato, se cosifica a las personas, tanto el niño como a la gestante.

Algo sumamente interesante es la inclusión de aspectos relacionados con diferentes problemas, por ejemplo, cómo solucionar un aborto, sea provocado o no, cómo solucionar la negativa de la madre a entregar al recién nacido, el divorcio de la pareja contratante o la muerte de uno de ellos antes del alumbramiento, el nacimiento de gemelos, las enfermedades del feto o síndromes que afecten su vida fuera del cuerpo de la gestante entre otros.

7. Incidencia negativa del contrato de maternidad subrogada en el Interés Superior del Niño

La Convención sobre los Derechos del

Niño (1989) artículo 3 establece que en todas las decisiones que tomen las autoridades administrativas, legislativas y judiciales de los Estados parte, relacionadas con los niños, debe prevalecer su Interés Superior. Esta norma posee alcances tan amplios que es considerada como un principio inmutable y como una garantía procesal. Todos aquellos actos de vida relacionados al niño deben ser protegidos y en Guatemala, la Constitución Política de la República (1985) artículo 3 señala claramente que el alcance de esa protección se da desde la concepción; por ello, ningún acto que afecte a la persona concebida, puede tener validez y producir efectos legales.

En ese sentido, cabe mencionar que la maternidad subrogada afecta de forma inmediata el interés superior del niño en dos momentos: el primero es antes del nacimiento de la persona, es decir, en el momento en el que se decide formalizar el contrato, porque se cosifica al ser humano y porque resulta imposible tomar la opinión de una persona que nacerá por disposiciones contractuales. El segundo momento se refiere a los problemas que pueden originarse como producto del alumbramiento, cabe recordar que el interés superior del niño es un concepto que se ayuda de la protección integral, la cual es la doctrina o la visión vigente en el Derecho de Niñez y Adolescencia, se trata de alcanzar cada aspecto de la vida para protegerla desde la concepción y por ello este enfoque no admite prácticas violatorias de la identidad del niño, de su calidad de persona, de su dignidad y de recibir condiciones de vida dignas.

Dentro de los aspectos que se ubican después del nacimiento pueden mencionarse los siguientes:

7.1. Aborto

En el contrato de maternidad subrogada

pueden incluirse cláusulas relativas al aborto; entre los motivos de este elemento puede mencionarse el arrepentimiento que la madre gestante o los padres intencionados manifiesten para seguir con el contrato y sus efectos. Es en estos casos en donde cabe preguntarse si la vida puede iniciarse y terminarse en el momento en el que personas adultas lo decidan.

El aborto tiene una connotación médica y otra jurídica, en el ámbito guatemalteco, el único caso en donde esta figura no es un delito es cuando, previos exámenes para determinar que no existe otra posibilidad, se recomienda por médicos. En todos los demás casos el aborto está tipificado como delito.

7.2. Arrepentimiento de la madre gestante

En este aspecto, es válido preguntarse qué sucederá si la mujer que ha dado su cuerpo para la gestación se arrepiente y no entrega al niño. El problema es grave, porque aun cuando en el contrato se haya aceptado por parte de la madre gestante que esa es la prestación que le es inherente, puede negarse aduciendo que el niño nacido es producto de su cuerpo, de su sangre y de sus órganos, y que sobre el derecho a la maternidad no puede primar un contrato.

En Guatemala, se conoció un caso en el que sucedió el arrepentimiento de la gestante. El niño tuvo que ser ingresado al sistema de justicia nacional y, a través de un juez especializado en materia de niñez y adolescencia, se le brindó como medida de protección su colocación con

una persona distinta a la madre gestante y a la pareja intencionada. Con ello, se observa que quien resultó judicializado fue el niño, y en la sentencia del caso se declaró la violación de sus derechos humanos, entre ellos el derecho a la familia, a la dignidad, a la identidad y, por supuesto el interés superior del niño.

7.3. Nacimiento de gemelos

Se plantea la posibilidad que, como resultado de los procedimientos médicos para lograr la gestación en la mujer que brinda su vientre en alquiler, pueda producirse el embarazo gemelar. Esta situación es delicada porque si el contrato fue redactado para que a los padres intencionados les fuera entregado únicamente un bebé, ¿qué pasa con el otro niño que nace?, las opciones pueden ser que los padres contratantes acepten a los dos niños, que acepten y seleccionen uno de ellos, dejando al otro bebé para que la mujer que ha dado a luz decida si lo conserva o lo da en adopción. Estas situaciones reflejan claramente que el niño o niños pueden ser tratados como objetos de acuerdo con la conveniencia y voluntad de las personas adultas.

7.4. Síndrome de Down

El problema aumenta en el caso que el bebé presente problemas como síndrome de Down o enfermedades críticas, ya que los padres comitentes pueden negarse a recibirlo y dejarlo como algo que puede ser desechado porque no cumple con las cualidades o requisitos que ellos necesitan en una persona.

Conclusiones

Según los resultados de las entrevistas efectuadas a personas expertas en Derecho de Niñez y Adolescencia puede destacarse que la visión que se tiene sobre la maternidad subrogada es negativa. Se le considera como una decisión tomada por adultos que no toma en consideración las posibles repercusiones en la vida de un niño. Han manifestado que dicha figura no respeta el interés superior del niño porque responde a deseos de personas adultas

de ser padres y formar una vida por vía de contrato sin garantizar de ninguna forma las futuras consecuencias que el mismo puede tener u originar.

La maternidad subrogada dejó de ser una figura de ayuda y se convirtió en un negocio jurídico que contiene verdaderas prestaciones económicas y toma como objeto la vida y la cosificación del cuerpo humano.

Recomendaciones

Cada Estado debe proteger la vida de la persona, su identidad, su integridad y en el caso del niño privilegiar su interés superior en cada decisión que se pueda tomar.

En caso de que existan situaciones como la descrita, el niño debe ser protegido de forma inmediata a través de los procesos legales instaurados en el país, porque con la sentencia dictada, se podrá restaurar los mismos.

Referencias bibliográficas

- Belloso N. (2016). Presupuestos teóricos jurídicos de los contratos biojurídicos. *Revistas Universidad de Navarra*, 169-221. <https://doi.org/10.15581/011.72.169-221>
- Brañas, A. (2020). *Manual de Derecho Civil*. Estudiantil, Fénix.
- Código Civil. Decreto Ley 106. 14 de septiembre de 1963. Guatemala.
- Constitución Política de la República de Guatemala. 31 de mayo de 1985. Guatemala
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Organización de las Naciones Unidas.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Organización de las Naciones Unidas.
- López, R. (2017). *Curso de Derechos Humanos*. Guatemala: Servicios Diversos MR.
- Medina, M. (2021). *Manual de Bioética y Bioderecho*. México D.F.: UNAM.
- Méndez, V., & Silveira, H. (2007). *Bioética y Derecho*. Barcelona: UOC. Obtenido de <https://books.google.co.ve/books?id=zbeDDH7oZ3oC&printsec=copyright#v=onepage&q&f=false>
- Peñalba, G. (2021). Lo difícil de los casos difíciles. 785-812. Obtenido de <https://revistas.unlp.edu.ar/https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/11954/12058>
- Reséndez Bocanegra, P. J. (16 de diciembre de 2014). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3827/8.pdf>. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3827/8.pdf>
- Valdés, E. (2015). Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1197-1228.

Msc. Roberto Eduardo Rodríguez Pappa

El autor es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado, Notario y Magister Scientiae en Derecho Civil y Procesal Civil habiendo egresado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, cuenta con Diplomados en Derecho Penal auspiciado por la Universidad de San Carlos de Guatemala y la Universidad de Valencia, España. Fue Coordinador del Diplomado “Proceso de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal y Proceso de Protección de Niñez y Adolescencia” auspiciado por el Colegio de Abogados y Notarios de

Guatemala y Expositor en el Congreso Jurídico “Procedimiento especial de Aceptación de cargos desde el punto de vista de la defensa, Ministerio Público, juez y juez de Ejecución de la sentencia” en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala ha sido docente de más de quince diferentes cursos en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Sede Tierra Nueva de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala.