

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA

2ª ed. (1ª en Tirant)

Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores



CFL | CAMBRIDGE
FAMILY LAW

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© VVAA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-497-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

CAPÍTULO 7

La gestación por subrogación en Guatemala

Jennie Aimée Molina Morán*

* Abogada y notaria, magíster en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad de San Carlos de Guatemala, docente de la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial de Guatemala y juez de familia por oposición con más de 22 años de carrera judicial. Correo electrónico: janmolimor@gmail.com.

SUMARIO: A. Marco legal general; B. Acuerdos de gestación por subrogación en general; C. Paternidad y maternidad legal al momento del nacimiento; D. Elegibilidad para la gestación por subrogación; E. Transferencia de la paternidad o maternidad; F. Agencias y criminalización. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación; G. Conclusiones. Bibliografía.

A. Marco legal general

Cabe iniciar el abordaje del tema con la definición de lo que constituye la gestación por subrogación —a la que también se hace referencia con otras denominaciones, tales como maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, alquiler de vientre, maternidad de encargo, etc.—,¹ la cual es una práctica en la que intervienen múltiples actores: padres comitentes, contratantes o intencionales; la gestante, madre sustituta o "madre de alquiler"; el donante de esperma o la donante de óvulos; clínicas especializadas, agencias intermediarias.²

En cuanto a su formalización, Scotti explica:

El recurso a la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la gestante, la madre

¹ Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret* 3, 2012, p. 4.

² Scotti, Kuciana Beatriz, "La gestación por sustitución y el derecho internacional privado. Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", *Revista de la Facultad de Derecho* 38, 2015, p. 219.

subrogada, madre de alquiler o madre portadora acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados padres intencionales, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.³

El acuerdo puede ser comercial, que es cuando existe una motivación económica y media el pago de un precio a la gestante; o altruista, sin que medie pago alguno, reconociéndose en ocasiones únicamente los gastos razonables generados por el embarazo.

En líneas generales, la gestación por subrogación presenta dos modalidades: la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*) y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera modalidad, la persona gestante también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermia del padre comitente o de un donante. En la gestación por subrogación gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una persona diferente de la gestante, que normalmente es la comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco, o bien una donante anónima.⁴

La gestación por subrogación es una práctica que comporta controversia ética, social y legal; muestra de ello es su dispar regulación en el mundo, pues mientras algunos países la prohíben, otros la regulan de manera amplia y permisiva. Entre estos dos extremos están los que la permiten, pero con estrictas regulaciones; los que la regulan, pero no de forma suficiente y concreta, y los que no cuentan con ninguna regulación, ni específica sobre la práctica ni general sobre las técnicas de reproducción humana asistida, como es el caso de Guatemala.⁵

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

⁵ "Muchos países, como Argentina, Bélgica, Guatemala, Irlanda y Japón, y muchas jurisdicciones de los Estados Unidos no han promulgado hasta la fecha legislación en materia de gestación por susti-

Doctrinariamente, en Guatemala aún no se han definido posiciones claras en la comunidad científica, médica y jurídica a favor o en contra de la gestación por subrogación. Algunos médicos que la practican, al ser entrevistados, se manifestaron a favor, argumentando que hace posible la paternidad y maternidad a parejas que de otra manera no podrían lograrlo, debido a problemas de fertilidad o por daños en el útero. Consideraron, además, que la infertilidad causa sufrimiento a quienes la padecen, pero también estigma social y conduce, con frecuencia, al rompimiento matrimonial o de pareja, por lo que la práctica abona positivamente a la estabilidad de las familias. Estuvieron de acuerdo en el aspecto de que, no obstante, debe ser regulada para evitar los abusos o su banalización.⁶

En la comunidad mundial científica existen posiciones encontradas, que apoyan su práctica o que la rechazan.

Entre los argumentos en contra, muchos de ellos naturalmente relativos a los derechos y a la dignidad de la niñez, un sector de la opinión feminista considera, entre otras cosas, que la práctica tiene un sesgo discriminatorio, particularmente cuando el encargo se asume por mujeres en situación precaria de países no desarrollados,⁷ lo que es de particular importancia y debería ser considerado por los Estados con economías emergentes, como Guatemala, al legislar acerca de la gestación por subrogación, por la especial situación de vulneración en la que podrían encontrarse las mujeres y, en consecuencia, los niños y las niñas por ellas gestados, debido a la realidad económica, social y cultural de estos países.

tución, ya sea prohibicionista o permisiva, con lo cual los tribunales y las autoridades competentes se ven obligados a articular sus propias respuestas a la práctica de la gestación por sustitución a medida que esta evoluciona", Informe A/HRC/37/60, de M. B. Buquiccio, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, 15 de enero de 2018, párr. 16, p. 6. Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

⁶ Entrevistas realizadas en mayo de 2021, las fuentes pidieron confidencialidad.

⁷ Tribuna Feminista. "Las 25 razones de las feministas mexicanas contra el alquiler de vientres". Disponible en: «<https://tribunafeminista.elplural.com/2018/12/las-25-razones-de-las-feministas-mexicanas-contra-el-alquiler-de-vientres/>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

En Guatemala, aunque la gestación por subrogación no se ha abordado para su formal discusión médica, ética y jurídica con miras a su regulación legal —o a su prohibición, en su caso—, debido probablemente a que aún no se han presentado conflictos jurídicos —o no los suficientes— que obliguen a ello, la realidad es que se trata de una práctica, que a su vez involucra técnicas de reproducción humana asistida (TRA) que se realiza en el país, en cualquiera de sus modalidades, según información proporcionada por los médicos entrevistados en la investigación realizada, quienes, además, como se evidencia por medio del caso que se analizará más adelante, confirmaron que existen en el país bancos de espermatozoides, de óvulos y de embriones.

La página web de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (Red Lara) registra un solo centro guatemalteco asociado;⁸ sin embargo, no es el único en el país que lleva a cabo las TRA, pues existen al menos cinco clínicas de reproducción humana asistida que lo hacen,⁹ pero que no han sido acreditadas por la Red. Además, el único centro asociado no es el que realizó la práctica en el caso número 3590-2016 sobre gestación por subrogación conocido por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Significa, entonces, que existe al menos una clínica que sí la lleva o la ha llevado a cabo sin estar acreditada por la Red Lara.

En la investigación realizada en la página web del organismo legislativo de Guatemala, se observó que no existe más que una iniciativa de ley con cierta relación con las TRA: la 2976, del 18 de febrero de 2004,¹⁰ que propone crear la ley para prohibir la clonación humana. Fuera de este

⁸ Según su página, la Red Lara es una organización científica y educativa que agrupa y regula centros de América Latina especializados en reproducción asistida. Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Disponible en: «https://redlara.com/quem_somos.asp?MYPK3=Centros¢ro_pais=Guatemala». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

⁹ Por ejemplo, véanse Procrea: «www.centroprocrea.com». [Consultado el 29 de agosto de 2021]; Santa María Centro de Fertilidad: «<https://santamariacentrodefertilidad.com>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].; Fertility Guatemala: «<https://www.drrodrigosalgueroruata.com/servicios>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

¹⁰ Congreso de la República de Guatemala. Disponible en: «<https://www.congreso.gob.gt/>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

caso, no existe otra en proceso legislativo, en el Congreso de la República, al menos para la fecha de la consulta, relacionada con el tema.

Pero aunque no exista legislación específica sobre la gestación por subrogación, sí existe un marco legal general modelador de una posible regulación futura, así como disposiciones normativas que en la actualidad condicionan la forma como se lleva a cabo la práctica que, no siendo prohibida, para alcanzar sus objetivos precisa de rozar o derechamente caer en actos que podrían comportar responsabilidad de tipo penal. Esto último se abordará más adelante.

En relación con lo primero, el concepto de la dignidad humana, el respeto que los seres humanos merecen como tales, constituye uno de los límites normativos. El reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana es una de las bases sobre las que se asienta la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹¹ como reza su preámbulo.

En particular, enfatizando naturalmente la especial protección de los grupos vulnerabilizados que intervienen en la práctica —las mujeres y la niñez— y a tenor de la Declaración de los Derechos del Niño¹² y de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la niñez necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.¹³ La vida de los niños y niñas goza de protección desde el momento de la concepción, como se deduce de lo anterior y del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁴ lo que, además, se alinea con el artículo 3 de la Constitución

¹¹ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre 1948.

¹² Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

¹³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Guatemala el 10 de mayo de 1990 e incorporada al derecho interno mediante Decreto 27-90. Congreso de la República de Guatemala. Disponible en: «https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/1357». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

¹⁴ Suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978 e incorporada al derecho interno mediante el Decreto 6-78.

Política de la República de Guatemala (CPR), el cual preceptúa que el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

Esto es de gran relevancia dentro del contexto de la gestación por subrogación, por la tutela, desde antes del nacimiento, de los derechos de la niñez, el respeto de su dignidad como seres humanos y la prevalencia de su interés superior, así como en cualquier técnica de reproducción humana asistida.

Los niños, niñas y adolescentes, además y conforme el artículo 7 de la CDN, tienen derecho desde que nacen a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

En el artículo 8 de la CDN, los Estados parte se han comprometido a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. El respeto de estos derechos es un compromiso de los Estados parte de la CDN, entre ellos, Guatemala.

Desde el punto de vista de los derechos de la mujer, en especial, de la gestante, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)¹⁵ recuerda que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derecho y del respeto de la dignidad humana. Tiene presente, también, la importancia social de la maternidad y que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación. El artículo 6 preceptúa que los Estados parte tomarán las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres.

¹⁵ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Ratificada por Guatemala el 8 de julio de 1982 e incorporada al derecho interno mediante el Decreto ley 49-82.

La Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer¹⁶ considera, en su artículo 4, dentro de los derechos protegidos, el derecho a que se respete la dignidad inherente a la mujer y a que se proteja a su familia. La CPR, por su parte, en el artículo 52, preceptúa que la maternidad tiene la protección del Estado, el que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven.

Se resalta esta legislación en torno a los derechos de las mujeres como marco referencial de una posible regulación legal, en cualquier sentido, de la gestación por subrogación en Guatemala, porque, por un lado, constituye parte del bloque de constitucionalidad del Estado a cuya observancia está obligado y, por otro, porque no puede dejarse de lado la consideración de la realidad de que Guatemala es un país en vías de desarrollo, en donde los especiales niveles de pobreza de las mujeres podrían colocarlas en una situación aún más vulnerable de aprovechamiento de su función reproductora para fines económicos.

Según el Informe A/HRC/37/60 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, los contratos internacionales de maternidad subrogada presentan diversas pautas transfronterizas. Lo normal ha sido que aspirantes a progenitor de países desarrollados, entre ellos Alemania, Australia, Canadá, España, Estados Unidos de América, Francia, Israel, Italia, Noruega y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, concierten contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada con madres de alquiler de países en desarrollo, como Camboya, India, Nepal, República Democrática Popular Lao y Tailandia.¹⁷

En la página web del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas se lee:

¹⁶ Adoptada por la Organización de los Estados Americanos el 9 de junio de 1994. Ratificada por Guatemala el 4 de enero de 1995 e incorporada al derecho interno mediante el Decreto 69-94.

¹⁷ Informe A/HRC/37/60, párr. 14, p. 5.

Existe una creciente inquietud por el hecho de que la práctica de contratar a madres subrogadas en Estados con economías emergentes para que tengan hijos de futuros padres más ricos de otros Estados conlleva desequilibrios de poder y, por lo tanto, riesgos tanto para los hijos como para las madres subrogadas.¹⁸

Por otra parte, los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, contenidos en los artículos 5, 7 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forman parte del marco legal, los que obviamente deberán ponderarse en relación con la legislación protectora mencionada. La bioética deberá tener también un papel protagónico en el diseño de la legislación específica.¹⁹

Cabe detenerse aquí en los informes de la relatora especial de 2018 y 2019, en los que se observa cierto contraste.

Por ejemplo, en el informe de 2018, párrafos 41 a 51, la Relatora se refirió a la gestación por sustitución y venta de niños, indicando en el párrafo 41 que la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos.²⁰

¹⁸ Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. "Surrogacy". Disponible en: «<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/Surrogacy.aspx>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

¹⁹ "Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos protegen el derecho a 'fundar una familia' o el derecho al 'respeto de la vida privada y familiar'. La expresión 'derecho a procrear' se emplea en algunos sistemas jurídicos nacionales, pero no aparece en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Partiendo de este orden de argumentos, a veces se sostiene que todos los adultos tienen derecho a crear una familia y criar hijos. Sin embargo, se reconoce que el derecho internacional no prevé un 'derecho a tener un hijo'. Un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un 'derecho a tener un hijo' suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad. Debe resistirse con firmeza el enfoque basado en el 'derecho a tener un hijo', pues se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos", Informe A/HRC/37/60, párr. 64, pp. 17-18.

²⁰ *Ibidem*, pp. 13-15.

Sin embargo, en el informe de 2019, en el párrafo 76 lo matiza, al indicar:

Además, en lo que respecta al concepto específico de la venta de niños, si bien el análisis de la cuestión en cuanto a la gestación por sustitución sigue vigente (A/HRC/37/60, párrafos 41 a 51), es necesario matizarlo con mayor detalle teniendo en cuenta las diversas realidades de todo el mundo. La primera prioridad debe ser la prevención de la mercantilización de los niños, y en particular el rechazo del "derecho a tener un hijo" (ibid., párr. 64 y 65), al mismo tiempo que se garantizan los derechos de todas las demás partes interesadas implicadas.²¹

A pesar de una búsqueda exhaustiva, no se localizaron informes u opiniones de asociaciones médicas o de bioética guatemaltecas en las que adoptaran alguna posición en relación con la gestación por subrogación. Se solicitó información pública al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social de Guatemala, respecto a si existen reglas legales o administrativas sobre la práctica, o si es simplemente una práctica médica sin regulación legal. O si está regulada a través de otros mecanismos, como juntas médicas u organismos profesionales, o si se cuenta con alguna autoridad especializada que la supervise. La respuesta fue: "No es posible brindar lo requerido, debido a que dentro del sistema oficial del MSPAS no se registran [sic] la gestación por subrogación".²²

La misma respuesta se obtuvo en relación con el número estimado de nacimientos por gestación por subrogación en Guatemala.

La falta de regulación jurídica deja al arbitrio de las clínicas especializadas la determinación de los límites de las TRA en general y de la gestación

²¹ Informe A/74/162 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, del 15 de julio de 2019, p. 19. Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/74/162>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

²² Expediente UNIP-SI-566-2021, del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social de Guatemala, del 29 de marzo 3 de 2021.

por subrogación en particular, los que probablemente no siempre se inspiren en la bioética ni en el derecho, sino en los intereses económicos.

B. Acuerdos de gestación por subrogación en general

Los contratos de gestación por subrogación no están regulados de manera específica en Guatemala, como fue indicado en líneas anteriores. Sin embargo, debe analizarse si conforme a la legislación nacional, que regula de manera general el derecho de obligaciones y los contratos, podría legalmente celebrarse un contrato que naciera a la vida jurídica y produjera efectos de este tipo.

El artículo 1301 del Código Civil²³ guatemalteco establece que hay nulidad absoluta en un negocio jurídico cuando su objeto es contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia, y que los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidables por confirmación. Los requisitos esenciales del negocio jurídico están regulados en el artículo 1251 del Código, y son capacidad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

No fueron localizados estudios doctrinarios que de manera específica abordaran la viabilidad jurídica, o no, de un contrato de gestación por subrogación en Guatemala; sin embargo, en este estudio se considera que un contrato de gestación por subrogación, sea tradicional o gestacional, comercial o altruista, y dado que el bloque de constitucionalidad guatemalteco está conformado por normas nacionales e internacionales de este rango que de manera especial protegen a la niñez y a la mujer, no podría ser considerado válido jurídicamente y, por supuesto, tampoco ejecutable, por dos razones: su objeto sería contrario al orden público, entendiendo

²³ Decreto ley 106 del jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

éste como el "Conjunto de condiciones legal y reglamentariamente establecidas que, respetando los principios constitucionales y los derechos fundamentales, determinan las reglas mínimas de convivencia en el espacio público",²⁴ puesto que, por un lado, el objeto de la transacción sería la entrega de un ser humano, inadmisibles por su condición de sujeto y no de objeto, y, por otro, porque conforme el artículo 47 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (LEYVET),²⁵ que adicionó el artículo 202 ter al Código Penal y reguló el delito de trata de personas, la subrogación podría encuadrar en alguno de los supuestos del tipo penal indicado, como se verá más adelante.

La otra razón la constituye el hecho de que la existencia de un objeto lícito es uno de los requisitos esenciales de la existencia del negocio jurídico. El artículo 1319 del Código Civil preceptúa que toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa; el artículo 1538 del Código señala: "Objeto del contrato. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que exista". Un ser humano no es una cosa, sino una persona con dignidad y derechos; por tanto, no es un objeto de derecho, sino sujeto de derechos.

En cuanto a la gestación por subrogación de tipo comercial, el mencionado artículo 47 de la LEYVET contempla, dentro de los supuestos del delito, la venta de personas. La CPR, en los artículos 1 y 4, preceptúa que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, y que ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Concluyendo con que un contrato de gestación por subrogación, de acuerdo con la legislación nacional, no estaría conforme al orden público y su objeto no sería lícito.

²⁴ *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Orden público. Disponible en: «<https://dpej.rae.es/lema/orden-p%C3%BAblico>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

²⁵ Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

Los argumentos anteriores encuentran fundamento en la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el único caso sobre gestación por subrogación que ha llegado hasta esa instancia, identificado como expediente 3590-2016.²⁶

En este caso, quedó determinada la existencia de un acta —no se indica quién la redactó, pero es probable que fuera un notario— en la cual, bajo juramento de ley, la señora A., la gestante —quien aportó el gameto femenino— manifestó que daba anuencia para recibir inseminación artificial con espermatozoides del señor M. y que al producirse el alumbramiento le haría entrega del niño al padre ya identificado, quien le proporcionaría, entre otros rubros, la suma de 30,000 quetzales cuando se produjera el parto. El señor M. era conviviente de la señora C., quienes criarían al niño, y el procedimiento se llevó a cabo en una de las clínicas de reproducción humana asistida más reconocidas del país. El niño nació el 9 de agosto de 2011.

El caso llegó a los estrados judiciales aproximadamente en 2013, a juzgar por la fecha de la sentencia del juez de Primera Instancia de Niñez y Adolescencia, debido a los conflictos entre el señor M. y la señora C. a raíz de su separación, respecto a la guarda y custodia del niño, habiéndose sumado al proceso la madre biológica, señora A. El juez mencionado, en sentencia del 24 de octubre de 2013, resolvió otorgarle el cuidado del niño a los abuelos paternos y, además, certificar al orden penal, entre otras personas, en contra:

- Del médico de la clínica de reproducción asistida, que extendió la certificación de nacimiento del niño, por los presuntos delitos de perjurio y falsedad material.

- De la señora C., por los presuntos delitos de trata de personas, falsedad material y uso de documentos falsificados.

²⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 3590-2016. Disponible en: «<https://cc.gob.gt/>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

- De la señora A., por los presuntos delitos de chantaje, trata de personas, uso de documentos falsificados y perjurio.

- Del señor M., por los presuntos delitos de trata de personas, uso de documentos falsificados y amenazas.

- Del Director Ejecutivo del Registro Nacional de las Personas de Guatemala, por la existencia de dos certificaciones de nacimiento, una, con fecha de nacimiento del niño 9 octubre 2011, en donde figuraba como madre la señora A., sin padre registrado; y otra, con fecha de nacimiento del niño 11 octubre 2011, en donde figuraban como padres del niño, el señor M. y la señora C.

Tanto la señora A. como la señora C. interpusieron recurso de apelación, el que fue conocido por la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, que en sentencia del 27 de enero de 2014 acogió el recurso de la señora C. y revocó parcialmente la sentencia, fijando abrigo definitivo compartido entre el señor M. y la señora C. de la siguiente forma: una semana para cada entorno familiar. Además, ordenó certificar al orden penal contra la clínica y dejó sin efecto las demás órdenes de certificación para la investigación de los posibles ilícitos.

El señor M. y sus padres, estos últimos en calidad de abuelos paternos del niño, interpusieron la acción de amparo en contra de la resolución anterior, ante la Corte Suprema de Justicia, la que en primera instancia confirmó el fallo de la Sala.²⁷ En consecuencia, las personas mencionadas

²⁷ En el tercer considerando de la sentencia se observa la transcripción que hace la Corte de Constitucionalidad del argumento de la Corte Suprema de Justicia: "Al respecto esta Cámara estima que ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que situaciones como la presente se realicen en la práctica; si bien es cierto, es necesario regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas jurídicos que las técnicas de reproducción asistida generan, estas aún no se encuentran regidas por leyes o disposiciones". Contra eso, argumenta la Corte de Constitucionalidad: "Aun cuando en la legislación guatemalteca no se encuentra regulada la maternidad subrogada, en su modalidad de alquiler de vientre para implantar un óvulo fecundado, por imposibilidad física de la madre biológica para poder albergarlo con éxito en su vientre; sin embargo, sí existen leyes prohibitivas expresas para que una mujer procee un niño y, mediante un beneficio económico o de otra índole, lo entregue sin control del Estado a otras personas para que éstas lo asuman como hijo propio".

interpusieron el recurso de apelación ante la Corte de Constitucionalidad, girando su inconformidad sobre todo en torno a la revocación del abrigo definitivo del niño con los abuelos paternos en calidad de familia ampliada; en que la señora C. no era la madre biológica, pero se le confirieron derechos maternales sobre el niño, y en que la custodia compartida de siete días alternos en cada entorno familiar resultaba lesiva al niño, porque ya estaba estudiando y la señora C. y el señor M. residían en circunscripciones departamentales distintas y lejanas.

La Corte de Constitucionalidad al resolver argumentó, entre otras cosas,

En el caso que subyace, es evidente que los mencionados en el párrafo precedente, atentaron contra la dignidad del niño cuyo cuidado y guarda se litiga en el referido proceso, pues convinieron la procreación y disposición de un niño, como si éste fuera un objeto y no un sujeto de derechos, a cambio de un beneficio económico determinado; lo cual se encuentra taxativamente prohibido en nuestra legislación. De aquellos actos, se denota violación a los derechos del niño, entre ellos el derecho a la identidad previsto en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño...

Asimismo, existen normas prohibitivas expresas que tipifican estos actos, entre otros, Trata de Personas con fines de adopción irregular, todo ello, en cumplimiento de convenios e instrumentos internacionales de los cuales Guatemala es signataria y parte, tales como la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas. En estos instrumentos, el Estado se comprometió a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar el delito de trata de personas, lo cual concretó el Estado de Guatemala, al poner en vigencia el Decreto 9-2009 del Congreso de la República, Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, que en su artículo 47 adiciona el artículo 202 Ter al Código Penal establece: "Constituye delito de

trata de personas la captación, el transporte, traslado, retención, acogida o recepción de una o más personas con fines de explotación. Quien cometa este delito será sancionado con prisión de ocho a dieciocho años y multa de trescientos mil a quinientos mil quetzales. En ningún caso se tendrá en cuenta el consentimiento prestado por la víctima de trata de personas o por su representante legal. Para los fines del delito de trata de personas, se entenderá como fin de explotación: La prostitución ajena, cualquier otra forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, cualquier tipo de explotación laboral, la mendicidad, cualquier forma de esclavitud, la servidumbre, la venta de personas, la extracción y el tráfico de órganos y tejidos humanos, el reclutamiento de personas menores de edad para grupos delictivos organizados, **adopción irregular, trámite irregular de adopción**, pornografía, embarazo forzado o matrimonio forzado o servil.²⁸

Consideró también, que

Aun y cuando en la legislación guatemalteca no se encuentra regulada la maternidad subrogada, en su modalidad de alquiler de vientre para implantar un óvulo fecundado, por imposibilidad física de la madre biológica para poder albergarlo con éxito en su vientre, sí existen leyes prohibitivas expresas para que una mujer procrea un niño y, mediante un beneficio económico o de otra índole, lo entregue sin control del Estado a otras personas para que éstas lo asuman como hijo propio.²⁹

Si bien, el señor M. aparece según las constancias procesales como padre biológico del niño, esta circunstancia no le exime de haber pactado mediante un beneficio económico (treinta mil quetzales), la realización de todos los actos ilícitos anteriormente analizados, en los que se violentaron los derechos del niño. En este sentido ha de tomarse en cuenta que la interpretación de los derechos

²⁸ Sentencia 3590-2016, del 20 de julio de 2017, tercer considerando, pp. 29-30.

²⁹ *Ibidem*, p. 31.

humanos, si bien debe ser evolutiva, es decir tomando en cuenta las transformaciones sociales, también lo es que en el caso que se analiza, existen claras disposiciones que prohíben la realización de estos actos, partiendo de la base que violentan la dignidad, el bienestar y la salud integral del niño.³⁰

Concluyó la Corte revocando la sentencia de la Corte Suprema de Justicia y dando la razón al juez de Primera Instancia de Niñez, resolviendo que, para tutelar el derecho a la identidad del niño, la autoridad impugnada debía garantizar que la inscripción de su nacimiento respondiera a lo que verdaderamente ocurrió, es decir, identificándolo como hijo de sus padres biológicos: la señora A. y el señor M. Lo anterior, sin desconocer que también al niño le asistía el derecho de relacionarse con su progenitor y con la señora C., con quien creó un lazo afectivo, pese a no ser su madre biológica; no así con su madre biológica, quien claramente expresó durante el proceso no tener interés en ello. Pero de una forma que privilegiara siempre el interés superior del niño antes que el de los adultos mencionados.³¹

Cabe observar que, conforme a lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad, la filiación del niño existe legalmente entre la persona gestante, la señora A., y el padre, el señor M., como progenitores biológicos. El artículo 252 del Código Civil guatemalteco regula que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. En el caso en análisis, el hijo quedó bajo el cuidado de la familia paterna, por lo que la patria potestad correspondería al padre. Distinta es la relación familiar o derecho de visita, lo que naturalmente se tuteló en cuanto a la señora C., porque formaba parte de la "familia ampliada" del niño, conforme el concepto legal que se verá más adelante.

³⁰ *Ibidem*, pp. 31-32.

³¹ *Ibidem*, p. 32.

C. Paternidad y maternidad legal al momento del nacimiento

El artículo 210 del Código Civil señala que cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento, y, respecto del padre, por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad.

Es decir que, en Guatemala, por considerarse probada la maternidad con el hecho mismo del nacimiento, la mujer que da a luz es la madre del bebé. Respecto a la paternidad, si la mujer es casada, se presume con relación al cónyuge, aunque sí está permitido legalmente que un hombre distinto al esposo reconozca a un hijo o hija de una mujer casada. En cualquier otro caso, la paternidad se establece y se prueba por el reconocimiento voluntario del padre o por el reconocimiento judicial proveniente de una sentencia que la declare.

Con respecto a la filiación resultante de la adopción, Guatemala es parte del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. La Ley de Adopciones, Decreto 77-2007, recoge los principios del Convenio y de la CDN, con el objeto de dar primacía al interés superior del niño frente a cualquier otro, según se observa en el tercer considerando.

La Ley de Adopciones ingresó a la vida jurídica ante la urgencia de proteger a la niñez guatemalteca del comercio que, hasta antes de la Ley, significó la adopción, cuyo trámite era realizado por notarios y notarias que se enriquecieron con lo que derivó en un verdadero mercado internacional de niños y niñas.

A eso se debe que en el artículo 10 de la Ley de Adopciones se prohíba, entre otras cosas, que los padres biológicos o representantes del niño o

niña puedan disponer expresamente quién adoptará a su hijo o hija, salvo que se trate del hijo del cónyuge o conviviente o de la familia sustituta que previamente lo hubiera albergado, y que los potenciales padres adoptivos tengan cualquier tipo de contacto con los padres del niño o con cualquiera que pueda influenciar en el consentimiento de la persona, autoridad o institución involucrada en el proceso de adopción. Es decir, la adopción directa está prohibida.

Es pertinente referirse en esta parte al concepto de "familia ampliada" que recoge la Ley de Adopciones, el cual es definido en el artículo 2.f:

Familia ampliada, es la que comprende a todas las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con el adoptado que no sean sus padres o hermanos; y a otras personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos, costumbres nacionales y comunitarias.

En materia de niñez, se acude a esta figura para determinar el recurso familiar idóneo para los niños cuando no es posible ubicarlos con sus padres o hermanos mayores de edad, y así privilegiar un entorno adecuado de cuidado que deje como última instancia la institucionalización de los niños.

Significa entonces que, en el caso de la gestación por subrogación y conforme a la legislación guatemalteca, la madre del niño o niña es la mujer que da a luz, y el padre, el cónyuge de la mujer, si fuera casada o el varón que reconozca al recién nacido o nacida, en cualquier otro caso —como podría ser el del padre de intención—; por lo que la complejidad respecto a la filiación se presenta sobre todo en relación con la madre.

No cabe la posibilidad de que, por medio de la figura de la adopción directa, pueda establecerse la filiación de la madre de intención con el recién nacido o nacida. Además, la filiación no puede establecerse con

la sola voluntad procreacional, es decir, con el simple deseo de formar un vínculo filial con alguien, dentro del contexto de las TRA, porque al no estar regulado tal supuesto como fuente de la filiación, debe acudir a la legislación nacional apuntada. No podría, en consecuencia, constar en el certificado de nacimiento u otro documento, que el niño o niña nació como resultado de un acuerdo de gestación por subrogación.

En relación con la identidad del niño o la niña nacido por gestación por subrogación, la información sobre la madre comitente, los donantes de gametos y la persona que dio a luz probablemente es conservada por las clínicas que llevan a cabo el procedimiento, pero no por las autoridades del Estado. Cosa distinta sucede, por ejemplo, en el caso de la adopción, pues la Ley de Adopciones, en el artículo 23.e, preceptúa que son funciones del Consejo Nacional de Adopciones, entre otras, reunir y conservar la información sobre los orígenes del niño, principalmente su identidad y la de sus padres, su historial médico y el de sus padres, garantizando el acceso a la mencionada información.

Se solicitó información pública al Registro Nacional de las Personas de Guatemala (Renap), sobre lo siguiente:

¿Tiene el Renap alguna normativa respecto al registro de la paternidad o maternidad en caso de niños gestados por medio de gestación por subrogación en otro país en donde sí se permita?

¿Es reconocida en Guatemala la paternidad o maternidad que surge de un acuerdo de gestación por subrogación en otro país? En caso afirmativo, ¿cuáles son los requisitos o condiciones previas para dicho reconocimiento?

El Renap, en la parte resolutive del informe,³² respondió que

³² Resolución UIP núm. 189-2021, de la Unidad de Información Pública del Registro Nacional de las Personas de Guatemala, de fecha 26 de marzo de 2021.

con base al análisis realizado por este Departamento [el Departamento de Asesoría Registral del Registro Central de las Personas del Renap], se pudo determinar que Guatemala no cuenta con una ley general sobre técnicas de reproducción asistida, ni tampoco una regulación para la maternidad subrogada [...] por lo que en Guatemala existe ausencia de un sistema legal que regule la gestación subrogada, y teniendo en cuenta que tampoco es una práctica legalmente prohibida, existe una gran vulnerabilidad de las partes que intervienen en este proceso de subrogación.³³

Informó también que

de acuerdo con el principio de legalidad que rige el quehacer registral [del Renap] [...] el [...] Registro Civil de las Personas somete su actuación a las leyes, reglamentos y disposiciones aplicables, por lo que en el RENAP no hay ninguna normativa interna que regule los requisitos y, a su vez, los registros de la paternidad/maternidad que surge de un acuerdo de gestación por subrogación. Cabe mencionar también que el principio de Supremacía Constitucional establecido en el artículo 175 CPR, que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso iure.³⁴

Como se observa, en el Renap no es posible, por falta de regulación, inscribir legalmente la paternidad o maternidad de niños nacidos por medio de gestación por subrogación en otro país en donde sí se permita. No existe doctrina constitucional sobre algún caso en el que se haya intentado lograr el reconocimiento, o, al menos tras una búsqueda exhaustiva, no fue localizada. Aunque es probable que en la práctica sí se realice, pero fuera del marco legal.

En todo caso, la inscripción de nacimiento de los niños y niñas producto de la gestación por subrogación que de hecho sí se practica en el país sin

³³ *Ibidem*, p. 2.

³⁴ *Idem*.

control legal podría configurar, entre otros, los delitos de suposición de parto, supresión y alteración de estado civil y uso de documentos falsificados, tipificados en los artículos 238, 240 y 325 del Código Penal guatemalteco.

D. Elegibilidad para la gestación por subrogación

Sobre la elegibilidad para la gestación por subrogación, por no estar legalizada en el ordenamiento jurídico guatemalteco no existen criterios definidos en el ámbito estatal para elegir a las mujeres que actuarán como gestantes, por lo que tampoco se encontraron estudios o investigaciones locales sobre sus características y las razones que tienen para hacerlo. Los criterios para su elección, así como los que se utilizan para elegir a los padres o madres comitentes, son determinados por los médicos que realizan tales prácticas en clínicas privadas. Y no existe ninguna regla en el país que regule la situación de los gametos utilizados en virtud de algún acuerdo por subrogación.

E. Transferencia de la paternidad o maternidad

Si los padres y madres comitentes no fueran los padres o madres biológicos del niño al nacer, el padre podría adquirir la paternidad por medio del reconocimiento voluntario, puesto que, de acuerdo con el artículo 210 del Código Civil guatemalteco, la filiación se establece y se prueba, con respecto del padre, por el reconocimiento voluntario.

El problema es en relación con la madre, aun siendo la madre biológica, pues, como fue indicado, el artículo 210 regula que la filiación se establece y se prueba del solo hecho del nacimiento. Es decir que, de manera legal, otra mujer no podría atribuirse la maternidad si no hubiera sido ella quien diera a luz. Tampoco por medio del mecanismo de la adopción, porque, como ya fue explicado, la adopción directa está prohibida.

F. Agencias y criminalización. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación

Se solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala información pública sobre si un niño o niña nacido en virtud de un acuerdo internacional de gestación por subrogación requeriría una autorización especial para regresar a Guatemala; si un niño o niña nacido en virtud de un acuerdo como el mencionado adquiriría automáticamente la nacionalidad guatemalteca, o, en su caso, cómo podría adquirirla más tarde.

El Ministerio, por medio de la Unidad de Información Pública,³⁵ respondió que Guatemala no es parte de ningún acuerdo relacionado con la materia y que en ese Ministerio no se había presentado ningún caso como el descrito.

En relación con el papel de los mediadores, agencias e intermediarios en Guatemala, no están regulados legalmente en el país y, no obstante, ofrecen sus servicios por medio de internet a ciudadanos guatemaltecos,³⁶ a pesar de que naturalmente conocen los escollos para lograr la plena efectividad, dentro del marco legal, de los resultados de la práctica.

Guatemala no cuenta con reglas, leyes o regulación específica, judicial o administrativa, de los acuerdos de gestación por subrogación que tienen lugar en otras jurisdicciones, por lo que tampoco se regula la subrogación extranjera separadamente. Tal como se observa en el informe mencionado, no se han presentado casos de subrogación internacional que hayan precisado de una solución jurídica en el país, a fines de determinar la asignación de la paternidad o maternidad derivada de la gestación por subrogación por medio de la ley de los padres o madres subrogados,

³⁵ Correo electrónico remitido por la Unidad de Información Pública del Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala el 22 de marzo de 2021.

³⁶ Miraklos: «<https://miraklos.com/ventre-de-alquiler-en-guatemala/>».

la ley del lugar de nacimiento o la del padre o de la madre comitente; o la solución de algún conflicto entre la cesión de la paternidad o maternidad en diferentes jurisdicciones.

Por último, no es propio hablar de criminalización de la gestación por subrogación en Guatemala, porque no está regulada, ni para prohibirla ni para permitirla. Lo que existe son normas jurídicas penales en cuyos tipos podrían incurrir las personas al poner en marcha acuerdos respecto a la práctica.

Guatemala es parte de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.³⁷ Como consecuencia, en 2009 sancionó la LEYVET ya mencionada, la que en su artículo 47 adicionó el artículo 202 ter al Código Penal, que tipifica el delito de trata de personas y que ya fue transcrito al comentar el caso 3590-2016. Algunas acciones llevadas a cabo en la gestación por subrogación, según cada caso concreto, podrían configurar algunos de los supuestos del tipo penal, como la explotación sexual, la venta de personas, la adopción irregular y el trámite irregular de adopción.³⁸

En el artículo 50, la ley mencionada reforma el artículo 238 del Código Penal, que tipifica el delito de suposición de parto, en el que incurre quien finja un embarazo o parto para obtener, para sí o tercera persona, derechos que no le correspondan. En el artículo 52 reforma el artículo 240 Código Penal que tipifica el delito de supresión y alteración del estado civil, en el que incurre quien, entre otras cosas, falsamente denunciare

³⁷ El Protocolo fue adoptado por la ONU en Palermo, Italia, en el año 2000.

³⁸ En la sentencia 3687-2011, de la Corte de Constitucionalidad, se resuelve un amparo en única instancia derivado de un proceso penal en el que se condenó a una mujer por el delito de trata de personas, por la tentativa de vender por USD 5,000 a sus dos hijos, a quienes transportaría al país de los "compradores", que eran extranjeros. Disponible en: «<http://138.94.255.164/Sentencias/821188.3687-2011.pdf>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

o hiciere inscribir en el registro de personas correspondiente cualquier hecho que cree o altere el estado civil de una persona, que inscribiere o hiciere inscribir un nacimiento inexistente o proporcionare datos falsos de los progenitores.³⁹

En el artículo 53 adiciona el artículo 241 bis, que tipifica el delito de adopción irregular, en el cual incurre quien para obtener la adopción de una persona para sí mismo brinde o prometa a una persona o a tercera persona un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza. Y por medio del artículo 54 adiciona el artículo 241 ter al Código Penal, referido al delito de trámite irregular de adopción, en el cual incurre el funcionario que a sabiendas, tramite, autorice o inscriba una adopción utilizando documentos o inscripciones en registros públicos falsos o en los que se haya alterado la filiación de una persona menor de edad o cualquier otra información exigida por la ley para la validez de una adopción.

En relación con la existencia de doctrina acerca de este aspecto referida de manera específica a la gestación por subrogación, no puede citarse más que la ya mencionada, el caso 3590-2016, porque es el único que ha generado una resolución de ese tipo por parte de la Corte.

G. Conclusiones

Del análisis anterior es posible extraer conclusiones importantes. Entre ellas, que la probabilidad de enfrentar cargos criminales por realizar la gestación por subrogación puede suponer la limitación o, incluso, la evitación de la práctica en las clínicas de reproducción humana asistida en Guatemala. La sentencia de la Corte Constitucional es un ejemplo de las

³⁹ En la sentencia 1134-2014, de la Corte de Constitucionalidad, se resuelve una apelación de amparo, el cual se derivó de un proceso penal en el que se condenó a una mujer por los delitos de suposición de parto, supresión y alteración del estado civil, por registrar a un niño como su hijo sin ser la madre biológica y falsificando documentos. Disponible en: «<http://138.94.255.164/Sentencias/828176.1134-2014.pdf>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

consecuencias penales que tales acuerdos pueden generar a las personas involucradas.

Inscribir el nacimiento de un niño o niña producto de la gestación por subrogación dentro del marco jurídico guatemalteco necesariamente implica incurrir en delitos, partiendo de la expedición de la constancia de nacimiento en la que, para lograr la inscripción del niño o la niña como hijo o hija de los padres de intención tendrían que consignarse datos falsos sobre la maternidad —tal como ocurrió en el caso del fallo 3590-2016—, pues conforme a la legislación guatemalteca es madre quien da a luz al niño o niña.

Aunque la gestación por subrogación no está criminalizada, la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas impone límites importantes, en especial a la subrogación comercial por la definición del delito de trata de personas, castigado con penas severas debido a que la ley responde al cumplimiento, por parte del Estado de Guatemala, de los compromisos internacionales adquiridos por medio de la ratificación del Protocolo para Prevenir Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Además de varios instrumentos internacionales de protección a la niñez, como el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

Se ve cuesta arriba la posibilidad de una futura regulación legal favorable; incluso la subrogación altruista, de ser regulada, se prevé con estrictos límites y controles que garanticen que la práctica no derive en actos que contravengan los compromisos internacionales en materia de derechos humanos adquiridos por el Estado de Guatemala ya mencionados.

Los derechos a la vida familiar y a formar una familia deben compatibilizarse con la legislación protectora, en especial de la niñez, para no

instrumentalizarla de modo que se le despoje de su condición de sujeto de derecho, por lo que una posible regulación futura debe contemplar que no existe el derecho a un hijo y que no todo lo que es técnicamente posible es éticamente aceptable.

Bibliografía

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 27-90. Disponible en: «https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/1357». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 3590-2016. Disponible en: «<https://cc.gob.gt/>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. "Orden público". Disponible en: «<https://dpej.rae.es/lema/orden-p%C3%BAblico>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

Informe A/HRC/37/60 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, 15 de enero de 2018. Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

Informe A/74/162 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, del 15 de julio de 2019. Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/74/162>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret* 3, 2012.

Scotti, Kuciana Beatriz, "La gestación por sustitución y el derecho internacional privado. Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y

Comercial de la Nación Argentina", *Revista de la Facultad de Derecho* 38, 2015.

Tribuna Feminista. "Las 25 razones de las feministas mexicanas contra el alquiler de vientres". Disponible en: «<https://tribunafeminista.elplural.com/2018/12/las-25-razones-de-las-feministas-mexicanas-contra-el-alquiler-de-vientres/>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].