

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

**LA IMPORTANCIA DE INCORPORAR LA MATERNIDAD COMERCIAL DENTRO DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL GUATEMALTECO**



REGINA DE LOS ANGELES ARGUIJO JUÁREZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2016

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

**LA IMPORTANCIA DE INCORPORAR LA MATERNIDAD COMERCIAL
DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

REGINA DE LOS ANGELES ARGUIJO JUÁREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2016

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente: Lic. Marvin Omar Castillo García
Secretario: Lic. Eduardo Arnoldo Torres Duarte
Vocal: Lic. Wilfrido Porras Escobar

SEGUNDA FASE:

Presidenta: Licda. Ana Reyna Martínez Anton
Secretaria: Licda. Ingrid Coralia Miranda Laynez
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 03 de octubre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, OTTO GONZALO MUÑOZ FERNÁNDEZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
REGINA DE LOS ANGELES ARGUIJO JUÁREZ, con carné 201014374,
 intitulado LA IMPORTANCIA DE INCORPORAR LA MATERNIDAD COMERCIAL DENTRO DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PENAL GUATEMALTECO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios. la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 10 / 01 / 2016 f) Muñoz

Asesor(a)

Otto Gonzalo
Muñoz Fernández
 ABOGADO Y NOTARIO



Lic. Otto Gonzalo Muñoz Fernández.
Abogado y Notario.
8va. Avenida "A" 27-64 zona 7 de San Miguel Petapa
Guatemala. Tel: 66354492
Colegiado: 5392



Guatemala, 16 de marzo de 2016

Doctor:

Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



DR. BONERGE AMÍLCAR MEJÍA ORELLANA:

Respetuosamente me dirijo a usted en mérito al nombramiento de fecha tres de octubre del año dos mil catorce, en pro de lo cual me permito emitir Dictamen en calidad de ASESOR del trabajo de tesis, realizado por la Bachiller REGINA DE LOS ANGELES ARGUIJO JUÁREZ, intitulado "LA IMPORTANCIA DE INCORPORAR LA MATERNIDAD COMERCIAL DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL GUATEMALTECO", que a mi criterio cumple con los requisitos y formalidades establecidos en la normativa vigente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Considero que el tema investigado por la bachiller Arguijo Juárez, es de gran importancia especialmente en lo que respecta a su contenido científico y técnico, dado que el ser humano y su integridad constituye una garantía fundamental plasmada en la Constitución Política de la República de Guatemala protegiendo la vida humana desde su concepción, por cuya cuenta, toda forma distorsionada de concebir pone en riesgo los valores jurídicos, sociales, culturales, civiles y humanos de las personas, que en la presente investigación tiene como punto medular a la Maternidad Comercial (Maternidad Subrogada) que pone en grave riesgo a la institución jurídico-social de la Familia como base y culmen de la sociedad; en consecuencia, se hace imprescindible incorporar esta figura con carácter de tipo penal que venga a sancionar la conducta lesiva de gestar a un ser humano con la finalidad de obtener un beneficio económico "animo lucrativo" poniendo en detrimento los valores más altos perseguidos por el derecho penal, como lo son la justicia, la equidad y el bien común, pilares sagrados de todo ordenamiento jurídico interno. Consecuentemente, ameritó un exhaustivo estudio que impulse su regulación legal en fuste de establecer las conductas constitutivas

Lic. Otto Gonzalo Muñoz Fernández.
Abogado y Notario.
8va. Avenida "A" 27-64 zona 7 de San Miguel Petapa
Guatemala. Tel: 66354492
Colegiado: 5392



de delito, sus elementos y sanciones correspondientes a quienes incurran en dichas acciones para restablecer el orden jurídico interno, preservando la paz social. El trabajo está contenido en cinco capítulos, dentro de los cuales fueron desarrollados ampliamente los temas.

La metodología utilizada fue la de análisis del contenido, bajo una investigación de tipo cualitativa, apoyada en el método analítico, así como el deductivo e inductivo, complementada con técnicas de revisión bibliográfica, hemerográfica y documental. La bibliografía empleada por la bachiller Arguijo Juárez, es acorde al tema desarrollado, su conclusión discursiva tiene congruencia con la investigación y el análisis jurídico efectuado; con relación al bosquejo preliminar de temas, realice una modificación en ajuste al tecnicismo orgánico e interpretativo. Se utilizaron ficheros, fichas de trabajo, etc; aportando propuestas concretas para su realización.

En concreto, el presente trabajo de tesis realizado por la bachiller Arguijo Juárez, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción en forma lógica y científica, y la bibliografía son congruente con los temas desarrollados dentro de la investigación y al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el "Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público", procedo a emitir DICTAMEN en sentido FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis referido, con el propósito de que continúe con el trámite correspondiente a su respectivo Revisor, y posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los Títulos de Abogada y Notaria. Manifiesto expresamente no tener parentesco legal con la Bachiller Arguijo Juárez.

Sin más que agregar, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta estima. Sin otro particular, me suscribo cordialmente.

Lic. Otto Gonzalo Muñoz Fernández.
Abogado y Notario.
Colegiado: 5392

Otto Gonzalo
Muñoz Fernández
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

[Handwritten signature]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala. 12 de mayo de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante REGINA DE LOS ANGELES ARGUIJO JUÁREZ, titulado LA IMPORTANCIA DE INCORPORAR LA MATERNIDAD COMERCIAL DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

WELM/srrs.
[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
 Lic Daniel Mauricio Tejada Argueta
 Secretario Académico

[Handwritten signature]
 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Gracias por darme la vida, por ser mi guía, mi luz en todo momento y darme la fortaleza y sabiduría para alcanzar este éxito.

A MIS PADRES:

Gracias por ser un ejemplo de esfuerzo y perseverancia en mi vida, por brindarme su amor, su apoyo incondicional y hacer posible la culminación de mis estudios.

**A MIS ABUELOS, HERMANOS Y
DEMÁS FAMILIA:**

Por sus consejos, su amor y confianza, gracias por ser un impulso para superarme y hacer tuyas también mis alegrías.

A:

Alvaro López, gracias por ser parte de mi vida, por apoyarme incondicionalmente y estar presente en los momentos de dificultad.

A:

El Licenciado Otto Muñoz, por ser un ejemplo de honestidad, rectitud, por transmitirme sus conocimientos y enseñanzas.



A MIS AMIGOS:

Por su amistad sincera y ofrecerme palabras de motivación y ánimo en los momentos difíciles.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

Por brindarme valores, sabiduría y todos los conocimientos académicos que hicieron posible alcanzar este éxito.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por ser orgullosamente mi casa de estudios y forjar profesionales integrales y de éxito.



PRESENTACIÓN

La presente investigación da a conocer las desventajas e implicaciones que causa la práctica de la maternidad comercial en la República de Guatemala, centralizando el estudio de la investigación en los periodos comprendidos del año 2011 al 2015. También se explica la importancia de regular dicha acción dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco; y por consiguiente para resolver dicha problemática se desarrolla una investigación de tipo cualitativa para conocer sobre los orígenes, elementos, causas, así como los sujetos que intervienen en dicha práctica y conocer a profundidad todas las cualidades que constituyen este problema social.

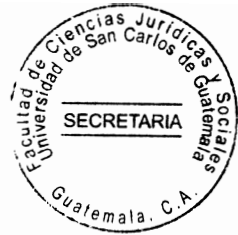
Teniéndose como objeto fundamental de la investigación promover el análisis y la importancia de incorporar la figura de la maternidad comercial en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, resultan como sujetos de la presente investigación la mujer que alquila su útero para llevar a cabo un embarazo y el bebé producto de la maternidad comercial; por consiguiente dicha investigación pertenece a la rama pública del derecho específicamente al derecho penal. El aporte que se quiere lograr con la siguiente investigación es que se conozca sobre la maternidad comercial, enfatizar que es una problemática real en la República de Guatemala y que con su práctica se violan derechos fundamentales y garantías de las que gozan las personas y por último concientizar sobre la importancia que tiene regular dicha figura dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco y establecer sanciones correspondientes.

HIPÓTESIS



La maternidad comercial es practicada en la República de Guatemala, como una figura que se disfraza en un gesto de “bondad” al darle el título de padre o madre a personas que por poseer problemas de fertilidad u otras causas no pueden serlo de forma genética a cambio de una remuneración; cuando en realidad es una compraventa de niños, es considerar a la persona como una cosa mercantil y satisfacer un pretendido derecho individual, por lo que es necesario conocer las implicaciones y desventajas que trae consigo dicha acción ilícita prohibiendo su aplicación y penalizándola como un delito.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Por medio de dicha investigación se comprueba que la maternidad comercial es una figura que se realiza con fines puramente lucrativos y que es causada debido a la falta de recursos económicos que sufren muchas mujeres guatemaltecas, a los problemas de fertilidad que se dan en las parejas y a los avances tecnológicos; y que con su práctica se comercializa con la vida de una persona violando sus derechos, siendo contraria a la moral, a las buenas costumbres y a la ley.

Por consiguiente se comprueba la hipótesis utilizando el método inductivo en el que se conoce las causas, orígenes, elementos, efectos y desventajas que constituyen la maternidad comercial; obteniendo como solución a la problemática la incorporación de la maternidad comercial dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco.

ÍNDICE



	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Generalidades de la maternidad comercial	1
1.1 Definición y concepto	1
1.2 Antecedentes históricos de la maternidad comercial	5
1.3 Métodos de reproducción asistida	8
1.4 Causas de la maternidad comercial	12

CAPÍTULO II

2. Marco regulatorio de la maternidad comercial en legislaciones extranjeras.....	15
2.1 En el ordenamiento jurídico de Estados Unidos de Norte América.....	16
2.1.1 Estados Unidos norteamericanos que favorecen la subrogación comercial	17
2.1.2 Estados Unidos norteamericanos que penalizan la subrogación comercial	18
2.2 En el ordenamiento jurídico de España	19
2.3 En el ordenamiento jurídico de México	21
2.4 En el ordenamiento jurídico de Inglaterra	23

2.5 En el ordenamiento jurídico de Australia	25
--	----

CAPÍTULO III

3. Los derechos humanos	27
3.1 Definición	28
3.2 Breve historia de los derechos humanos	30
3.2.1 Iusnaturalismo	30
3.2.2 Cristianismo	32
3.2.3 Reconocimiento de los derechos humanos en Inglaterra	32
3.2.4 Positivación de los derechos humanos.....	33
3.2.5 Generalización de los derechos humanos.....	34
3.2.6 Internacionalización de los derechos humanos	35
3.3 Características	36
3.4 La dignidad humana	38
3.5 Tratados internacionales que protegen los derechos humanos y su relación con la maternidad comercial.....	40

CAPÍTULO IV

4. Teoría del delito.....	41
4.1 Utilidad de la teoría del delito.....	42
4.2 El principio de culpabilidad.....	43

4.3 Definición del delito.....	45
4.4 Elementos.....	47
4.4.1 Elementos positivos: objetivos.....	48
4.4.2 Elementos positivos: subjetivos.....	53
4.5 La maternidad comercial considerada como un delito.....	55

CAPÍTULO V

5. Implicaciones y consecuencias negativas de la aplicación de la maternidad comercial y su importancia de incorporarla dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco.....	57
5.1 Efectos e implicaciones de la maternidad comercial.....	57
5.1.1 Implicaciones ético – morales.....	57
5.1.2 Implicaciones sociales.....	58
5.1.3 Implicaciones psicológicas.....	59
5.1.4 Implicaciones jurídicas.....	60
5.2 La adopción como una alternativa para las personas que no pueden procrear hijos.....	60
5.3 Importancia de la incorporación de la maternidad comercial prohibiendo su aplicación dentro del territorio de la República de Guatemala.....	64
5.4 Responsabilidad y sanciones prudentes para los sujetos que intervengan en la práctica de la maternidad comercial.....	67
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71



INTRODUCCIÓN

La institución social de la familia ha sido considerada a lo largo de la historia como la base de la sociedad por constituir el centro u origen de valores, educación, normas morales, éticas y costumbres que son inculcadas por los padres hacia sus descendientes y por ende determinarán el comportamiento y la forma de actuar de un individuo dentro de la sociedad; por lo que al verse amenazada o vulnerada ésta, desencadena la existencia de problemas tales como la violencia, las injusticias, desigualdades y sobre todo limita el imperio del bien común, finalidad primordial que debe ser garantizada por el Estado. Una conducta ilícita que coadyuva a la decadencia de la familia y como consecuencia a otras instituciones es la figura de la maternidad comercial, por medio de la cual una mujer alquila su útero para llevar a cabo un embarazo hasta su término producido por un método de reproducción asistida y posteriormente entregar al bebé a terceras personas conocidas como padres sustitutos a cambio de una compensación económica, provocando la comercialización de la vida de una persona, situación que motivó la redacción de la presente investigación en aras de establecer los mecanismos jurídicos y sociales necesarios que resuelvan dicha ilicitud en pro de la juridicidad y convivencia general eficaz.

En la maternidad comercial impera la premisa constante de obtener un ingreso económico o lucrativo mediante la gestación de un embarazo desvirtuando con la misma la esencia de la institución de la maternidad; por lo que este punto de tesis formula la hipótesis que con la realización de la maternidad comercial o vientre de alquiler se le impone un valor relativo a la vida de una persona y se le considera como una mercancía u objeto susceptible a ser enajenado, con la única finalidad de satisfacer el deseo egoísta de ciertos individuos de ser padres a toda costa transgrediendo o peligrando con dichas prácticas los derechos fundamentales o bienes jurídicos inherentes a toda persona y por la ausencia de un ordenamiento jurídico que lo regule, los responsables no pueden ser sancionados al cometer estas acciones que claramente son contrarias al orden público y a lo establecido por la Ley.

Teniendo como base las razones expuestas, el objetivo principal de este planteamiento consistió en enfatizar sobre la importancia y necesidad de crear una norma jurídica que tipifique la maternidad comercial como un delito y que al ser cometido por las personas se establezcan las sanciones penales aplicables a los responsables de este ilícito penal. Para alcanzar el objetivo propuesto se desarrolló una investigación de tipo cualitativa en la que se utilizó el método de investigación analítico así como el deductivo e inductivo, complementando la investigación con técnicas de revisión bibliográfica, hemerográfica y documental.

Dicha investigación se encuentra integrada por cinco capítulos desarrollados de la siguiente forma: en el capítulo primero se exponen los aspectos generales de la maternidad comercial partiendo desde su definición, antecedentes históricos, métodos de reproducción asistida así como una breve explicación de las causas que la originan; en el segundo capítulo se lleva a cabo una comparación sobre las posturas de permisión o prohibición adoptadas por otros Estados en sus legislaciones; en el tercer capítulo se explican los derechos humanos desde sus orígenes, características, la dignidad humana y se profundiza en los derechos fundamentales y tratados internacionales que son violados con la maternidad comercial; en el cuarto capítulo se desarrolla la teoría del delito, la definición del delito, sus elementos y la importancia de considerar dicha acción como un delito; por último en el quinto capítulo se determinan las desventajas e implicaciones que causan las prácticas de la maternidad comercial, la adopción, la importancia de incorporarla como un tipo penal y las sanciones aplicables a los responsables de cometer la transgresión en la República de Guatemala.

Se concluye que con este trabajo de investigación se da a conocer la figura de la maternidad comercial como una práctica realizada en el territorio de Guatemala y la importancia de incorporarla dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco como un tipo penal por medio del cual el Estado adopte una postura de prohibición de dichas acciones.



CAPÍTULO I

1. Generalidades de la maternidad comercial

Para determinar el valor jurídico social de incorporar La Maternidad Comercial dentro del Ordenamiento Legal Guatemalteco, estimo pertinente el preámbulo de la génesis en cuanto a la esencia de los postulados morales lícitos de la maternidad para llegar a describirla en su acepción más inteligible, estableciéndose los parámetros idóneos de interpretación y aplicabilidad, y así, concretar los elementos que formen un concepto básico sobre la materia para trascender al análisis jurídico con respecto a la falta de los mismos y a las conductas que pongan en peligro su interpretación y práctica constante; en consecuencia, se abordará la temática desde los antecedentes históricos, pasando por la reproducción asistida y concluyendo con los motivos que dan origen a la Maternidad Comercial como punto medular de la presente tesis.

1.1 Definición y concepto

Es imperante que previo analizar la problemática y complejidades que se derivan con la práctica de la maternidad comercial llevada a cabo en diversas partes del mundo de forma cada vez más cotidiana, conozcamos en primer plano, el significado de la misma; por tanto, para explicar esta figura, desglosaré los términos que lo integran, siendo la maternidad y el comercio.

La maternidad posee diversas acepciones, entre ellas se puede definir como una figura proveniente del vocablo “materno” que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa “Estado o cualidad de madre”¹, es decir, toda mujer que ha concebido un hijo y que a su vez se encarga de su cuidado, alimentación, educación, etc. Así mismo la maternidad se puede explicar desde el punto de vista biológico o científico como la etapa o función reproductiva de la mujer que inicia desde la fecundación y finaliza con el alumbramiento, por tanto se atribuye la maternidad al hecho del parto y en el derecho romano dicha presunción surge etimológicamente con el vocablo latín *Mater semper certa est*; concluyendo, desde el punto de vista jurídico la Licenciada Alma Arámbula la explica como el “vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). La relación real o supuesta de la madre con el descendiente”²; la explica como una institución jurídica que determina la filiación existente entre la madre y el hijo ya sea por consanguinidad o de forma civil.

En este planteamiento se observa, que el ámbito lingüístico resalta la cualidad de ser madre, mientras que el aspecto biológico y científico se enfoca en la etapa reproductiva que concluye con el alumbramiento; sin embargo, es meritorio destacar que ambos semblantes se deben desarrollar al amparo legal en cuanto a considerarse como el vínculo natural y/o jurídico existente entre los descendientes y sus progenitores; dentro

¹ Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. <http://dle.rae.es/?id=ObhmSF0>
(Consulta: 10-1-2015)

² Arambula Reyes, Alma. **Maternidad subrogada**. Pág. 12

cuyo análisis, no prevé condición, negociación ni compensación alguna para su verificación en el campo real y jurídico; constituyendo, su inobservancia, una transgresión a lo legalmente permitido.

En cuanto al término comercial o comercio que conforma dicha figura, es explicada por el jurista Guillermo Cabanellas e indica que por comercio se entiende toda “negociación o actividad que busca la obtención de ganancia o lucro en la venta, permuta o compra de mercaderías”³. Con base a esta definición se determina que desde el momento en que la madre portadora alquila su útero y conviene con otra persona la entrega del menor a cambio de una remuneración, se está comerciando la vida de un ser humano, dándosele a esté carácter de mercancía, razón por la que se le ha dado en denominar maternidad comercial.

Integrando las dos acepciones planteadas, puedo concluir que la maternidad comercial existe cuando una persona de sexo femenino alquila o comercia su útero para llevar un embarazo, desarrollándose hasta que nace el fruto de la concepción y posteriormente entrega al bebé a otra persona o pareja a cambio de una remuneración o una ganancia. Esta figura se puede realizar por métodos de reproducción asistida y tiene su origen en diferentes causas, dentro de las cuales se encuentran problemas de fertilidad y no poder concebir genéticamente o biológicamente, por factores económicos, factores sociológicos, imposibilidad de adoptar, entre otras; pero tiene como característica subrogar a la madre progenitora, cediendo está sus derechos como

³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 211

madre y por consiguiente su guarda y custodia, obteniendo la persona solicitante el título de padre y madre sustitutos.

Es importante hacer énfasis que la maternidad comercial no es un acto de bondad sino que se realiza para obtener un fin económico, una remuneración o ganancia; también puede ser conocida con otras denominaciones o acepciones que la doctrina como en otras legislaciones le ha impuesto a esta figura:

- Arrendamiento de Vientre
- Arriendo de útero
- Alquiler de útero
- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro
- Gestación por sustitución
- Madres de alquiler
- Madres portadoras
- Maternidad de Alquiler
- Maternidad por encargo
- Maternidad subrogada onerosa o por servicio
- Subrogación comercial
- Vientre de Alquiler



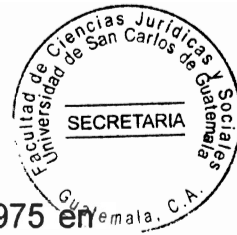
1.2 Antecedentes históricos de la maternidad comercial

Es importante conocer la historia u origen de la maternidad comercial y debido a que siempre han existido problemas de infertilidad del hombre o la mujer ha surgido la necesidad de ser padres o alcanzar ese fin por cualquier medio; por esa razón, se observa que esta institución existe desde la antigüedad aproximadamente unos dos mil años antes de Cristo cuando se dio, en el jus divinae, el primer caso de la gestación subrogada tradicional ilustrado en el caso de Sarai, esposa de Abraham, ya que por ser infértil le ofreció al marido a la esclava Agar para que le procreara un hijo y este accedió, se encuentra registrado en el Antiguo Testamento, Génesis 16, libro sagrado de los judíos y cristianos. Es una acción traducida en una práctica constante o tradicional puesto que con antelación no se tenían conocimientos de métodos de reproducción asistida como se utilizan actualmente y la fecundación fue de forma natural.

Otro antecedente se encuentra desarrollado en Mesopotamia en Sumeria a mediados del siglo XVIII antes de Cristo, ya que en este pueblo se permitía la práctica de la gestación subrogada reconocida legalmente. El Código del rey Hindú Hammurabi, creado en 1780, establecía que la mujer que tenía problemas de infertilidad y deseaba tener hijos podía entregar una esclava a su marido con fines de procreación. Este código establecía garantías sociales para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a las cuales no se podía vender por oro o plata. También se puede mencionar que dicha práctica fue muy extendida en la Antigua Grecia y Roma.

En el siglo XX se pueden mencionar grandes avances al utilizarse técnicas de reproducción asistida como lo fué la inseminación artificial con los espermatozoides de un donante o del mismo marido. Se tiene conocimiento que la primera fecundación in vitro (FIV) de ovocitos humanos fue en 1944 en Harvard por los ginecólogos J. Rock y M. Minkin que cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio y se le llamo embrión bicecular. Luego el primer éxito de fecundación in vitro de un óvulo humano fue en 1967 y lo consiguió el biólogo Robert Edwards; pero el suceso más importante para los embriólogos fue el nacimiento de la primera niña concebida in vitro llamada Louise Brown el 25 de julio de 1978 y se necesitaron 600 intentos de Fecundaciones para que naciera. En Guatemala según el doctor Haroldo López Villagrán, pionero de la fertilización asistida, surge la primera clínica de fertilidad en 1976; trece años después de la primera bebé probeta Louise Brown. Luego en el año 1978 nacen los primeros gemelos por el método de fertilización in vitro.

Cuando hago el análisis exhaustivo de los mencionados acontecimientos, infiero en el hecho de que la reproducción asistida nace para satisfacer el deseo de las parejas en cuanto a desarrollarse como padres de familia, al encontrarse con causas genéticas que les impidan la procreación, o al mermar ésta de un accidente, no genético, que la haya provocado la infertilidad; de donde se deduce que no constituye un elemento de la reproducción asistida, compensación económica alguna, ya que su finalidad loable es mantener intacto uno de los fines primordiales del matrimonio y/o base de la sociedad, como lo son la reproducción y constitución de una familia, sin ningún propósito lucrativo; ya que de ser así, se traduce en un tipo penal.



El antecedente que más importancia tiene para ésta investigación surgió en 1975 en California, Estados Unidos de Norte América, ya que se publicó en un periódico prestigioso, en la sección de anuncios, una publicación en la que se solicitaba o buscaba una mujer para ser inseminada artificialmente a pedido de una pareja estéril que ofrecía una remuneración por tal servicio y fue así como empezó a tener auge la maternidad comercial en virtud que más personas con necesidades económicas se ofrecían para alquilar su vientre. En Guatemala se están practicando procedimientos de dicha naturaleza pero en forma clandestina, con carácter de negocio y fuera del marco legal, es por esa razón que se enfatiza en la importancia de regular un ordenamiento jurídico que lo establezca.

En 1986 en Estados Unidos se llevó a cabo uno los casos más polémicos en torno a la maternidad comercial, es el caso conocido como baby M en el que se utilizó la técnica de reproducción asistida conocida como inseminación artificial para lograr el embarazo de la madre portadora y a la misma vez biológica (señora Whitehead); en dicho caso la madre gestante se arrepintió de entregar a la bebé y solicitaba la custodia de la menor alegando ser su madre biológica incumpliendo con el acuerdo convenido con los padres solicitantes (señores Stern) y que también reclamaban la custodia de la bebé. Conflicto que tuvo que ser resuelto ante los tribunales americanos y el juez que conoció el caso resolvió dictando sentencia favorable para la madre de intención otorgándole la custodia de la menor, basando su fallo en el bienestar de la bebé; sin embargo permitió que la madre biológica tuviera visitas controladas con baby M.

En el año 2008 surgió un caso de vientre de alquiler en el que una pareja de alemanes, acuerdan con una mujer hindú casada, que ésta gestó el embrión de una tercera persona, dando a luz la madre gestante a gemelos; sin embargo surgió un conflicto al no poder los padres solicitantes obtener los pasaportes alemanes ya que se alegó que los hijos tenían nacionalidad hindú. En la actualidad dicha práctica se ha ido aumentando en diferentes partes del mundo, en países como la India, Tailandia, Estados Unidos, Inglaterra, España y se ha vuelto un negocio muy rentable por personas que tienen la capacidad económica para alquilar un útero y por mujeres que carecen de recursos económicos para sostenerse a ellas mismas y su familia y acuden a rentar su cuerpo para gestar un ser humano y darle nacimiento obteniendo cuantiosas cantidades de dinero.

Estudiando las situaciones planteadas, se determina como el aspecto magnánimo de la maternidad ha perdido su esencia por traducirse, paulatinamente, en una actividad generadora de ingresos a mujeres de escasos recursos económicos, que independientemente de su motivación, desvirtúan la naturaleza propia de la maternidad para convertirla en un acto ilícito que debe ser penado por la ley.

1.3 Métodos de reproducción asistida

La práctica de la maternidad comercial o alquiler de vientre permite o posibilita que una mujer quede en estado de gestación, pudiendo realizarse por distintas modalidades de

reproducción asistida de las cuales las personas interesadas en convertirse en padres pueden escoger de acuerdo al método que más les convenga y problemas que posean; pero antes de ahondar en el tema de los diversos métodos, es imprescindible saber que la reproducción asistida se refiere “al conjunto de técnicas utilizadas para tratar la infertilidad, lo cual implica la manipulación de los gametos”⁴ se le determina asistida porque involucra la ayuda o la intervención del hombre en el proceso reproductivo y es utilizada por hombres o mujeres que tienen problemas de fertilidad y que no les permite concebir de forma natural, es decir por medio de relación sexual.

Al principio era muy difícil que los métodos de reproducción asistida tuvieran éxito pero con el pasar de los años, el avance de la ciencia y el desarrollo tecnológico se fueron perfeccionando dichas técnicas, formando más profesionales médicos instruidos específicamente en la reproducción asistida y se crearon instituciones especializadas en la materia. Actualmente nacen miles de niños en el mundo utilizando dichas técnicas y las más frecuentes son las siguientes:

- Inseminación artificial: Es el método de reproducción artificial utilizado por parejas como una alternativa para resolver problemas de fertilidad, mediante el cual se fecunda el óvulo sin necesidad de la relación sexual. Se puede definir como “la deposición de los espermatozoides de una forma no natural en el

⁴ <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>. **Reproducción asistida**. (Consultado: 29-12-2015)

útero de la mujer durante su periodo ovulatorio con el objetivo de conseguir un embarazo”⁵.

Dicha técnica se divide en varios tipos dependiendo del lugar en donde los espermatozoides son implantados:

- Inseminación artificial intrauterina: Es una forma de inseminación artificial por medio del cual se introducen los espermias masculinos dentro del cérvix o cavidad uterina de la mujer durante la ovulación para que se produzca la fecundación de forma natural.
- Inseminación artificial homóloga o auto inseminación: Es una forma de inseminación artificial que se lleva a cabo cuando los espermatozoides que serán introducidos en el óvulo de la mujer pertenecen a su pareja o esposo.
- Inseminación artificial heteróloga o heteroinseminación: Es una forma de inseminación artificial mediante la cual el óvulo es fecundado por espermatozoide de una persona donante, por la imposibilidad del hombre o esposo de procrear o por ser una mujer soltera y no querer crear ningún vínculo con el padre biológico.

Esta forma de reproducción asistida es utilizada en la maternidad comercial, sin embargo ha generado diversos conflictos al ser la madre portadora al mismo tiempo

⁵ Ibid.

madre biológica del bebé y provocar que posteriormente solicite la custodia del menor alegando ser su madre biológica.

- Fecundación in vitro o inseminación artificial extrauterina: Es el método de reproducción asistida que se define como: “la fecundación ex vivo de los ovocitos con los espermatozoides y la posterior transferencia embrionaria”⁶ dentro del útero; es decir la técnica mediante la cual el óvulo y el espermatozoide se unen fuera del cuerpo de la mujer y una vez el óvulo este fecundado se implanta en el útero, por dicha razón es extrauterina e in vitro porque se unen mediante un tubo de ensayo.

Es la técnica más utilizada para llevar prácticas de maternidad comercial ya que los padres sustitutos son de hecho los padres biológicos al aportar genéticamente sus óvulos y espermatozoides e implantar luego el embrión dentro del útero de una madre portadora o gestante que únicamente alquila su útero, limitando la posibilidad de la gestante de querer quedarse con el bebé por no ser genéticamente su hijo.

- Inyección intracitoplásmica de espermatozoides: Es un método de reproducción asistida mediante el cual “se escoge el mejor espermatozoide y se introduce en el interior de una aguja de microinyección para posteriormente, mientras sujetamos el ovocito por una parte, inyectar la aguja por el lado opuesto y depositar el

⁶ Ibid.

espermatozoide en el interior del citoplasma del ovocito”⁷. Se diferencia con la fecundación in vitro debido que la fecundación es guiada; es decir, se inyecta el óvulo con un espermatozoide mediante una microaguja de manera directa.

Esta técnica se utiliza especialmente en casos en el que las parejas tienen serios problemas de esterilidad, sobre todo si se trata de infertilidad masculina y cuando los espermatozoides tienen dificultades para penetrar en el ovocito por sí solos. Se puede utilizar espermatozoide de la propia pareja o bien de un tercero donante.

1.4 Causas de la maternidad comercial

Son diversos los factores físicos, psicológicos, sociológicos y económicos los que inciden en el hecho de que más personas alrededor del mundo, busquen mujeres que acepten comerciar su útero para satisfacer sus deseos, muchas veces egoístas, de convertirse en padres a toda costa; desvalorizando la vida de un ser humano y explotando a la mujer portadora del bebé. Entre las causas más comunes que dan origen a la maternidad comercial se pueden mencionar:

- Factores económicos: Esta causa se desencadena especialmente en países subdesarrollados o tercer mundistas en donde el Estado no es capaz de cumplir con el deber de generar empleos para sus habitantes provocando que no

⁷ Ibid.

puedan satisfacer sus necesidades básicas y gozar de una vida digna debido a la carencia económica, situación que orilla a las mujeres a practicar el alquiler de vientre con la finalidad de percibir una remuneración además de los gastos derivados de la gestación; se puede mencionar que la India es uno de los países más frecuentados por extranjeros para llevar a cabo la maternidad comercial debido al bajo precio que cobran las mujeres gestantes.

- Problemas de fertilidad: Se da cuando las personas ya sean de sexo masculino o femenino no pueden concebir un hijo de forma natural o tradicional; se dan dos tipos, el primero referente a la esterilidad que es la imposibilidad de conseguir un embarazo y el segundo tipo es la infertilidad en la cual la mujer logra conseguir el embarazo pero no consigue culminarlo ni llegar al parto, dichas circunstancias tiene diferentes orígenes tanto en hombres como en mujeres pero generalmente surgen por enfermedades, vicios como el alcoholismo o drogadicción, estrés, empleo excesivo de anticonceptivos, o por la vejez.
- Incapacidad para procrear por parte de parejas del mismo sexo razón que provoca que recurran a métodos de reproducción asistida.
- Imposibilidad de adoptar por no llenar los requisitos exigidos o de no querer seguir los procedimientos para obtenerla por el tiempo, recursos económicos o por no tener una relación genética con el hijo.

- Postergación de las mujeres para quedar embarazadas: Con el avance de la sociedad se respeta la igualdad de género, permitiendo que la mujer tenga más oportunidades de ser profesionales, de participar en un cargo político, optar a un trabajo acorde a su capacidad y dichas circunstancias provocan que la mujer retrase la idea de formar una familia y concebir un hijo; dicha circunstancia se ha discutido en foros de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología aludiendo que la postergación de la maternidad es uno de los problemas que más interfiere con la posibilidad que una mujer se convierta en madre, ya que con los años disminuye la reserva ovárica y es más difícil conseguir óvulos de buena calidad.



CAPÍTULO II

2. Marco regulatorio de la maternidad comercial en legislaciones extranjeras

Los países considerados desarrollados o potencias mundiales ostentan dicha calidad, entre otros aspectos, debido a los avances que se han producido en sus esferas económicas, culturales, sociales, académicas, científicas y su constante evolución en las esferas jurídicas al ir creando leyes que contemplan situaciones no previstas y que son producto, muchas veces, del avance de la tecnología, como se trata en este caso de la figura denominada maternidad o subrogación comercial.

Dado al hecho de ser una figura cuya práctica va en aumento a nivel mundial, ciertos países han adoptado una postura en relación a dicha problemática por medio de la cual pueden permitirla o prohibirla al ser considerada prácticamente como un delito o falta sujeta a una sanción; por ende, considero pertinente hacer referencia al trato legal que se le ha dado a esta actividad en distintas legislaciones del mundo, con el propósito de establecer ampliamente cual es el enfoque jurídico y regulatorio que más se ajusta a la sociedad guatemalteca, para delimitar sus elementos y proteger la dignidad maternal en su concepción y finalidad propias e intrínsecas.



2.1 En el ordenamiento jurídico de Estados Unidos de Norte América

Estados Unidos es uno de los países al que más acuden las personas con intención de convertirse en padres sustitutos y llevar a cabo prácticas de maternidad comercial, debido a las facilidades que ofrece tanto en cuanto al procedimiento, como a nivel institucional o de agencias dedicadas específicamente al vientre de alquiler y guían a los futuros padres en dicho proceso, a los profesionales que hacen efectiva dicha práctica y especialmente a la existencia de leyes que regulan derechos para los futuros padres y les permiten llevar a cabo un juicio de paternidad antes del nacimiento⁸.

Sin embargo, hay que enfatizar que aún favoreciendo Estados Unidos la maternidad comercial, dichas leyes no se encuentran vigentes en todos los Estados del país; por lo que su postura en cuanto a la subrogación varía dependiendo del Estado donde se practique. Algunos de ellos permiten únicamente la subrogación altruista y no la comercial, otros si permiten la subrogación comercial por medio de contratos, otros únicamente la permiten en parejas heterosexuales y otros Estados adoptan una postura totalmente adversa al considerarla como delito y sancionar su práctica.

Con base en lo acotado anteriormente, menciono algunos Estados americanos que cuentan con ordenamiento jurídico que regulan ya sea favoreciendo o prohibiendo la

⁸ <http://www.jsonline.com/news/health/163772546.html>. **Surrogacy laws in the United States.** (Consultado: 4-1-2016)

subrogación comercial, así como otros que no regulan nada al respecto y para eso es necesario dividirlos de la siguiente forma:

2.1.1 Estados Unidos norteamericanos que favorecen la subrogación comercial

Dichos Estados facilitan la realización de la maternidad comercial ya sea regulando leyes que garanticen derechos para los involucrados en el proceso, reconociendo contratos de subrogación o sin tener ninguna regulación al respecto la justicia es favorable para los padres de intención. Se pueden mencionar los siguientes:

- California: Es un Estado pionero en favorecer la maternidad comercial ya que otorga derechos a las personas involucradas en el proceso y les permite celebrar contratos de subrogación comercial; y aunque en dicho Estado no se cuenta con una ley específica actúan con base a otras leyes que hacen referencia a dicha figura como la Uniform Parentage Act, la Ley sobre filiación.
- Illinois: La ley permite y regula la subrogación, así como todo el procedimiento y todo los requisitos que deben cumplir tanto los padres biológicos como los sustitutos; además es el único Estado en llevar a cabo juicios de paternidad antes del nacimiento que permiten colocar los nombres de los padres con intención en el certificado de nacimiento original del menor otorgándoles la calidad de padres legales.

- Arkansas: Un Estatuto permite a las personas celebrar contratos de subrogación comercial otorgándoles derechos a los padres biológicos como substitutos.
- Delaware: Es un Estado que recientemente permitió la subrogación gestacional a través de la aprobación de una ley en el año 2013.
- Alaska, Alabama, Colorado, Connecticut, Georgia, Idaho, Maine, Minnesota, Montana: Dichos Estados no cuentan con una Ley específica que regule la subrogación comercial, sin embargo al darse conflictos los tribunales americanos han aplicado la justicia a favor de dichas prácticas.

2.1.2 Estados Unidos norteamericanos que penalizan la subrogación comercial

Estos Estados no permiten o prohíben que las personas realicen prácticas de subrogación comercial ya que algunos de ellos las consideran faltas y otros hasta delitos y son sancionados por la ley; así mismo otros prohíben cualquier convenio o contrato que se lleve a cabo con este fin ya que puede declararse nulos de pleno derecho, se pueden mencionar los siguientes:

- Arizona: Por medio de un estatuto se prohíben o se presumen ilegales los contratos que se celebren con la finalidad de alquilar un vientre y en el caso que suceda la

madre portadora es considerada como madre legal del menor aunque no tengan ningún parentesco o vínculo genético.

- Columbia y Michigan: Prohíben dicha práctica con un estatuto y quien viole esta norma es sancionado con una multa o con una pena privativa de libertad.
- Florida, Indiana, Louisiana, Maryland, Nebraska, Nuevo México, Oklahoma, Oregon: Prohíben los contratos de subrogación comercial, mediante una Ley ya que dicha práctica es considerada contraria al orden público e ilegal.
- Nueva York: La ley prohíbe la subrogación y quien celebre un contrato será sancionado con una multa de \$500, quien sirva como intermediario la primera vez será sancionado con una multa \$10,000 y la segunda vez es delito.
- Washington: Prohíbe la práctica de la maternidad comercial y la considera ilegal, quien la realice es culpable de un delito menor.

2.2 En el ordenamiento jurídico de España

Así como en los demás países del mundo, en España la evolución de la tecnología ha contribuido con la ciencia y permitido el descubrimiento de curas para enfermedades y demás progresos; sin embargo también ha producido situaciones, como la maternidad

comercial, que obligan a que las leyes de un país sean actualizadas de acuerdo a las necesidades que demanda una sociedad. La maternidad comercial es una figura que se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico de España con la denominación de gestación por sustitución y es importante mencionar que fue uno de los primeros países en promulgar una ley entorno a esta materia.

Dicha figura se encuentra regulada en el Artículo 10 numeral 1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y señala: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.” Es decir que con base a este precepto España no permite el nacimiento de hijos mediante la gestación por sustitución y prohíbe la celebración de cualquier contrato que tenga como fin la subrogación ya sea altruista o comercial, fundamentándose en que el ser humano no es un bien y por lo tanto no puede ser comercializado. También regula que la transgresión a dicha prohibición es considerada una infracción y es sujeta a una sanción pecuniaria sin perjuicio de las responsabilidades penales que puedan concurrir.

La gestación por sustitución también se encuentra tipificada en el Código Penal de España y describe dicha actividad en su Artículo 221 de la siguiente forma “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de

prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”. Es decir que el Código Penal Español tipifica la maternidad comercial como un delito, que al ser cometido es susceptible a la imposición de una pena principal como accesoria que es igual tanto para el autor del delito como para los padres sustitutos y cualquier intermediario que participe en el proceso.

Por consiguiente la postura que adopta el Estado de España con la maternidad comercial es muy clara al regular la misma en su legislación y prohibir su práctica de forma absoluta así como cualquier contrato que tenga dichos fines, ya que son considerarlos ilegales, contrarios al orden público y a la Constitución de España.

2.3 En el ordenamiento jurídico de México

Debido a que México es un Estado cuyo ordenamiento jurídico es muy parecido al guatemalteco por ser un país latinoamericano es importante que se conozca su perspectiva entorno al tema, México ha adoptado una postura concreta en relación a la prestación de útero, permitiéndola pero con ciertas condiciones y promulgando leyes que regulen la forma y el procedimiento que deben de seguir las personas que estén interesadas para que su práctica se realice dentro del marco de la ley.

La Ley que regula dicha figura en México es la Ley de maternidad subrogada aprobada por el pleno de Asamblea Legislativa del distrito federal en el año 2010; dentro de la cual se establecen los derechos que ejercen y obligaciones que contraen cada una de las partes que celebran el contrato entre los que se puede mencionar la obligación de la madre gestante de entregar a la madre y al padre biológicos al menor después del nacimiento y el derecho de la madre portadora de interrumpir el embarazo en los términos que establece el Código Penal.

Dicha Ley en sus Artículos 10, 11, 14 establece los requisitos mínimos que se deben de constatar antes de cualquier procedimiento entre los que se pueden mencionar: la manifestación del consentimiento para llevar a cabo la gestación por sustitución, que la mujer gestante no haya estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que la mujer portadora no haya participado en más de dos ocasiones en la implantación y la que se consideraría la más importante en tomar en cuenta es que la intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro. Por lo que la única compensación económica que pueden realizar los padres de intención o biológicos es en el pago de los gastos médicos que surgieron con ocasión al embarazo de la mujer gestante. Es importante enfatizar que en el desarrollo de la Ley, la maternidad subrogada se permite únicamente en parejas heterosexuales al establecer dicha norma que las parejas contratantes deben estar unidas por matrimonio o de hecho; sin embargo también permite que lo soliciten personas solteras. Interpretando la legislación del Estado de México se llega a la conclusión que dicha figura es permitida en una forma parcial ya que únicamente puede practicarse la prestación de

útero cuando no implica una compensación económica es decir la maternidad subrogada altruista y conforme a los procedimientos que regula la Ley, prohibiendo de forma taxativa la maternidad comercial o con fines de lucro.

2.4 En el ordenamiento jurídico de Inglaterra

Inglaterra se ha caracterizado por ser un país muy conservador por lo que el tema de la subrogación comercial ha sido un tema constantemente debatido a lo largo de los años, al principio la legislación de dicho Estado no concedía derechos a las madres substitutas sino únicamente reconocía como madres legales a las madres portadoras aunque no tuvieran ningún vínculo genético con el menor, se basaban en la premisa que es madre por el simple hecho del parto.

Posteriormente en 1982 el gobierno Inglés designó una Comisión para que elaborara un informe denominado Reporte Warnock en el que en uno de sus apartados se consideraban las políticas y recomendaciones que debían ser aplicadas entorno a la maternidad comercial y señalaba que: se debía aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, como consecuencia, la inexigibilidad de tales pretensiones ante los tribunales⁹; por lo que en 1985 mediante la Subrogacy Arrangement Act que es un acuerdo en materia de Arreglos de Subrogación, se prohibió cualquier arreglo de subrogación comercial considerándola como un delito e

⁹ Hurtado Oliver, Xavier. **El derecho a la vida ¿y a la muerte?**. Pág. 94

imponiendo sanciones penales a quienes transgredieran dicha prohibición, con la finalidad de prevenir que la maternidad subrogada se convirtiera en un negocio. Sin embargo dicho acuerdo fue enmendado por el parlamento en 1990 y en dicha enmienda se estableció que se incluyera la maternidad subrogada pero sin fines lucrativos dejando claro que el cumplimiento de dichos arreglos no tienen fuerza coercitiva por lo que hace esta práctica no lucrativa al no poder demandar por incumplimiento.

Se puede concluir que la postura de Inglaterra en cuanto la maternidad comercial es de prohibición absoluta ya que no permite su práctica al considerarla un delito, ni tampoco permite que existan agencias u organizaciones comerciales de gestación subrogada que se dediquen a reclutar mujeres que se embaracen por cuenta de otra¹⁰, evitando que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer y que la vida de un ser humano no sea objeto de negocio; sin embargo si permite la maternidad subrogada altruista pero con ciertas limitaciones por medio de la cual la única compensación económica que puede recibir la madre gestante es para gastos médicos derivados del embarazo y los contratos de gestación subrogada no son judicialmente vinculantes ni pueden ser obligados a cumplirse bajo la ley de contrato.

¹⁰ Ibid.



2.5 En el ordenamiento jurídico de Australia

De igual forma a los Estados que se han mencionado anteriormente en el que la maternidad subrogada comercial se encuentra prohibida, la postura de Australia no difiere con los mismos al prohibir toda práctica de subrogación comercial en el sentido de que se trata de evitar la explotación de adultos vulnerables y la reproducción como una forma de comercialización¹¹. Dicha figura se encuentra regulada en el territorio de la capital Australiana así como en cinco Estados los cuales son: Queensland, New South Wales, South Australia, Victoria (se legisló la fertility medical procedure act 1984) y Western Australia; las leyes de dichos Estados consideran ilegal la celebración de cualquier contrato que tenga como objeto el alquiler de un vientre, considerado nulo de pleno derecho y prohíben toda práctica de gestación por sustitución comercial tipificándola como un delito¹².

La comisión de dicho delito según las leyes de Australia da lugar a una sanción en la que se puede imponer una multa y/o una pena privativa de libertad que puede ser hasta de dos años de prisión; en el Estado de Nueva Gales del Sur, se introdujo delitos penales extraterritoriales yendo el parlamento más allá y prohíbe no solo la gestación subrogada comercial en el territorio australiano, sino también penaliza a los padres de intención que realicen cualquier tipo de contrato comercial de gestación subrogada en cualquier otro país donde esta técnica este permitida por ley

¹¹ Lamm, Eleonora. **Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres**. Pág. 142

¹² Leonseguí Guillot, Rosa. **La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo**. Pág. 329

Por lo tanto, Australia hace una distinción en la regulación de dicha institución prohibiendo su práctica cuando se realiza con fines de lucro o este de por medio una compensación económica y permitiéndola cuando se trate de una gestación subrogada altruista (pero no en todos los Estados solo en la parte del Sur y el Oeste) y con ciertas limitaciones en las parejas contratantes en que solo pueden ser parejas heterosexuales.

Realizado el análisis comparativo de la legislación extranjera, infiero en el argumento común, o considerado constante, la premisa ausencia de lucro, o de ánimo lucrativo, en atención a dignificar a la persona humana, dado que en ningún momento puede ser considerada como un objeto o bien susceptible de comercio. Consecuentemente, se considera a la subrogación altruista, como la base fundamental de una maternidad loable; Guatemala en la actualidad no ha adoptado ninguna postura en la que se permita o bien se prohíba la maternidad subrogada altruista como la comercial debido a la inexistencia de legislación que regule dicha figura, sin embargo por las implicaciones sociales, psicológicas o jurídicas que puede causar la maternidad comercial es necesario que se incorpore en la legislación penal guatemalteca como un tipo penal.

Por ende, se necesita hacer uso del derecho comparado con el objeto de determinar las innovaciones legales pertinentes que fueren funcionales a nuestra sociedad guatemalteca, atendiendo a su cultura e idiosincrasia, que incorporen seguridad y certeza jurídica con respecto a la garantía de la gestación y procreación como bien jurídico tutelado de protección al orden personal y familiar.

CAPÍTULO III

3. Los derechos humanos

Todos los seres humanos por ser racionales y ostentar la calidad de persona son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, dichos derechos se poseen desde la concepción y terminan con la muerte, siendo iguales para todos sin distinción ni discriminación alguna, permitiéndoles desarrollarse como personas y participar así en la vida civil y política de un país; estos derechos han evolucionado de forma dinámica a lo largo de la historia logrando un avance significativo en las sociedades que los reconocen y se materializan mediante instrumentos legislativos.

Los derechos fundamentales pueden ser de carácter individual, social, económico, cultural y de distinta índole, plasmados en Leyes, Tratados, Convenios y Pactos Internacionales que otorgan a los Estados la obligación de promover, garantizar y respetar cada uno de ellos, velando especialmente por los de los sectores más vulnerables de la población, tales como lo son las mujeres y niños, adecuando la política de estado y la legislación en pro de su cumplimiento. La inobservancia de los derechos humanos por parte de los Estados repercute en los mismos incrementando la criminalidad, la violencia y permitiendo que se realicen prácticas impropias como la maternidad comercial en las que se desvalorizan las vidas de las personas en

menoscabo de su dignidad y violando los derechos fundamentales de los individuos involucrados.

Es por ello prioritario, que a sabiendas de que las mujeres y los niños son los sectores más vulnerables con la realización de la subrogación comercial, los Estados cumplan sus funciones garantistas de derechos humanos creando medios legales que tipifiquen las acciones consideradas ilícitas y que puedan constituir tipo penal violatorio de estos derechos, sancionado por medio de los órganos competentes a los responsables y traduciéndolos en el goce de un Estado de derecho.

3.1 Definición

Los derechos humanos han sido interpretados por diversos autores, filósofos y juristas a lo largo del tiempo debido a las necesidades que se han ido proclamando por las personas en cada época de la historia, por tal razón no se puede mencionar solo una definición general que englobe los derechos humanos sino para su comprensión hay que acotar los conceptos que le dieron origen.

Como prelude se remonta a las definiciones primarias enunciadas en la época del iusnaturalismo que hacían referencia de los derechos humanos al mencionar los derechos naturales, planteando que los derechos naturales son aquellos inherentes a la condición del ser humano los consideran intrínsecos por estar la persona naturalmente dotada de razón por lo que son inmutables, universales y absolutos; en la

época del positivismo los derechos humanos eran considerados como aquellos derechos individuales que se encuentran incorporados en las constituciones como garantías que deben ser cumplidas y respetadas por los Estados, denominados también derechos fundamentales.

Posteriormente en la época de la generalización se amplió la definición al ser considerados no solo individuales sino también sociales conocidos como todos aquellos derechos indispensables que coadyuvan con el desarrollo integral de un individuo y de la sociedad, con esta visión se impulso la lucha por los derechos económicos, sociales y culturales a nivel mundial. A manera de conclusión se puede citar un concepto histórico dado por el autor Antonio Pérez Luño el cual menciona: “Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional o internacional.”¹³

Analizando las definiciones acotadas anteriormente los derechos humanos se pueden definir como el conjunto de derechos o facultades universales, irrenunciables, indivisibles, inalienables, interdependientes e inherentes al ser humano debido que no son producto de una concesión política; son derechos exigibles frente al poder del Estado quien tiene la obligación de garantizar su cumplimiento y respeto mediante

¹³ Pérez Luño Antonio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución.** Pág. 48

instrumentos legales que los han venido reconociendo y ratificando a lo largo del desarrollo histórico de las sociedades.

3.2 Breve historia de los derechos humanos

Los derechos humanos para que fueran reconocidos como tales y garantizados por los Estados tuvieron que pasar por varias etapas o acontecimientos a lo largo de la historia que les dieron origen, remontándose a las épocas más antiguas donde incluso no existía el Estado hasta llegar a la etapa de especificación de los derechos humanos en donde comenzaron a existir nuevos sectores que debían ser protegidos y dignificados, siempre tomando en cuenta la cultura, identidad e idiosincrasia, así como la ubicación, situación política, social y cultural vivida en el momento de su análisis, interpretación y aplicación; en consecuencia, por la relevancia que cada periodo tiene en la historia de los derechos humanos son explicados de forma amplia a continuación:

3.2.1 Iusnaturalismo

El iusnaturalismo es una de las corrientes más antiguas en la que se puede encontrar indicios de derechos humanos, al afirmar que dentro de la consciencia del hombre existe la idea que hay un derecho que permanece, que no cambia y es inmutable, conocido como derecho natural, dicha idea se basa en dos supuestos: el primero de ellos justifica que la existencia del derecho natural proviene de la voluntad de Dios, ya

que esa voluntad no cambia es estática y el segundo supuesto, que es el que interesa para explicar la existencia de derechos en este periodo, establece que el derecho natural tiene su fundamento en la razón humana o natural conocida como la *rationae natura* y es pregonada por el teórico Thomas Hobbes de la siguiente forma "...es la libertad que tiene cada hombre de usar su propio poder según le plazca, para la preservación de la naturaleza, esto es de su propia vida; y consecuentemente, de hacer cualquier cosa que, conforme a su juicio y razón, se conciba como la más apta para alcanzar este fin"¹⁴; es decir que la razón natural consistía en ese discernimiento del que está dotado todo ser humano para comprender entre el bien y el mal, no realizar acciones que se consideraban prohibidas y tomar decisiones con base a la razón que le permitan conservar su vida. A lo largo del desarrollo del iusnaturalismo existieron más filósofos que fundamentaron la existencia de los derechos humanos en la razón natural como Montesquieu, Santo Tomás de Aquino, San Agustín, entre otros.

Los derechos que actualmente se conocen como derechos humanos dentro de esta corriente tenían su fundamento dentro de la razón natural, debido que el hombre tiene una naturaleza fija que no cambia y se exponía que los derechos fundamentales formaban parte de la naturaleza intrínseca de todo ser humano, siendo inherentes a él por estar dotado de razón.

¹⁴ Cáceres Rodríguez, Luis. **Estado de derecho y derechos humanos**. Pág. 101

3.2.2 Cristianismo

Los derechos humanos también encuentran su fundamento y reconocimiento en la iglesia católica al encontrarse plasmados en textos bíblicos existentes en el Antiguo Testamento, especialmente en los libros de Génesis y del Éxodo libro en el que se manifiesta la voluntad de Dios al otorgar este sus mandatos a Moisés y que son conocidos como los Diez Mandamientos, en dicho texto se evidencia la existencia de derechos humanos al establecer las conductas prohibidas como “no matar”, “no robar” y al no permitir las se reconocían de que derechos gozaba una persona como el derecho a la vida; así mismo en el Nuevo Testamento se logra la máxima expresión de los derechos humanos al estar implícitos en cada enseñanza de Jesucristo y dejar un nuevo mandamiento “ amarnos los unos a los otros”, en esta etapa se profundiza en la idea de igualdad y dignidad de los seres humanos, rechazando la violencia.

3.2.3 Reconocimiento de los derechos humanos en Inglaterra

Inglaterra es un Estado que dejó los primeros antecedentes históricos de materialización de los derechos fundamentales en cuerpos jurídicos, esto se produjo como consecuencia del desarrollo jurídico procesal de cada uno de ellos e ir incorporando garantías individuales dentro de sus textos, se pueden mencionar los siguientes cuerpos legales:

- La Carta Magna de Juan sin tierra: Surgió en el año 1215 y fue el primer instrumento jurídico - político mediante el cual un gobernante reconocía derechos humanos de sus subordinados y se comprometía a cumplirlos y respetarlos, estableciendo limitaciones para el rey que también debía acatarla y garantizando derechos como la vida, la libertad, derecho a la justicia; fue tanta su relevancia que dicha ley sirvió como antecedente de las constituciones de otros Estados.
- Habeas Corpus: Es también conocida como acta de exhibición personal de 1679 y sirvió como antecedente para la declaración de derechos.
- Declaración de derechos Bill of Rights: Se llevó a cabo en 1689 como producto de una lucha constante contra el monarca inglés, por medio de la cual los ciudadanos de Inglaterra obtuvieron ciertos derechos y libertades que se reconocieron como inderogables como el derecho de petición, derecho a la libertad de culto, derecho de elegir a los miembros del parlamento, libertad de expresión, entre otros.¹⁵

3.2.4 Positivación de los derechos humanos

Esta etapa se llevó a cabo en el siglo XVIII y sostenía la idea que únicamente el Estado puede crear derechos fundamentales mediante el procedimiento legal correspondiente y por dicha razón a través de normas positivas tiene la obligación no solo de reconocer los derechos humanos sino de respetarlos y garantizarlos.

¹⁵ López Contreras, Eulalio. **Derechos Humanos**. Pág. 83

Por tal circunstancia la positivación fue la forma de materializar los derechos humanos individuales dentro de las constituciones en apartados denominados garantías individuales debido a los ideales de esa época en donde se propugnaba la idea del liberalismo económico, la defensa de la propiedad privada y la protección de la persona como individuo y no como parte de un grupo social. Como producto de ese proceso de positivación de los derechos humanos se pueden mencionar:

- La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia: Surgió en 1776 como producto del mismo pueblo de los Estados Unidos de Norteamérica que dicta sus propias normas al independizarse de la corona inglesa y aprobar su propia constitución.
- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: Como producto de la Revolución Francesa fue aprobada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789 y proclamaba principios de libertad, igualdad y fraternidad de todos los seres humanos, también aparece por primera vez la presunción de inocencia hasta que la persona haya sido declarada culpable.¹⁶

3.2.5 Generalización de los derechos humanos

Por medio de la etapa de generalización se logra que los derechos humanos no se enmarquen solo en la concepción individual del hombre sino que se amplía a concretar los derechos sociales que surgen de las revoluciones obreras que buscan conquistar el

¹⁶ Cáceres. *Op. Cit.* Pág. 108

poder estatal; estos derechos fueron reconocidos como derechos indispensables que coadyuvan con el desarrollo integral de un individuo y de la sociedad, son conocidos como derechos humanos, económicos, sociales y culturales de los que se pueden mencionar el derecho al y del trabajo, a la educación, a la salud, entre otros.

Como antecedentes históricos de constituciones que materializaron los derechos sociales dentro de sus apartados podemos mencionar: la Constitución de Estados Unidos de México de 1917, la Constitución de Weimar de 1919 y la Constitución Política de Guatemala de 1945.

3.2.6 Internacionalización de los derechos humanos

Como consecuencia de las atrocidades cometidas a las personas durante las guerras mundiales, se pensó el proceso de internacionalizar los derechos humanos mediante la idea de construir un instrumento legal que sirviera de base para fundamentar los derechos humanos reconocidos universalmente, que deben ser garantizados por los Estados miembros y en caso de incumplimiento el Estado infractor es responsable ante la comunidad internacional. Dicho instrumento por el que se pretende respetar los derechos y garantías fundamentales de todo ser humano es la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

3.3 Características

El desarrollo dialéctico de los derechos humanos a lo largo de la historia, ha permitido que los mismos se revistan de diversos elementos o características que los han ido conformando e identificando, entre los que se pueden mencionar:

- **Universalidad:** Todas las personas sin discriminación pueden gozar de los derechos humanos y deben de ser respetados por todos los Estados, es por eso su carácter universal porque los derechos humanos son iguales en todo el mundo y pueden ser ejercidos por todas las personas.
- **Inherentes o innatos:** Los derechos humanos son intrínsecos a los seres humanos debido a que su origen no proviene del Estado o instrumentos legales sino de la naturaleza o dignidad de la persona, es decir que desde el nacimiento se pueden ejercer sin necesidad de ser reconocidos previamente por terceras personas.
- **Irrenunciables e intransferibles:** Ninguna persona puede renunciar a los derechos que por naturaleza posee, sin embargo estos pueden ser limitados o restringidos en casos excepcionales o de emergencia por parte de los Estados excluyendo el derecho a la vida que no puede ser objeto a ninguna restricción; de la misma forma tampoco pueden negociarse, trasladarse u otorgarse a

terceras personas por su característica de ser intransferibles es decir únicamente pueden ser ejercidos por el titular del derecho.

- **Imprescriptibles:** Dicha característica establece que los derechos humanos no caducan ni pierden su vigencia con el pasar de los años, sino que son inmutables.
- **Interdependientes, complementarios e indivisibles:** Los derechos humanos no pueden ser separados o divididos por ser de igual jerarquía, es decir que no hay un derecho más importante que otro sino que tienen la misma relevancia y deben ser atendidos con la misma urgencia, es importante señalar que los derechos humanos se encuentran clasificados en tres generaciones (primera generación derechos civiles y políticos, segunda generación derechos económicos, sociales y culturales, tercera generación derechos de los pueblos o de solidaridad y cuarta generación son los derechos que devienen de la tecnología) pero no por su importancia sino por tener su origen unos antes que los otros en el desarrollo histórico y también por la razón de su estudio; dentro del carácter complementario se establece que los derechos humanos deben de estar relacionados entre sí y coadyuvar los unos con los otros.
- **Inviolables:** Así como los Estados están obligados a respetar y cumplir los derechos humanos, todas las personas también deben respetar los derechos de

los demás por la razón que ninguna persona puede estar autorizada para violar, lesionar, transgredir ni atentar contra los derechos humanos

3.4 La dignidad humana

Entre los derechos más vulnerados por la práctica de la maternidad comercial se encuentra la dignidad humana por dicha razón es importante desarrollar y conocer lo que integra este derecho, y tener una visión más clara del alcance o consecuencias negativas que se pueden producir por la realización de la subrogación comercial, especialmente para las partes más afectadas como lo son las mujeres y los niños. La dignidad humana se puede explicar partiendo del adjetivo del que se deriva “digno” el cual según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa “merecedor de algo”¹⁷, de modo que se puede definir la dignidad humana desde el ámbito lingüístico como aquellas cosas que se merecen por la condición de ser humano.

Hay muchas interpretaciones de dignidad pero la que es de más trascendencia para el desarrollo del tema es el concepto que explica el filósofo Kant argumentando que los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, cuando se trata de seres irracionales, un valor puramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede

¹⁷ Real Academia Española. **Op. Cit.**

ser usado como medio y, por tanto, limita, en este sentido, todo capricho. Estos no son pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efectos de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, realidades cuya existencia es en sí misma, un fin. Este filósofo la explica desde la perspectiva en que la dignidad humana no tiene precio, no se le puede estimar con un valor relativo, debido a ser un derecho que solo lo pueden adquirir los seres humanos, los seres racionales por ostentar la calidad de persona y ser valorados y respetados por esa condición. Por lo tanto por medio de las prácticas de maternidad comercial se estaría violando la dignidad que posee intrínsecamente una persona al negociar su vida y limitarlo en el ejercicio de sus derechos de los que únicamente puede disponer él.

Este concepto de dignidad se puede encontrar en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual establece: “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca...”; teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente la dignidad humana constituye la base o fundamento para que las personas puedan ser valoradas por su condición y respetadas en los demás derechos que posee como la justicia, igualdad, libertad, seguridad, solidaridad y especialmente el derecho a la vida.

3.5 Tratados internacionales que protegen los derechos humanos y su relación con la maternidad comercial

La materialización de los derechos humanos se llevó a cabo mediante su incorporación dentro de instrumentos legales que permiten que los Estados puedan garantizar su reconocimiento, respeto y cumplimiento; debido a la característica de universalidad de los derechos humanos fue necesario crear un documento jurídico por el que se respetaran los derechos y garantías fundamentales de todo ser humano y ser reconocidos universalmente. Por lo que atañe al tema de la investigación únicamente se mencionaran documentos que normen derechos que puedan ser violados por la práctica de la maternidad comercial, siendo estos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969
- Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989

Es importante señalar que la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, es una Constitución humanista porque más de la mitad del texto está dedicado a los derechos humanos, estableciendo los principios básicos para el ejercicio de los derechos tanto individuales como sociales que se le otorgan al pueblo y los incorpora en su parte dogmática iniciando con el preámbulo y terminando en el Artículo 139.

CAPÍTULO IV

4. Teoría del delito

La Constitución Política de la República de Guatemala establece como deber y fin supremo del Estado la realización del bien común, así como garantizar el derecho a la vida, la justicia, seguridad, la paz y desarrollo integral de las personas; y para que estos bienes jurídicos tutelados sean respetados, el Estado debe cumplir su función sancionadora con los responsables de cometer conductas indebidas que puedan poner en peligro o violar los derechos fundamentales de una persona. Sin embargo en base al principio de legalidad, para que este pueda imponer una pena o medida de seguridad la conducta cometida por un individuo debe ser considerada prohibida y debe estar previamente tipificada en una ley como delito o falta, por lo que solo podrán ser sancionados quienes infrinjan la ley penal.

Por tales razones para que se puedan cumplir con los fines del Estado, es esencial que se conozcan que conductas humanas pueden ser consideradas como delitos y los elementos que deben concurrir para que las mismas sean catalogadas como tales y coadyuvar con estos planteamientos a la teoría del delito, es de vital importancia.

La teoría del delito es explicada por el jurista Enrique Bacigalupo como: "un instrumento conceptual que permite aplicar la ley a casos concretos, trata de dar una base científica

a la práctica de los juristas de derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad”¹⁸, analizando lo planteado por el autor Bacigalupo la teoría del delito es un instrumento que sirve como mediador entre la ley penal y el caso concreto, ya que establece un orden en el que deben de tratarse los problemas de aplicación de una ley a un caso concreto y una respuesta a los mismos, dichas respuestas se basan en conocer los elementos y generalidades del delito; es decir que dicha teoría facilita la interpretación de las normas jurídicas que describen tipos penales y su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales que los deben resolver con legalidad y seguridad jurídica.

Por consiguiente, la teoría del delito se puede definir como la parte de la ciencia del derecho penal que consiste en el conjunto de teorías y doctrinas ordenadas cronológicamente, las cuales determinan que es el delito, así como los elementos o características concretas que lo permiten describir como tal.

4.1 Utilidad de la teoría del delito

La teoría del delito permite que las personas conozcan las acciones que se encuentran permitidas o pueden realizar, las conductas que se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico como prohibidas; pero también comprendan la esencia del delito, así como los elementos que lo integran los cuales son positivos (subjetivos y objetivos), negativos por los cuales a las personas se les puede eximir de

¹⁸ Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Pág. 5

responsabilidad penal y los accidentales que modifican la responsabilidad penal al existir circunstancias atenuantes o agravantes.

La utilidad de esta teoría consiste en integrar cada uno de estos elementos, características, principios, doctrinas relacionadas con el delito de una forma lógica y cronológica con la finalidad de unificar su interpretación y facilitar la aplicación de la ley penal por parte de los órganos jurisdiccionales y al emitir sus resoluciones exista mayor seguridad jurídica.

4.2 El principio de culpabilidad

Es muy importante que el Estado para que pueda cumplir en forma óptima con su función sancionadora, se base en ciertos principios que inspiran al derecho penal entre los que se encuentran el principio de legalidad, intervención mínima del Estado, exclusión de analogía y especialmente para los fines de este apartado el principio de culpabilidad. Este principio se basa en que únicamente una persona puede ser sancionada con una pena o medida de seguridad por la comisión de un delito cuando se determina mediante un proceso legal que es culpable; es decir que para determinar dicha culpabilidad deben concurrir ciertas disposiciones, en primer lugar la persona debe haber cometido una acción u omisión considerada delito, debe existir intencionalidad o voluntariedad de infringir la norma legal y por último pero no por eso menos importante debe ser cometido por una persona capaz.

El principio de culpabilidad puede ser una limitante al poder sancionador del Estado cuando no se cumplen con todas las condiciones para determinar la culpabilidad del infractor, razón por la cual la conducta realizada no está sujeta a ninguna consecuencia jurídica; el jurista Eduardo Cauhapé - Cazaux establece que existen principios que se desprenden del principio de culpabilidad y permiten determinar la misma siendo estos los siguientes:

- Principio de personalidad de las penas: Este principio tiene su fundamento en el autor del delito, ya que establece que solo puede castigarse a la persona que cometió la conducta prohibida; es decir, únicamente se sancionara por los hechos cometidos propiamente por el autor y no por hechos cometidos por terceros (familiares, cónyuges, entre otros)
- Principio de dolo o imprudencia: Este principio está relacionado a la voluntad o intención del autor de violar la norma jurídica, es decir que para que se produzca el delito no solo debe existir un resultado dañoso sino que el autor previamente debe conocer el resultado y aun así realizar la conducta o actuar sin tener el debido cuidado.
- Principio de la exigencia de comprensión de la ilicitud: Para que una persona pueda determinarse culpable, es indispensable que conozca y comprenda lo antijurídico de su conducta, es decir deber ser una persona capaz que comprenda los alcances de su conducta.

Analizar el principio de culpabilidad en la maternidad comercial es de extrema importancia, en razón que se quiere tipificar como delito dicha figura en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco y para justificar este planteamiento constituye esencial elemento el determinar las personas que podrían surgir como posibles autores del delito; y para ser considerados autores se deben conocer los bienes jurídicos que se lesionan con dichas prácticas, además se debe tener la intención de lucrar con la realización de la maternidad comercial, ser personas capaces es decir en Guatemala ser mayores de edad y no estar declarados como interdictos. En la subrogación comercial podrían considerarse como posibles autores las madres portadoras que alquilen su útero para gestar un ser humano, los padres de intención que son las personas a quienes se les entregara el bebé y que pagan una compensación económica y cualquier agencia que intervenga en este proceso alquilando vientres.

4.3 Definición del delito

El significado de delito ha ido evolucionando a lo largo del desarrollo histórico del derecho penal, estableciéndole distintos postulados por los máximos exponentes de las épocas de la historia. En la época donde se puede observar que se empiezan a exponer postulados más claros del delito fue la época científica donde surgieron dos escuelas muy importantes, una de ellas es la escuela clásica y en dicha corriente el jurista Francesco Carrara expuso que el delito no era un ente de hecho sino un ente jurídico, es decir era una infracción a la ley del Estado cuya única consecuencia jurídica

era la pena; oponiéndose a dicha corriente surge la escuela positiva en la que Ferri considero al delito como un fenómeno natural o social, definiéndolo como una lesión a aquella parte del sentimiento moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales cuya consecuencia jurídica consiste en una pena o medida de seguridad¹⁹. Estas concepciones del delito permitieron que se conocieran algunos elementos que lo catalogan como tal, sin embargo el delito es más que una conducta humana o infracción a la ley del Estado.

En la Época Moderna ya se expusieron más acepciones que incidieron en lo que hoy se conoce como delito, entre los juristas más relevantes se puede citar a Ernst Beling quien manifestó en su obra Die Lehre vom Verbrechen, que el delito es una acción típica, contraria al derecho, culpable y sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad. Continuando con la definición del delito mediante la integración de sus elementos se pronunció Luis Jiménez de Asúa quien contemplo al delito como: “un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”²⁰

Para la teoría del delito, “delito es la acción, típica, antijurídica, culpable y punible” esta acepción permite analizar que todos los elementos esenciales tanto objetivos como subjetivos que deben concurrir para que la conducta humana pueda determinarse delictiva o no, dicha teoría los integra y relaciona en la misma definición.

¹⁹ Mir Puig, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal.** Págs. 154-165

²⁰ Jiménez de Asúa, Luis. **La ley y el delito.** Pág. 207

4.4 Elementos

Para que una conducta humana se pueda encuadrar como un delito o no, deben cumplirse con los elementos que permiten caracterizarlo como tal, siendo estos:

- **Positivos:** Permiten identificar la existencia de un delito y estos a su vez pueden ser objetivos integrados por la acción, la tipicidad, antijuridicidad; y subjetivos integrados por la culpabilidad y punibilidad.
- **Negativos:** Si se lleva a cabo cualquiera de estos elementos, no se puede encuadrar la conducta como delito, es decir que no existe jurídicamente y lo conforman la falta de acción o ausencia, atipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad y falta de punibilidad.
- **Accidentales:** Son los que determinan el grado de responsabilidad, es decir modifican la responsabilidad penal del autor. Siendo estos las causas agravantes y las causas atenuantes.

Sin embargo, para el desarrollo del siguiente apartado solo es necesario ahondar en el análisis de los elementos cuya concurrencia determinan la existencia de un delito, es decir los positivos; como se había explicado anteriormente pueden ser objetivos y subjetivos y es de esta forma que se explicaran de una forma breve cada uno de ellos.

4.4.1 Elementos positivos: objetivos

a. Acción

Es el primer elemento positivo del delito, también puede denominársele como conducta humana en virtud que únicamente los comportamientos o actos exteriorizados por los seres humanos pueden ser calificados como delitos, es decir que los actos cometidos por animales o fenómenos naturales no serán considerados delictivos. Además de que la acción sea cometida por una persona, también es necesario que dicha conducta sea exteriorizada o materializada en el mundo; por lo que las ideas, pensamientos o la intención de delinquir no podrán ser sancionadas por la ley penal sino se traducen a la realidad, es decir la fase interna conocida como tal en la *lter criminis* no tendrá relevancia jurídica si el autor no la llega a consumir.

La acción es explicada por varias teorías en las que le atribuyen distintas acepciones, las mismas son descritas por el licenciado Cahupé – Cazaux de la siguiente forma:

- **Causalismo:** Dicha teoría analiza únicamente si la acción es o no un delito, en virtud que dicha teoría divide los elementos del delito en subjetivos y objetivos; y estando la acción dentro de los primeros no le interesa estudiar si el autor actuó con intencionalidad sino lo que es relevante es estudiar la acción como una conducta humana voluntaria, como un puro proceso causal.

- Finalismo: Establece que todo comportamiento humano es realizado para la consecución de un fin determinado, por lo que en dicha teoría lo más importante es determinar el resultado que se quiere lograr ya que establece que no se puede concebir una acción que no vaya dirigido a un fin.
- Relación de causalidad: A esta teoría lo que le interesa es el análisis de las causas en el delito, establece que para que se produzca el delito debe existir una relación entre la causa (la conducta humana) y el efecto (resultado delictuoso). De dicha teoría se desprende la teoría de la causalidad adecuada en la que se establece que debe existir una causa idónea que provoque el daño deseado, Guatemala sigue esta teoría encontrando su fundamento en el Artículo 10 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Por lo tanto, se puede definir la acción como la conducta humana cometida voluntaria o involuntariamente, de forma activa o pasiva, que provoca un daño o modificación en el mundo exterior y está prevista en la ley. Interpretando lo afirmado por esta definición se establece que la conducta humana se realiza en dos formas:

- Por comisión: Consiste en realizar la conducta, es decir realizar un acto voluntario que se manifieste en el mundo exterior violando una ley prohibitiva.

- Por omisión: Consiste en la inactividad voluntaria de realizar una conducta, es decir no hacer algo infringiendo una ley que ordena obrar. Esta puede ser propia cuando no se realiza un deber que es general para todas las personas, o impropia cuando la persona no realiza un deber específico que la ley le impone.

En el análisis para determinar si existe la comisión de un delito en la figura de la maternidad comercial, se puede concluir que el elemento positivo de la acción si concurre por ser una conducta realizada por humanos que se exterioriza al momento que una mujer alquila su útero para gestar un ser humano y luego ser entregado a los padres de intención por una compensación económica; pero para que pueda ser una conducta prohibida es necesario que sea tipificada en la ley penal como tal.

b. Tipicidad

Para comprender con mayor claridad el elemento positivo de la tipicidad previamente debe analizarse el concepto del tipo penal el cual se puede definir como: “la descripción de la conducta prohibida por una norma”²¹, es decir la regulación que hace la ley penal de las acciones que no están permitidas o prohibidas y al llevarse a cabo por las persona pueden ser susceptibles a una sanción. El tipo penal es creado para cumplir diferentes funciones como la de ser seleccionador ya que escoge que conductas no son permitidas, ser garantizador debido a que solo sanciona las acciones típicas

²¹ Bacigalupo. *Op. Cit.* Pág. 17



establecidas en la ley como delitos y la función motivadora ya que al estar descritos en la ley se espera que las personas no los cometan.

La tipicidad es por consiguiente la actividad de encuadrar la conducta cometida dentro de un tipo penal regulado en la ley penal, para eso se deben distinguir todos los elementos objetivos (bien jurídico tutelado, sujeto activo y pasivo, verbo rector, pena) y subjetivos (dolo o culpa) que integran al tipo penal.

Analizando dicho elemento con la maternidad comercial, para que pueda ser considerada como una acción típica es necesario que la ley penal regule dicha conducta como prohibida, describiéndola como un tipo penal en el que se deben de tomar en cuenta los bienes jurídicos que lesiona (integridad) o que puede poner en peligro (la vida), los sujetos activos es decir las mujeres que realizan la gestación por sustitución, como los que reciban al menor o participen como intermediario (agencias), los sujetos pasivos que serían los menores de edad y hasta la misma mujer gestante, la acción prohibida que se concreta a practicar la maternidad subrogada comercial, la pena adecuada y en esta figura es evidente que la acción se realiza con dolo, ya que los involucrados la practican con la intención de obtener una ganancia económica de la misma.

c. Antijuridicidad

La tipicidad permite encuadrar una conducta dentro de un tipo penal, pero para que dicha conducta sea considerada delictuosa e ilícita es necesario que la misma sea contraria a la norma, es decir antijurídica. La antijuridicidad concurre al existir “una contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico”²² es decir que dicho comportamiento realizado descrito en un tipo penal, no esté autorizado o permitido por la ley y por ende infrinja la norma jurídica.

Para determinar la antijuridicidad en la acción se requiere que se cumplan con las siguientes condiciones: en primer lugar se debe determinar si la conducta se enmarca dentro de alguno de los tipos penales de la Ley o Código, es decir que una acción típica representa un indicio de antijuridicidad; como segundo supuesto es necesario que no concurren ninguna de las causas de justificación ya que siendo estas un elemento negativo del delito no se actúa contrario al derecho y la conducta es justificable. Las principales causas de justificación son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el legítimo ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber y se encuentran reguladas en el Artículo 24 del Código Penal.

Cuando una acción es típica y antijurídica la doctrina ha determinado que se está ante un tipo de injusto, dicho injusto constituye el hecho que el derecho considera reprochable y que puede tener su fundamento por el resultado que produce conocido

²² Gonzáles Cauhapé - Cazaux. **Op. Cit.** Pág. 73

como el desvalor del resultado o ya sea por la acción antijurídica que se comete conocido como el desvalor de la acción, pero el derecho no puede prohibir resultados sino solo acciones por lo que la doctrina establece que para determinar el fundamento de ese reproche al injusto, se debe valorar tanto el resultado como la acción y así determinar la antijuridicidad de la acción.

Para que la maternidad comercial sea considerada ilícita es necesario que previamente se tipifique la conducta dentro del Código Penal y se pueda determinar su antijuridicidad al cometerse la conducta prohibida y contraria a la norma, pudiendo así ser reprochada por la sociedad y sancionada por el Estado.

4.4.2 Elementos positivos: subjetivos

d. Culpabilidad

Es un elemento subjetivo del delito en virtud que para establecer su existencia es necesario determinar previamente la voluntad o intencionalidad del autor al cometer la acción típica y antijurídica. La culpabilidad se puede definir como el comportamiento consciente de la voluntad, que da lugar a un juicio de reproche al sujeto activo por haber realizado la conducta antijurídica. Dicha manifestación de la conducta humana puede realizarse de forma dolosa o culposa; es de forma dolosa cuando en la comisión de la acción típica y antijurídica media la voluntad consciente del autor, es decir hay

propósito o intención de causar un daño y es de forma culposa cuando se causa un resultado dañoso por haber actuado mediando la imprudencia, negligencia o impericia.

Para que se determine la existencia de culpabilidad deben concurrir ciertos elementos; en primer lugar la conducta antijurídica debe ser cometida por una persona capaz e imputable es decir tener la mayoría de edad y no adolecer de enfermedad mental por lo que los niños no pueden ser culpables, conocer la antijuridicidad del hecho cometido ya que no podría haber obrado distinto si no conocía que la conducta estaba prohibida y como tercer elemento la exigibilidad de un comportamiento distinto.

La culpabilidad de los sujetos activos que practican la maternidad subrogada comercial podría determinarse al establecerse que la mujer gestante, los sujetos que pagan la compensación económica y otros intermediarios actuaron de forma consciente con la intención de obtener un lucro al comercializar la vida de una persona y sin mediar ninguna causa de inculpabilidad.

e. Punibilidad

Por último la teoría del delito analiza la penalidad como un elemento positivo del delito que se centra en la pena que se debe imponer por la comisión de una acción típica, antijurídica y culpable; sin embargo ha habido discrepancias en relación a la culpabilidad ya que algunos autores la consideran como un elemento positivo del delito estableciendo que la conducta antijurídica y culpable para que constituya delito debe

ser sancionada con una pena, es decir que sin este elemento no existe delito y para otros autores la punibilidad es una consecuencia en el delito ya que consideran que existe un delito aunque este no sea sancionado, basta con que concurra la acción típica y antijurídica.

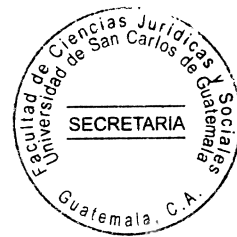
La punibilidad en la figura de la maternidad comercial que se ha desarrollado a lo largo de dicha investigación es de gran relevancia, ya que al adoptar una postura contraria a la realización de su práctica es necesario que luego a ser tipificada, se determine la antijuridicidad y culpabilidad se pueda imponer una pena que sea proporcional y adecuada a los sujetos activos que la cometan, con la finalidad que ya no se vuelvan a cometer las mismas conductas y de proteger a las persona en sus bienes jurídicos.

4.5 La maternidad comercial considerada como un delito

Los bienes jurídicos son intereses sociales que por su relevancia merecen protección especial, tanto por leyes penales como por las constitucionales, dichos bienes jurídicos son puestos en peligro o lesionados al realizarse prácticas de gestación comercial; partiendo de este punto se puede explicar la importancia de incorporar la maternidad comercial como un delito dentro del Código Penal guatemalteco, ya que all existir varios derechos que resultan desprotegidos con esta figura es relevante que se realicen reformas a la ley penal con la finalidad de tipificar la conducta dentro de un tipo penal protegiendo dichos derechos, y por ende al constituir un delito y determinarse la

antijuridicidad y culpabilidad de los sujetos activos se pueda imponer una pena correspondiente.

Debido que los intereses sociales de la vida e integridad de las personas que podrían afectarse o lesionarse con dichas conductas son de gran relevancia, es necesario la intervención del derecho penal ya que de lo contrario no tendría sentido su intervención ni serían ineludibles sanciones penales para los autores sino únicamente podría imponerse sanciones administrativas o civiles.



CAPÍTULO V

5. Implicaciones y consecuencias negativas de la aplicación de la maternidad comercial y su importancia de incorporarla dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco

En virtud que la maternidad comercial es un figura que se encuentra en apogeo en las sociedades, es primordial analizar los alcances y consecuencias negativas que pueden llegar a provocar el uso poco ético, moral y jurídico de la tecnología, para alquilarse un útero y ser realizado por personas inescrupulosas como una nueva forma de generar ingresos económicos; dichas circunstancias permiten fundamentar la importancia de incorporar la maternidad comercial como un tipo penal dentro de la legislación penal guatemalteca.

5.1 Efectos e implicaciones de la maternidad comercial

5.1.1 Implicaciones ético – morales

Una sociedad en donde los valores sean la base que orienten la conducta de las personas, es una sociedad en donde se respetarán las normas morales, éticas, sociales, culturales y jurídicas que por ende prevalecerán los derechos fundamentales.

Dichas normas éticas - morales permiten diferenciar lo bueno de lo malo, lo correcto de lo incorrecto, lo que está permitido de los actos que no están permitidos, guían los actos de los seres humanos para alcanzar la felicidad y el bien común en la sociedad; por lo que al infringir estas normas se estaría actuando de manera egoísta produciendo consecuencias negativas que podrían afectar los valores como el respeto, la libertad, integridad, honestidad, justicia, entre otros.

Por lo que realizar prácticas de maternidad comercial, al tratarse de conductas en las que se alquila un útero y por consiguiente la vida e integridad de las personas, provoca que se violen los valores fundamentales sobre los que se ha sustentado la sociedad humana, distorsionando la figura sublime de la maternidad en la que yace el amor puro, sincero e incondicional para convertirse en una nueva forma irregular de ingresos económicos al entregarse un niño a cambio de una remuneración cuantificable en dinero, transgrediendo así las normas éticas y morales en virtud que se actúa sin límites sobre pasando lo que es moralmente aceptable al desvalorizar o menospreciar a un ser vivo para alcanzar una finalidad egocéntrica.

5.1.2 Implicaciones sociales

La maternidad comercial en países como España, Inglaterra, Australia no es bien vista y se encuentra prohibida en sus ordenamientos jurídicos, por lo que al tratarse de culturas tan conservadoras surge la siguiente interrogante ¿Cómo serán vistos y tratados los niños que son fruto de estas transacciones económicas? ya que al ser los

agraviados directos por esta figura pueden ser rechazados y discriminados por los demás niños por tal circunstancia y no crecer en el núcleo de una familia integral, son rechazados por la madre biológica, también pueden ser rechazados por los mismos padres de intención al desistir de recibir al niño por adolecer de enfermedades mentales o físicas y por ende no pagar la remuneración económica a la madre biológica. También causa consecuencias negativas en la base de la sociedad que es la familia en virtud que dichas prácticas fomentan la decadencia y destrucción de la familia desde el momento que la madre biológica abandona a su hijo para entregarlo a la madre de intención o social. Por lo tanto, en Guatemala por ser un país conservador en sus tradiciones y costumbres al ser practicada la figura de la maternidad comercial puede causar un rechazo por parte de la sociedad hacia los sujetos que la realizan por desvirtuar la maternidad considerándola como un negocio, amenazar con la desintegración de la familia y fomentar la pérdida de valores.

5.1.3 Implicaciones psicológicas

En la maternidad subrogada comercial los sujetos involucrados, especialmente las madres biológicas, portadoras y de intención pueden experimentar episodios de estrés, ansiedad, confusión y depresión en el transcurso de dicho proceso, ya que muchas veces las madres portadoras por la carencia de recursos económicos se ven obligadas a rentar su vientre afectándolas en su autoestima y provocando en el menor similares sentimientos al ser distorsionada la figura de la maternidad y la institución de la familia.

5.1.4 Implicaciones jurídicas

Desde el punto de vista civil la gestación por sustitución comercial causa graves problemas en los vínculos paterno y materno filial al existir varios sujetos que intervienen en el proceso, siendo estos las personas que aportan el material genético es decir padres biológicos, la persona que alquila su útero para gestar al menor es decir la madre portadora y las personas que reciben al menor y se encargan de su crianza; es decir, los padres de intención por lo que al existir conflictos entre las partes por ejemplo que la madre portadora no quiere entregar al menor existe un vacío en virtud que no se conoce quien posee la patria potestad.

Desde el punto de vista penal la maternidad subrogada además de lesionar y poner en peligro bienes jurídicos tutelados permite la existencia de nuevas formas de explotación de las personas al ser consideradas como un negocio que puede dejar cuantiosas sumas de dinero, comercializando el vientre de una mujer y la vida de un ser humano.

5.2 La adopción como una alternativa para las personas que no pueden procrear hijos

La adopción es una institución social que está orientada a proteger, garantizar y restituir el derecho de un niño, niña o adolescente huérfano o abandonado a tener una familia cuando este ha sido vulnerado, dicha protección es declarada de interés

nacional por el Estado prevaleciendo siempre el interés superior del niño frente a cualquier otro derecho, principio que con frecuencia no se observaba en los procesos de adopción anteriores a la vigencia de la Ley de Adopciones.

La adopción antiguamente se encontraba regulada por el Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, Código Civil y por la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto Número 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, mediante la cual se facultaba al notario para llevar a cabo actos en donde no existe contienda entre las partes y uno de esos trámites era la adopción; siendo un trámite en el que el Estado no intervenía y pertenecía al derecho privado, facilitó que se suscitaran procesos de adopción llenos de vicios iniciando desde la madre que manifestaba su intención de dar a su hijo en adopción antes del nacimiento del menor hasta el notario que tramitaba el proceso, existía favoritismo en otorgar la adopción a las familias extranjeras ante las familias nacionales violándose el principio de subsidiaridad vigente actualmente y se distorsionó dicha institución al obtenerse beneficios económicos indebidos por parte de las autoridades involucradas considerándolo como un negocio. Posteriormente para evitar todo tipo de explotación o abuso con los niños en proceso de adopción entró en vigencia el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional del 20 de mayo 1993 y la Ley de Adopciones, Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala del 11 de diciembre de 2007 cuerpos normativos que obligan al Estado a tutelar y proteger a los

niños en estado de adoptabilidad ante cualquier arbitrariedad así como garantizarles el ejercicio de todos sus derechos, velando siempre por su desarrollo integral.

En virtud de ser una institución que ha evolucionado a lo largo de la historia hasta encontrarse vigente en las leyes del país, es esencial que se considere como una alternativa para las personas que deseen convertirse en padres y no lo pueden ser biológicamente, erradicando así absolutamente toda práctica de maternidad comercial que pone en riesgo la vida e integridad de un menor; dicha postura se puede fundamentar en base a los siguientes razonamientos:

- En la adopción se trata de restituir un derecho a un niño, niña o adolescente huérfano o abandonado a quien se le ha vulnerado su derecho a tener una familia; mientras que con la maternidad comercial se limita al menor de este derecho, deteriorando y destruyendo así la institución conocida legalmente como familia desde el momento en que la madre biológica abandona a su hijo y lo entrega a personas desconocidas.
- La adopción se encuentra regulada en la Ley de Adopciones e intervienen órganos jurisdiccionales en el proceso, siendo declarada la adoptabilidad por un juez de la niñez y adolescencia para posteriormente homologar y declarar con lugar la adopción por un juez de familia; la maternidad comercial como es evidente se lleva a cabo de forma clandestina y al margen de la ley permitiendo que las partes actúen a su libre albedrío violando derechos fundamentales.

- En la adopción las personas solicitantes deber cumplir con un certificado de idoneidad es decir que deben llevar a cabo un proceso de valoración en el que se comprueban que los futuros adoptantes son personas capaces e idóneas, también deben ser personas unidas en matrimonio o en unión de hecho declarada legalmente, pueden ser solteras o ser tutor del adoptado; en la maternidad comercial no se exigen requisitos de idoneidad sino requisitos físicos tales como tener ojos azules, de complexión delgada, de tez blanca, entre otros, en virtud que lo que les interesa es alquilar el vientre de una mujer que llene sus expectativas y pudiendo ser los solicitantes parejas del mismo sexo.
- La finalidad de la adopción es velar por el interés superior del niño, es por la misma razón que se hacen estudios psicológicos, sociales, legales de los solicitantes para que el niño pueda crecer en una familia que congenie con los miembros familiares y pueda adaptarse más fácilmente, es decir que lo importante en dicha institución son los derechos del menor, que se pueda favorecer su desarrollo integral con la familia adoptante; en la maternidad comercial no se busca velar por los intereses del niño sino satisfacer el deseo de los padres de intención, no se busca lo que sea mejor para el niño sino lo que es mejor para los padres sustitutos pudiendo caer éste en personas que solo buscan comerciar con la vida del menor para incrementar su patrimonio.
- El razonamiento que considero más relevante para esta propuesta de analizar la adopción como una alternativa para convertirse en padres en vez de practicar la

maternidad subrogada comercial radica en que el trámite de la adopción es gratuito quedando establecido en la Ley de Adopciones en su Artículo 10 en el que se establece que se encuentra prohibida “ la obtención de beneficios indebidos, materiales o de otra clase, para las personas, instituciones y autoridades involucradas en el proceso de adopción, incluyendo a los familiares dentro de los grados de la ley del adoptante o del adoptado” en virtud que lo que se busca en la adopción es restituir el derecho a la familia que se encuentra vulnerado; por el contrario en la maternidad comercial su único objetivo es la ganancia económica que se obtiene de este proceso.

5.3 Importancia de la incorporación de la maternidad comercial prohibiendo su aplicación dentro del territorio de la República de Guatemala

El desarrollo de la presente investigación ha permitido enriquecer la información sobre lo que constituye la esencia de la maternidad subrogada comercial, analizando sus antecedentes, elementos que la constituyen, sujetos que participan, causas que le dan origen, así como las formas de reproducción asistida que se pueden llevar a cabo, estudiando derecho comparado de legislaciones extranjeras con relación a esta figura en las que unos Estados adoptaron una postura de reticencia y otros de aprobación, derechos humanos que resultan o pueden resultar lesionados, implicaciones negativas de su práctica y todo este conjunto de postulados que fundamentan y defienden la postura que se adopta de no permitir prácticas de dicha figura y por lo tanto se enfatiza

en la importancia que existe de incorporar la maternidad comercial dentro del ordenamiento jurídico penal guatemalteco.

La maternidad comercial o vientre de alquiler como también se le denomina es una figura que no solo existe como una problemática actual en los Estados europeos o americanos sino que es un hecho que ya afecta la sociedad guatemalteca desvirtuando instituciones como la familia, la maternidad, la integridad de una persona y fomenta la carencia de valores, ética y moral en las personas, por lo que su regulación permitiría evitar implicaciones y consecuencias negativas difíciles de resolver cuando no existen normas jurídicas que prohíban dichas acciones. Con el propósito de explicar la importancia del por qué se debe regular dicha institución se plantearon los siguientes razonamientos:

- Por medio de su incorporación dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se evitaría que se lesionaran o se pusieran en peligro bienes jurídicos que el Estado tiene la obligación de garantizarles a todas las personas, como la vida, la integridad, la libertad y demás derechos humanos fundamentales que son inherentes a la persona humana y que no pueden ser renunciados por el titular ni violados por otro individuo, reconocidos en nuestra Constitución y Tratados internacionales
- Se podría evitar que las personas interesadas en alquilar un vientre, como las mujeres dispuestas a rentarlo siguieran actuando de forma clandestina y fuera

del marco de la ley, ya que al conocer la prohibición de la conducta permitirá que las personas no las contravinieran, en virtud que estarían transgrediendo una norma legal.

- Tipificando la maternidad comercial se especificaría los sujetos activos que podrían ser responsables por la comisión del delito, pudiendo actuar como autores las personas que aportan material genético es decir los padres biológicos, la mujer que renta su útero es decir la madre gestante o portadora, las personas que reciben al menor y pagan la cantidad económica pactada es decir los padres sustitutos y demás intermediarios que participen en el proceso.
- Los agraviados resultantes de dichas prácticas podrían ser restituidos en sus derechos vulnerados y con la intervención del Estado se proporcionaría mayor protección a la parte más vulnerable como son los niños fruto de esa negociación económica.
- Se impediría que con estas prácticas se le imponga un valor cuantitativo o precio a la vida de una persona, distorsionando la figura de la maternidad en virtud que es concebida como un mero negocio.

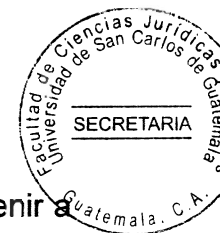
En virtud del planteamiento esbozado es trascendental que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Código Penal, Decreto número 17-73, por medio del cual se incorpore la maternidad comercial como un tipo penal dentro de su parte

especial, incluyéndolo dentro del título primero de los delitos contra la vida y la integridad de la persona, en virtud que al ser cometido, se estaría lesionando o peligrando con la conducta prohibida los bienes jurídicos de la vida y la integridad de la persona. Por tanto, con la tipificación de dicha figura, y atendiendo al principio de legalidad, determinando la culpabilidad del sujeto activo en un proceso penal, se podrían imponer las sanciones penales correspondientes.

5.4 Responsabilidad y sanciones prudentes para los sujetos que intervengan en la práctica de la maternidad comercial

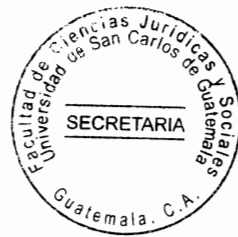
Cuando por una conducta humana se infringe una norma penal y se comete un daño o un perjuicio, serán responsables los sujetos activos que cometieron la acción delictuosa y serán susceptibles a una sanción penal, es decir la imposición de una pena o una medida de seguridad. La pena se puede definir como la consecuencia jurídica establecida en la ley que consiste en la restricción o privación de bienes jurídicos, impuesta por un órgano jurisdiccional competente al responsable de un ilícito penal.

Por estar revestida la pena de características como ser una consecuencia jurídica, ser personal, determinada, proporcional a la naturaleza y gravedad del delito estimo conveniente que en relación a la maternidad comercial a los autores, intermediarios cómplices y demás sujetos activos responsables de practicar dicha figura sería prudente que los órganos jurisdiccionales les impusieran una pena de prisión, en virtud de los bienes jurídicos tan importantes que se vulneran y con el objeto que con el



cumplimiento de la misma los responsables no vuelvan a delinquir así como prevenir a los demás ciudadanos sobre las consecuencias jurídicas que podrían estar sujetos si cometen el delito.

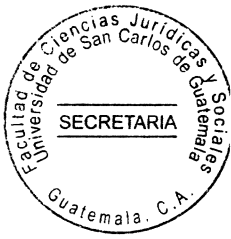
Además de estar sujetos a sanciones penales, también los responsables deben estar sujetos a responsabilidades civiles por medio de la cual deben de reparar e indemnizar los daños y perjuicios causados al sujeto pasivo, específicamente los daños morales provocados al niño que fue objeto del negocio del vientre en alquiler.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La maternidad comercial es una problemática existente en diversos países Europeos, Latinoamericanos y de forma clandestina se practica en Guatemala, tiene su origen en diversos factores como son los problemas de fertilidad, incapacidad para procrear por ser parejas del mismo sexo, por los avances tecnológicos pero el más imperante para la presente investigación es el factor económico ya que con dichas prácticas al rentar el vientre de una mujer para luego entregar al bebé a otras personas, se le impone un valor cuantitativo a la persona permitiendo su enajenación o venta, siendo únicamente las mercancías o bienes los que pueden ser susceptibles de comercialización; esta situación provoca que se lleven a cabo nuevas formas de explotación humana al desvirtuar la maternidad y dimensionarla como un negocio.

En virtud que la maternidad subrogada onerosa pone en riesgo y lesiona bienes jurídicos tutelados por las leyes del país así como sus derechos fundamentales, es necesario que el Estado de Guatemala con el fin de garantizar la seguridad, justicia y el bien común adopte una postura no permisiva o prohibitiva de dichas acciones por medio de la cual el Organismo Legislativo incorpore la maternidad comercial como un tipo penal contenido en el Código Penal guatemalteco así como las consecuencias jurídicas en que podrían incurrir quienes violen dicha prohibición.





BIBLIOGRAFÍA

- ARAMBULA REYES, Alma. **Maternidad subrogada**. México: Ed. Centro de Documentación, Información y Análisis, 2008
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Asirea, (s.e), 1978
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Tomo I, II, III. Buenos Aires, Argentina: Ed. Omeba, 1968
- CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis. **Estado de derecho y derechos humanos**. Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix. (s.e), 2005
- FUKUYAMA, Francis. **El fin del hombre**. Buenos Aires, Argentina: Ed. B, S.A. 2002
- GONZÁLEZ CAUHAPÉ – CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco, la teoría del delito**. Guatemala, Guatemala, (s.e), 2ª edición, 2003
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. **Maternidad subrogada y adopción internacional**. México, (s.e), 2012
- <http://www.babygest.es/el-caso-baby-m/>. **Maternidad subrogada**.(Consultado: 14 -1-2015)
- <http://www.jsonline.com/news/health/163772546.html>. **Surrogacy laws in the United States**. (Consultado: 4-1-2016)
- <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>. **Reproducción asistida**. (Consultado: 29-12-2015)
- HURTADO OLIVER, Xavier. **El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido, problemas éticos, legales y religiosos**. México: Ed. Porrúa, 2ª edición, 2000
- JIMÉNES DE ASÚA, Luis. **La ley y el delito**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Sudamericana, 3ª edición, 1958
- LAMM, Eleonora. **Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres**. Barcelona, España: Ed. Universitat de Barcelona, (s.e), 2013



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

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **Derechos humanos.** Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1ª edición, 2006

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. B de F., 2ª edición. 2003

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., (s.e), 1987

PÉREZ LUÑO, Antonio. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 8ª edición, 2006

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** <http://dle.rae.es/?id=ObhmSF0> (Consulta: 10-1-2015)

Legislación

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

Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Decreto 6- 78. Congreso de la República de Guatemala, 1978

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 17-73. 1973

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 51-92. 1994

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

Ley 14-2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. España, 2006