

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE ALQUILER O  
SUBROGACIÓN DE VIENTRE Y DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA RESPECTO A  
LA FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD SOBRE EL MENOR, EN VIRTUD DE LA  
CELEBRACIÓN DEL MISMO**

**KARLA ANA ISABEL AGUIRRE JUÁREZ**

**GUATEMALA, AGOSTO DE 2014**

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE ALQUILER O  
SUBROGACIÓN DE VIENTRE Y DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA RESPECTO A  
LA FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD SOBRE EL MENOR, EN VIRTUD DE LA  
CELEBRACIÓN DEL MISMO**

**TESIS**

**Presentada a la Honorable Junta Directiva**

**de la**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**de la**

**Universidad de San Carlos de Guatemala**

**por**

**KARLA ANA ISABEL AGUIRRE JUÁREZ**

**previo a conferírsele el grado académico de  
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
y los títulos profesionales de  
ABOGADA Y NOTARIA**

**Guatemala, agosto de 2014.**

**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 II: Licda. Rosario Gil Pérez  
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía  
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Álvarez  
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario  
SECRETARIA: Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Eduardo Leonel Esquivel Portillo  
Secretario: Lic. Edgar Rolando Cuyún Bustamante  
Vocal: Lic. Albert Clinton Whyte Bernard

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Luis Emilio Orozco Piloña  
Secretario: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández  
Vocal: Lic. Jose Luis de León Melgar

**RAZÓN:** "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



**Bufete Profesional**  
**Espino Pinto & Asociados**



Guatemala, 10 de abril de 2013.

Doctor Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

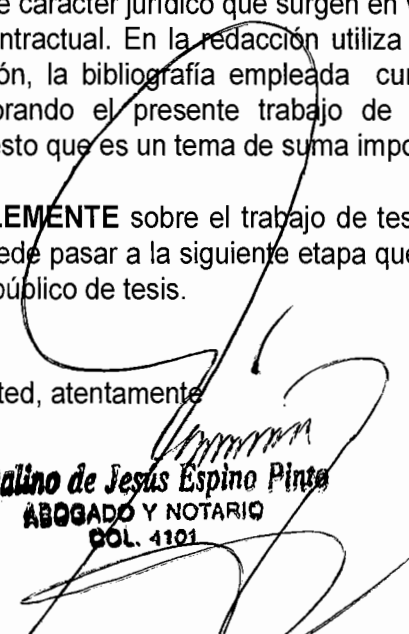
Distinguido Licenciado:

Atendiendo al nombramiento que se me hiciera como ASESOR de tesis, el que me fue comunicado en oficio de fecha 05 de febrero de 2013, respetuosamente me permito informarle que asesoré el trabajo de tesis de la señorita **KARLA ANA ISABEL AGUIRRE JUAREZ**, nominado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE ALQUILER O SUBROGACIÓN DE VIENTRE Y DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA RESPECTO A LA FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD SOBRE EL MENOR, EN VIRTUD DE LA CELEBRACIÓN DEL MISMO".

Considero que el presente trabajo de tesis cumple con el fundamento legal y doctrinario necesario, el métodos y las técnicas utilizadas por la señorita Karla Ana Isabel Aguirre Juárez, demuestran la importancia de la necesidad de regular el alquiler o subrogación de vientre, en virtud de las disyuntivas de carácter jurídico que surgen en virtud de la celebración del mismo como negocio jurídico contractual. En la redacción utiliza términos adecuados y claros, lo cual facilita su comprensión, la bibliografía empleada cumple con el contenido técnico de la investigación, colaborando el presente trabajo de tesis a enriquecer la producción investigativa del país, puesto que es un tema de suma importancia.

Por lo expuesto **OPINO FAVORABLEMENTE** sobre el trabajo de tesis de la señorita Karla Ana Isabel Aguirre Juárez, el cual puede pasar a la siguiente etapa que es la REVISIÓN para su posterior discusión en el examen público de tesis.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente

  
**Victalino de Jesús Espino Pinto**  
ABOGADO Y NOTARIO  
C.O.L. 4101

6ª. Av. "A" 14-62, Edificio Asturias, 2º. Nivel Of. No. 8.

Tel. 22382834 - 44661832



# USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante KARLA ANA ISABEL AGUIRRE JUÁREZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE ALQUILER O SUBROGACIÓN DE VIENTRE Y DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA RESPECTO A LA FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD SOBRE EL MENOR, EN VIRTUD DE LA CELEBRACIÓN DEL MISMO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/slh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO



## DEDICATORIA



- A:** Dios, gracias por tu amor y bondad infinita.
- A mis padres:** Doña Isabel y Don Luis a quienes les dedico este logro especialmente, puesto que sin su amor y apoyo incondicional jamás lo hubiera logrado
- A mis hermanos:** Luis, Alex y Fernando, los amo gracias.
- A mi abuelita:** Mama Anita, gracias por su amor, por su bondad y por ser siempre el pilar de mi familia.
- A:** Byron Stephan Cano López, gracias por ser parte de este logro tan importante y por tu amor incondicional.
- A los licenciados:** Elva Marina Menéndez Osorio y Carlos Arturo Ortega Sánchez.
- A mis amigos:** Ricardo, Ivone, Melody, Fabiola, Andrés, Jorge y Erick.
- A:** La tricentenaria y grande entre las del mundo, Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

# ÍNDICE



**Introducción.....**

## CAPÍTULO I

<b>1. El negocio jurídico.....</b>	<b>1</b>
1.1. Definición.....	1
1.2. El negocio jurídico y la autonomía de la voluntad.....	1
1.3. El negocio jurídico y su carácter patrimonial.....	3
1.4. Elementos del negocio jurídico.....	4
1.4.1. Elemento personal.....	4
1.4.2. Elemento Real.....	5
1.4.3. Elemento Formal.....	5
1.5. El negocio jurídico contractual.....	6
1.5.1 Definición.....	6
1.5.2. Elementos esenciales, naturales y accidentales del negocio jurídico contractual.....	7
1.5.3. Elementos esenciales del negocio jurídico contractual.....	10
1.5.3.1 El consentimiento que no adolezca de vicio.....	10
1.5.3.2 Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad.....	15
1.5.3.3. Objeto lícito.....	16
1.5.4. Efectos del negocio jurídico contractual.....	19
1.5.5. Efectos del incumplimiento del negocio jurídico contractual.....	19
1.5.6. Nulidad del negocio jurídico contractual.....	23
1.5.7. Clasificación del negocio jurídico contractual.....	24



## CAPÍTULO II

Pág.

<b>2. El contrato atípico de alquiler o subrogación de vientre.....</b>	<b>27</b>
2.1. Calificación jurídica del contrato de alquiler o subrogación de vientre en virtud de su objeto.....	28
2.2. Métodos de reproducción asistida.....	31
2.2.1. Inseminación artificial.....	35
2.2.2. Inyección de espermatozoide en el óvulo (ICSI).....	36
2.2.3. Fertilización in vitro (IVF o FIV).....	37
2.2.4. Alquiler o subrogación de vientre.....	38

## CAPÍTULO III

<b>3. Filiación.....</b>	<b>41</b>
3.1. Definición de filiación.....	41
3.2. Clasificación de la filiación.....	42
3.2.1. Filiación matrimonial.....	42
3.2.2. Filiación extramatrimonial.....	43
3.3. Reconocimiento del menor de edad.....	45
3.4. La patria potestad como efecto de la filiación.....	46
3.4.1. Definición de patria potestad.....	46
3.4.2. Los sujetos de la patria potestad: titularidad y ejercicio.....	47
3.4.3. Suspensión de la patria potestad.....	49
3.4.4. Pérdida de la patria potestad.....	50
3.4.4.1 La adopción como causa de la pérdida de la patria potestad.....	51





## CAPÍTULO IV

Pág.

<b>4. Problemática jurídica que surge en virtud de la maternidad subrogada en la filiación y la patria potestad.....</b>	<b>53</b>
4.1. Problemática de la filiación materna y paterna.....	55
4.1.1. Problemática de la filiación paterna matrimonial.....	55
4.1.2. Problemática de la filiación paterna extramatrimonial.....	59
4.1.3. Problemática de la filiación materna.....	60
4.2. Problemática de la patria potestad como consecuencia de la celebración del contrato de alquiler o subrogación de vientre.....	68

## CAPÍTULO V

<b>5. Nulidad del contrato de alquiler o subrogación de vientre, en virtud de la ilicitud de su objeto por ser contrario al orden público.....</b>	<b>73</b>
5.1. Porque la persona misma no puede ser objeto de un contrato.....	74
5.1.1. Porque la patria potestad no es renunciable a través de un negocio jurídico contractual .....	76
5.2. Efectos de la nulidad del contrato de alquiler o subrogación de vientre.....	79
5.2.1. La inexistencia de la ejecución forzosa y de los daños y perjuicios.....	80

## CAPÍTULO VI

<b>6. La necesidad de regular el alquiler o subrogación de vientre como una institución social.....</b>	<b>83</b>
6.1. Aspectos a regularse en el alquiler o subrogación de vientre.....	85



6.2. Propuesta de ley para la legislar el alquiler o subrogación de vientre.....	93
6.3. Propuestas de reformas a leyes vigentes para lograr legislar el alquiler o subrogación de vientre.....	98
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>101</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>103</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>105</b>
<b>BLIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>116</b>



## INTRODUCCIÓN

La presente investigación científica, aborda la problemática que el alquiler de vientre presenta a nuestra sociedad, en virtud de que la legislación vigente solamente contempla la posibilidad de una fecundación natural, dejando de lado todas las posibilidades que la reproducción asistida presenta hoy en día, por lo tanto la finalidad de este trabajo de investigación es señalar los conflictos legales que se presentan al otorgarse un contrato de alquiler o subrogación de vientre y de esta forma contribuir a la protección de los menores que nacen mediante esta modalidad.

El desarrollo de la hipótesis en relación al problema de investigación, ha permitido concluir que el objeto del contrato de alquiler o subrogación de vientre es la persona misma, así que, ya sea que se establezca, que el objeto es la madre subrogada o el niño que esta última gestará, en ambos casos es la persona misma el objeto del contrato y por lo tanto es ilícito y en consecuencia es nulo de pleno derecho.

Es evidente que la legislación vigente, contiene vacíos legales que permiten la celebración de este tipo de contratos, por ello es de suma importancia integrar a nuestra legislación un cuerpo normativo (sustantivo y procesal) que regule todo lo relativo a la maternidad subrogada y que contenga las soluciones legales y administrativas que permitan primordialmente la protección de los menores involucrados en esta modalidad.

El presente trabajo de investigación, se desarrolla en seis capítulos, el primer capítulo incluye el negocio jurídico dando énfasis a la clasificación de los contratos típicos y atípicos, el segundo capítulo explica todo lo relativo al alquiler de vientre como un contrato atípico y los métodos de reproducción asistida, el tercer capítulo se refiere a la



filiación y patria potestad, en el cuarto capítulo, se analizan las diferentes disyuntivas que se presentan en cuanto a la filiación y patria potestad, en el quinto capítulo se desarrolla la nulidad del contrato y por último en el sexto capítulo se encuentran las propuestas para incluir la maternidad subrogada en la legislación guatemalteca.

Como se puede apreciar, uno de los aspectos que forman parte de la presente investigación, son los evidentes vacíos legales que se encuentran en la legislación guatemalteca, sin embargo es importante mencionar que existen regulaciones de carácter internacional, vigentes en Guatemala, basadas en la teoría del interés superior del niño, la cual establece que en toda decisión de carácter legislativa, administrativa o judicial, se debe considerar primordialmente lo que es beneficioso para el menor.

Entre las metodologías utilizadas en el presente trabajo de investigación, se pueden mencionar los métodos analítico e inductivo, los cuales se evidencian en el desarrollo de los diferentes aspectos que conforman el alquiler de vientre, el negocio jurídico, los métodos de reproducción asistida y la filiación y patria potestad. En segundo lugar, se pueden mencionar los métodos sintético y deductivo, ya que todos los aspectos que derivan del alquiler de vientre desembocan en el análisis de las problemáticas planteadas.

Después de analizar todo el marco doctrinario y legal que se presenta en esta investigación científica, se concluye que en virtud de su objeto, el contrato de alquiler o subrogación de vientre es nulo y por lo tanto para evitar todos los conflictos que surgen en cuanto a la filiación y patria potestad sobre el menor y ya que es obligación del Estado de Guatemala, el velar por el interés superior de los niños, es absolutamente necesario el regular la maternidad subrogada como una institución social tutelada por el Estado, en la cual sea de interés primordial la protección a los menores.



## CAPÍTULO I

### 1. El negocio jurídico

#### 1.1. Definición

El Licenciado Vicente Roca explica el negocio jurídico como: "...un acuerdo de voluntades anteriormente divergentes por virtud del cual los sujetos dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial." <sup>1</sup>

Manuel Osorio lo define como: "...todo acto voluntario y lícito que tenga por finalidad directa y específica crear, modificar, transferir o extinguir, derechos y obligaciones." <sup>2</sup>

El negocio jurídico se puede definir entonces, como la declaración de voluntad unilateral o bilateral del hombre libre y consciente, a través de la cual se crean, modifican y extinguen derechos y obligaciones.

#### 1.2. El negocio jurídico y la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad, se define como la aptitud de las personas para obligarse bajo las condiciones que las mismas consideren apropiadas a sus necesidades, siempre y cuando no sean contrarias al orden público o a las leyes prohibitivas expresas.

El Código Civil, Decreto Ley 106, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1256:

---

1 Roca Menéndez, Manuel Vicente. *Del negocio jurídico y los contratos en particular*. Pág. 16.

2 Osorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 483.



“Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.” Sin embargo, el mismo cuerpo legal regula en el Artículo 1301: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.” Es decir que las personas, pueden obligarse libremente, toda vez se encuentren dentro los márgenes que las leyes establecen.

“Aplicando el principio de autonomía de la voluntad, la ley permite, a los particulares, crear negocios nuevos no regulados especialmente en ella (siempre -se entiende- que, al crearlos, se observen las normas dictadas para el tipo genérico de negocio a que el creado pertenezca) y modificar los efectos de un negocio singular regulado por ella...pero, en ciertas ocasiones se limita a poner a disposición de aquéllos, negocios preestablecidos, dotados de efectos inalterables en todo o en parte... Así, pues, la propia ley reduce esa autonomía de la voluntad, al establecer requisitos inalterables del negocio, o al preceptuar directamente unos límites a aquélla; más hay aún otros límites que proceden de la moral, las buenas costumbres del orden público, o conceptos similares...”<sup>3</sup>

“La autonomía de la voluntad es el poder de dictarse a sí mismo la ley o el precepto, el poder gobernarse a uno mismo. Desde esta perspectiva la autonomía de la voluntad es interpretada como libertad de crear, modificar o extinguir relaciones contractuales,

---

<sup>3</sup> Albaladejo, Manuel. **La relación, las cosas y los hechos jurídicos**. Volumen II. Pág. 146.



estipular o pactar sin más límites que los fijados por la ley, ha sido la regla básica de los particulares en sus intercambios de bienes y servicios.”<sup>4</sup>

La autonomía de la voluntad, permite que las personas se obliguen libremente, es decir como mejor convenga a sus intereses y/o necesidades, pero a pesar de esto, existe un límite establecido por la ley, la cual establece que a pesar de que se es libre para obligarse, de conformidad con sus necesidades y conveniencia, la misma restringe, por así decirlo, la libertad de las personas, normando que su objeto no debe ser contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas y que debe existir la concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.

### **1.3. El negocio jurídico y su carácter patrimonial**

Para desarrollar este tema se debe definir ¿qué es el patrimonio? Como lo manifiesta el Licenciado Vásquez Ortiz “El patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona, y que pueden ser apreciables en dinero.”<sup>5</sup>

Continúa explicando el mismo autor “Subjetivamente el patrimonio no es otra cosa que la persona misma, considerada en su potencial económica, comprendiendo todos los bienes que una persona es susceptible de adquirir desde el día de su nacimiento y hasta su muerte. Entonces, declaramos que la esencia del patrimonio, así comprendido,

---

4 Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Pág. 48.

5 Vásquez Ortiz, Carlos Humberto. **Derecho civil II**. Pág. 11.



hasta su muerte. Entonces, declaramos que la esencia del patrimonio, así comprendido, es la aptitud de la persona para adquirir...”<sup>6</sup>

El negocio jurídico, como se definió anteriormente, es la declaración de voluntad del hombre libre y consciente que puede ser unilateral o bilateral, para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Tales derechos y obligaciones que surgen en virtud de un negocio jurídico, normalmente afectan lo que se conoce como el patrimonio de las personas, es decir los derechos y obligaciones que le corresponden como tal, pues solo las personas como sujetos de derechos y obligaciones, pueden tener patrimonio.

#### **1.4. Elementos del negocio jurídico**

##### **1.4.1. Elemento personal**

El Licenciado Vicente Roca en su libro Las Obligaciones Civiles, indica que el elemento personal se refiere a los sujetos que intervienen en la relación jurídica, siendo estos el deudor que es la persona obligada al cumplimiento de la obligación y el acreedor quien es la persona legitimada para exigir el cumplimiento de la obligación.<sup>7</sup>

El elemento personal se refiere a las personas, que en virtud de una relación jurídica, se convierten en deudores o acreedores de una obligación y además a aquellas personas que de forma unilateral manifiestan su voluntad y en ambos casos modifican, crean o extinguen derechos y obligaciones.

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Roca Menéndez, Manuel Vicente. **Las obligaciones civiles**. Pág. 25.





### 1.4.2. Elemento Real

También conocido como el elemento objetivo, se puede analizar desde dos puntos de vista, primero como la prestación, la cual se define como la conducta que puede exigirse al deudor, la cual es de dar, hacer o no hacer cosa u acción determinada, segundo se puede entender el elemento real como el objeto o bien en virtud del cual los sujetos se obligan.

### 1.4.3. Elemento Formal

Guillermo Cabanellas, define el elemento formal en su diccionario jurídico como: "Elemento o declaración indispensable para la existencia legal de un acto o contrato El relativo a algún elemento fundamental de la relación jurídica, y causa por ello de nulidad." <sup>8</sup>

Este elemento, se presenta como una garantía de seguridad, la no precipitación de los contratantes, la seguridad de probar el acuerdo de voluntades, y la facilidad de inscripción en los registros públicos, esto versus a la anulabilidad y a la incomodidad que se le puede presentar a los contratantes. Se fundamenta en que para que una manifestación de voluntad se perfeccione no basta el consentimiento libremente manifestado, sino que hay casos en los cuales se exigen ciertas y determinadas formalidades para que el negocio jurídico exista, sin las cuales no será perfecto.

---

<sup>8</sup> Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Pág. 31.



## 1.5. El negocio jurídico contractual

### 1.5.1 Definición

Para Aguilar Guerra, quien cita a Díez-Picazo, “contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, es la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza...”<sup>10</sup>

Asimismo, al negocio jurídico contractual lo podemos definir según Vicente Roca como: “...el pacto o convenio entre las partes, que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento podrán ser compelidas.”<sup>11</sup>

El Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1517: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

En virtud de lo expuesto con anterioridad, se puede definir el negocio jurídico contractual, como el convenio o acuerdo de voluntades, en virtud del cual las personas crean, modifican o extinguen una obligación sobre materia o cosa determinada y cuyo cumplimiento es obligatorio.

---

<sup>10</sup> Aguilar Guerra. *Op. Cit.*; Pág. 39.

<sup>11</sup> Roca Menéndez. *Del negocio...Op. Cit.*; Pág. 24.



### 1.5.2. Elementos esenciales, naturales y accidentales del negocio jurídico contractual

“En la doctrina más tradicional se denominan elementos esenciales (essentialia negotii) a aquellos que son indispensables para la validez y la eficacia del contrato, que son la capacidad contractual, el consentimiento, el objeto, la causa (propósito pretendido), y la forma cuando su exigencia es ad solemnitatem. Es decir, son aquellos que necesariamente deben concurrir para dar existencia a un acto jurídico en general o a determinado negocio jurídico en particular, de modo que la ausencia de todos o alguno de ellos impide la constitución misma del acto. En esta dirección observamos que estos elementos son necesarios y suficientes, para la conformación del acto jurídico: necesarios porque la falta de cualquiera de ellos excluye la existencia del contrato, y suficientes porque ellos se bastan para darle esa existencia.”<sup>12</sup>

“Los elementos esenciales como su propia denominación sugiere, son aquellos que, de forma necesaria e inderogable para el sujeto o las partes, deben integrar el negocio jurídico para que se considere válido y eficaz.”<sup>13</sup>

Los elementos esenciales son aquellas condiciones “sine qua non” del negocio jurídico contractual, como capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito, también existen otros elementos esenciales, el Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1518: “Los contratos se

---

12 Aguilar Guerra. *Op. Cit.*; Pág. 152.

13 Roca Menéndez. *Del negocio... Op. Cit.*; Pág. 3.

perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.” “Son elementos indispensables solo para una clase de contratos: Dentro de las cuales están: En los contratos solemnes: Su otorgamiento debe constar en escritura pública...”<sup>14</sup>

El Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1575: “El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, deberá constar por escrito” El mismo cuerpo legal regula en el Artículo 1576: “Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública.”

Lo cual establece que para que los contratos nazcan a la vida jurídica, los mismos deben de contar con los elementos esenciales de carácter general y con los que sean indispensables para esa clase de contrato, dependiendo del valor que en el mismo se consigne, pero independientemente del valor, dependiendo de si el mismo, debe ser inscrito en cualquiera de los registros públicos.

Ahora respecto a los elementos naturales, el autor Chumil Portillo, los explica como: “...los elementos que por su naturaleza se desprenden o derivan del negocio jurídico contractual. Ejemplos: contrato de compraventa, la transmisión de la cosa...”<sup>15</sup>

“Son los elementos que normalmente acompañan al negocio, por ser conformes a su naturaleza se les sobreentiende aunque no se expresen...como ejemplos podríamos

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Chumil Portillo, Luis Francisco. *El negocio jurídico en la legislación guatemalteca*. Pág16.

citar, el precio en la compraventa, la renta en el arrendamiento, la liberalidad en la donación, el poder en el mandato.”<sup>16</sup>

Los elementos naturales del contrato, son aquellos que sin ser esenciales, no dejan de ser parte de la naturaleza del contrato y que sin los mismos el contrato se desnaturaliza, el Código Civil, Decreto Ley 106, regula en el Artículo 1790: “Por el contrato de compraventa el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla, y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero.” Es decir, que los actos de transferir la cosa y pagar el precio, son en si, la naturaleza del contrato de compraventa y por lo tanto, son los elementos naturales del mismo.

Sobre los elementos accidentales, continúa explicando Chumil Portillo: “Los elementos accidentales son aquellos que los sujetos contratantes los incluyen al negocio jurídico contractual por su voluntad con el objetivo de limitar o modificar los efectos jurídicos del contrato. Ejemplos:...La fijación del plazo para la ejecución del acto...”<sup>17</sup>

“Son aquellos que no son ni necesarios para que exista el negocio, ni normalmente se entienden contenidos en él, pero la voluntad de las partes puede añadirse al negocio, son fundamentalmente elementos accidentales de importancia: la condición, el plazo y el modo”<sup>18</sup>

---

16 Roca Menéndez. **Del negocio...** Op. Cit.; Pág. 35.

17 Chumil Portillo. **Op. Cit.**; Pág.16.

18 Roca Menéndez. **Del negocio...** Op. Cit.; Pág. 35.



Los elementos accidentales, son aquellos pactados particularmente por las partes dentro del negocio jurídico, es decir que estos son elementos propios del negocio en particular, continuando con el ejemplo de la compraventa, uno de sus elementos naturales es el pago del precio, a cambio de la transmisión de la cosa, pero el ¿cómo, cuándo y dónde se realizará el pago?, será determinado por las partes que celebren el contrato y variará de contrato en contrato, pues las personas que lo celebren y sus circunstancias serán diferentes.

### **1.5.3. Elementos esenciales del negocio jurídico contractual**

“Estos elementos no pueden faltar en un contrato porque su ausencia o su no concurrencia hace que el contrato sea nulo, estos elementos esenciales son: la voluntad o el consentimiento de crear un determinado negocio que no adolezca de vicio; la causa, capacidad legal del sujeto que declara su voluntad y el objeto lícito...”<sup>19</sup>

Son los elementos establecidos legalmente, que no pueden omitirse al realizar un negocio jurídico, ya que de faltar, el mismo sería nulo.

#### **1.5.3.1 El consentimiento que no adolezca de vicio**

“Por consentimiento se puede entender el acuerdo entre dos o más voluntades acerca de la producción, transformación o extinción de derechos y obligaciones.”<sup>20</sup>

---

19 Roca Menéndez. *Del negocio...* Op. Cit.; Pág. 35.

20 *Ibid.* Pág. 39.



El consentimiento es la aceptación por parte de los contratantes, acerca de lo pactado en cuanto a derechos y obligaciones en un negocio jurídico, sin embargo no solamente debe existir el consentimiento, sino que además este debe estar libre de cualquier vicio, tales como error, dolo, simulación y violencia.

El efecto del consentimiento viciado, en el caso del error, dolo y violencia es la anulabilidad del negocio jurídico y en el caso de la simulación su efecto consiste en que la misma da lugar a la acción de simulación, a través de un juicio ordinario, la cual a diferencia de la acción de nulidad, es imprescriptible.

Existen varios vicios del consentimiento, el primero de ellos es el error y se define como el falso conocimiento que tiene una persona acerca de una cosa, lo cual afecta la voluntad e influye a la persona a querer una cosa que en realidad, no es lo que esa persona pensaba que era y que no lo hubiera querido de haber sabido la realidad, este es la clase de error que doctrinariamente se conoce como error propio. El Código Civil, Decreto Ley 106, regula el error en el Artículo 1258: "El error es causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto, o sobre cualquiera circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad"

Existen otras dos clases de error reguladas, el error en persona y el error de cuenta, el Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1259: "El error sobre la persona solo invalidará el negocio jurídico cuando la consideración a ella hubiere sido el motivo principal del mismo." El mismo cuerpo legal regula en el Artículo 1260: "El error de cuenta solo dará lugar a su corrección."



El error en persona afectará la validez del negocio jurídico, cuando la misma haya sido el motivo por el cual se celebró el contrato, es decir que si el conocimiento o habilidad específico de esa persona, fue la razón por la que se celebró el negocio jurídico y no será la misma la que le de cumplimiento, esto será una causa de nulidad, puesto que el negocio jurídico se realizó bajo la idea que la persona considerada, sería la que le daría cumplimiento al contrato.

Respecto al error de cuenta, este no tendrá el efecto de volver anulable el negocio jurídico, pero el mismo debe ser corregido. El Licenciado Vicente Roca ejemplifica esta clase de error, en su libro, el negocio jurídico y los contratos en particular: “Ejemplo. El mismo ejemplo de la casa de ladrillo, pidiendo que el ladrillo estuviera natural, solo barnizado, pero al momento de llegar está pintado de blanco: este error solo da lugar a su corrección.”<sup>21</sup> Se puede decir entonces que el error de cuenta, solamente tiene el efecto de tener que ser corregido, puesto que no afecta realmente la validez del negocio jurídico.

Otro de los vicios del consentimiento es el dolo, el cual lo define el Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 1261 como: “...toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a alguna de las partes.”

Como lo explica el autor Castán Tobeñas, en su libro Derecho Civil Español Común y Foral: “Se llama dolo, en la acepción que aquí nos interesa, a todo artificio, engaño o

---

21 Ibid. Págs. 45,46.





fraude por el cual se induce a una persona a otorgar un negocio jurídico que de otro modo no habría consentido o lo habría hecho en distintas condiciones.”<sup>22</sup>

Doctrinariamente el dolo es conocido como error agravado, básicamente consiste en inducir a una persona mediante un engaño a consentir un negocio jurídico y/o además mantener a esa persona bajo el falso conocimiento, que la misma tiene, sobre el negocio.

“Dentro del dolus malus, cabe distinguir el causante (causam dans) y el incidental (incidens). Es causante el dolo cuando determina la emisión de la declaración, que sin el no se hubiere realizado... es incidental, cuando también sin él se hubiese emitido, pero en condiciones diversas y generalmente más favorables para el que lo sufre... naturalmente, como aun sin dolo incidental se habría realizado la declaración, el mismo no permite impugnarla, pero si fundamenta el resarcimiento de perjuicios (si los hubo), que debe de indemnizar el que lo empleo.”<sup>23</sup>

El dolo causante entonces se refiere a que el mismo es determinante para que exista la declaración del consentimiento, en cambio en el dolo incidental, ocurre que independientemente de que exista el engaño, igualmente con o sin este, la persona hubiera declarado su consentimiento, pero las condiciones hubieran sido más favorables para la parte engañada.

---

22 Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español, común y foral: derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general**. Pág. 732.

23 Albaladejo. **Op. Cit.**; Págs. 203,204.



Continuando con la explicación de los vicios del consentimiento, el Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1284: “La simulación tiene lugar: 1 Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza; 2 Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas; y 3 Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas.”

“Hay simulación de negocio cuando, de común acuerdo, las partes entre sí...emiten una declaración (o declaraciones) no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a terceros.”<sup>24</sup>

Es decir que existe simulación cuando alguna de las partes, con la intención de engañar al otro u otros, emiten una supuesta declaración de voluntad, pero que internamente o realmente es otra su intención. El Código Civil, Decreto Ley 106, dispone en el Artículo 1284: “La simulación es absoluta cuando la declaración de voluntad nada tiene de real; y es relativa, cuando a un negocio jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.”

“En cuanto al fin perseguido, es el de engañar a terceros, pues existiendo acuerdo entre las partes, o con el destinatario de la declaración, no pueden resultarlo ni aquéllas ni éste. Fin de engaño, no implica ni intención de dañar, y ni siquiera ilicitud, por

---

<sup>24</sup> Ibid. Págs. 243,244.



ejemplo... se puede querer engañar, por jactancia, para dar la impresión de riqueza, a cuyo efecto se simula, por ejemplo, la compra de un predio. En ambos casos hay simulación con fin lícito. Pero este es ilícito, pongamos por caso, cuando se simulan actos de enajenación para defraudar a los acreedores, o para evitar un impuesto que nos alcanzaría si el Fisco averiguase que lo enajenado simuladamente nos pertenece.”<sup>25</sup>

Por último, entre los vicios del consentimiento encontramos la violencia o intimidación, cuando la declaración de voluntad se da como resultado de violencia, física o psicológica o sobre una persona, el consentimiento se encuentra viciado, por lo tanto el negocio jurídico celebrado puede ser revestido de nulidad. Sobre esto el Código Civil, Decreto Ley 106, estipula en el Artículo 1264: “Será ineficaz el consentimiento prestado por violencia o intimidación.”

### **1.5.3.2 Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad**

De conformidad con el Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 8: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles, se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.”

Se debe entonces distinguir entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, la primera es inherente a toda las personas desde que se nace hasta que se muere y se

---

25 Ibid. Pág. 245



refiere a la tenencia y goce de los derechos, sin embargo la capacidad de ejercicio como su nombre lo dice se refiere a la aptitud para el ejercer esos derechos y concluir actos jurídicos en virtud de los mismos, la cual se obtiene a los dieciocho años.

Al igual que los vicios del consentimiento, si una persona con capacidad relativa, es decir un menor de edad, celebra un negocio jurídico, el mismo será anulable, en virtud de que el Código Civil, establece entre las causas de anulabilidad de un negocio jurídico, la capacidad relativa de una de las partes.

### **1.5.3.3. Objeto lícito**

El Código Civil, Decreto Ley 106, regula en el Artículo 1538: “No solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, al menos en cuanto a su género... “. Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes.

Para Aguilar Guerra, quien cita a Garibotto, “...como objeto del contrato podemos entender aquella realidad material o jurídica sobre la que el mismo recae, esto es, los bienes, los servicios o las conductas a las que se refieren las relaciones jurídicas que el contrato constituye o afecta.”<sup>26</sup>

---

26 Aguilar Guerra. *Op. Cit.*; Pág. 174.



El objeto del contrato, se define como la cosa material o conducta de dar, hacer o no hacer (prestación), en virtud de la cual se celebra el negocio jurídico, sin embargo este objeto debe contar con ciertos requisitos para ser considerado como lícito. De conformidad con el Código Civil, Decreto Ley 106, el cual regula en el Artículo 1301: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitiva expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.”

Es decir que el objeto del negocio jurídico contractual, para que este último nazca a la vida jurídica, debe ser determinado, posible y además no debe ser contrario al orden público o a las leyes prohibitivas.

Un ejemplo de una ley prohibitiva expresa, se puede encontrar en el Artículo 1792 del Código Civil, en el cual se establece que los contratos de compraventa no se pueden celebrar entre marido y mujer, aunque exista la separación de bienes, pero que ocurriría si dicho contrato se otorgara, es claro que el Artículo 1792, es una regulación prohibitiva expresa y de celebrarse un contrato entre marido y mujer, este no nacería a la vida jurídica, es decir es o sería nulo.

Ahora bien, para comprender a profundidad, si un negocio jurídico es nulo en virtud de la ilicitud de su objeto, se debe desarrollar y comprender lo que significa el orden público.

Manuel Ossorio, en su diccionario jurídico define el orden público como: “Conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras.”<sup>27</sup>

Estas condiciones fundamentales a las que se refiere Manuel Osorio, es lo que nosotros conocemos como el ordenamiento jurídico, conformado por las normas que regulan el comportamiento de la persona en sociedad, las cuales no pueden ser distorsionadas por la voluntad del hombre, en cambio deben ser respetadas y obedecidas.

“...el objeto debe ser lícito, esto es, no debe ser contrato a la ley ni a las buenas costumbres. Ahora bien, no se presenta problema, para identificar el objeto ilícito, cuando la ilicitud se da por contravención a la ley, pues esta suele ser taxativa en los casos concretos, sin embargo se debe de decir que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación.”<sup>28</sup>

Es decir que, cualquier contrato que contravenga cualquiera de las normas jurídicas que regulan el orden dentro de la sociedad, es ilícito y por lo tanto todo negocio jurídico cuyo objeto sea contrario al orden público, es un negocio jurídico nulo.

---

27 Ossorio. **Op. Cit.**; Pág. 518.

28 Barrera Tapias, Carlos Darío. **Las obligaciones en el derecho moderno.** Pág. 203.

#### **1.5.4. Efectos del negocio jurídico contractual**

El Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1534: “Los que celebren un contrato, están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inexecución o contravención por culpa o dolo.”

El negocio jurídico contractual tiene como efecto principal, la obligatoriedad del cumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes dentro del contrato, los contratos dentro del ordenamiento jurídico ocupan el lugar de las normas individualizadas, es decir que son ley entre las partes, lo cual significa que los mismos afectan con carácter de ley específicamente, a quienes celebraron el o los contratos.

“El fundamento principal de la obligatoriedad es la voluntad contractual, ya que a esta se le concede fuerza obligatoria al darle categoría de norma jurídica al vínculo contraído y querido por las partes. Al contrario se le ha llamado ley entre las partes, y la obligatoriedad que genera tiene dos aspectos que en doctrina se llaman “positivos” ya que estos se traducen en la necesidad de que tienen las partes de cumplir conforme al tenor específico del contrato.”<sup>29</sup>

#### **1.5.5. Efectos del incumplimiento del negocio jurídico contractual**

El Código Civil, Decreto Ley 106, regula en el Artículo 1535: “En todo contrato bilateral hay condición resolutoria y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al

---

<sup>29</sup> Roca Menéndez. *Del negocio...* Op. Cit.; Pág. 35.



cumplimiento de la obligación en lo que le concierne. El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios, si los hubiere.” El mismo cuerpo legal establece en el Artículo 1579: “Los contratos válidamente celebrados pendientes de cumplimiento, pueden rescindirse por mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que establece este Código.”

Existen cuatro efectos fundamentales al surgir el incumplimiento del negocio jurídico contractual, la resolución o la rescisión del contrato, la ejecución forzosa y en todos los casos el pago de daños y perjuicios, si los hubiere, excepto cuando los contratos se rescinden por mutuo consentimiento.

Al existir un contrato válido, pendiente de cumplimiento, puede existir la rescisión del contrato, la cual puede ser por mutuo consentimiento o por declaración judicial, en este último caso, la demanda sería promovida por la parte que ha sufrido perjuicio económico o lesión patrimonial.

Tanto en la rescisión como en la resolución de un contrato, se busca dejar sin efecto un negocio jurídico contractual, pero la resolución de un contrato, se da cuando ocurre la condición resolutoria, la cual puede ser convenida por las partes o puede ser implícita, en el caso de esta última, como lo establece el Código Civil en el Artículo 1535, se da en todos los contratos bilaterales, puesto que en los mismos, la condición resolutoria se realiza cuando alguna de las partes, falta al cumplimiento de la obligación en lo que le concierne.





Para que pueda rescindirse un contrato, se necesita que el mismo esté pendiente de cumplimiento y para entender si un contrato se ha cumplido o no, se debe de aclarar que no es lo mismo, que un contrato sea perfecto, a que el mismo se haya cumplido, por ejemplo en el contrato de compraventa, se establece que el mismo queda entre las partes desde el momento en que se conviene en la cosa y en el precio, aunque ni uno ni el otro hayan sido entregados y para su perfección se requiere la entrega de la cosa, sin embargo el contrato no está cumplido, sino hasta el momento en que el mismo haya quedado inscrito en el registro correspondiente. En consecuencia de lo anterior, si un contrato no ha sido cumplido y una de las partes sufriera un perjuicio económico o lesión a su patrimonio, podría demandar la rescisión del contrato.

Otro de los efectos del incumplimiento del negocio jurídico contractual, es la ejecución forzosa, de acuerdo con el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, Artículo 327: "Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: 1o. Los testimonios de las escrituras públicas; 2o. La confesión del deudor prestada judicialmente; así como la confesión ficta cuando hubiere principio de prueba por escrito; 3o. Documentos privados suscritos por el obligado o por su representante y reconocidos o que se tengan por reconocidos ante juez competente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 98 y 184; y los documentos privados con legalización notarial; 4o. Los testimonios de las actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto; 5º. Acta notarial en la que conste el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en

forma legal; 6o. Las pólizas de seguros, de ahorros y de fianzas, y los títulos de capitalización, que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país; y 7o. Toda clase de documentos que por disposiciones especiales tengan fuerza ejecutiva.”

No se debe de olvidar, que una de las características de los títulos ejecutivos enumerados, es que los mismos, deben de traer aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible.

Sin embargo, también existen otros juicios de ejecución llamados ejecuciones especiales, que igualmente se deben de promover en base a un título ejecutivo, sin embargo la obligación en estos casos no esta relacionada con pagar una cantidad de dinero líquida y exigible, si no que la obligación aparejada con el título ejecutivo en el cual se funde la pretensión del demandante, consiste en que el deudor debe dar, hacer o no hacer determinada cosa u acto.

Si la ejecución recae sobre cosa cierta o determinada o en especie sería una ejecución de obligaciones de dar, si el título contiene la obligación de hacer y el actor exige la prestación del hecho por el obligado, sería una ejecución de obligaciones de hacer y si se quebranta la obligación de no hacer sería una ejecución por quebrantamiento de la obligación de no hacer.

Ahora bien, de ocurrir la resolución o rescisión de un negocio jurídico contractual, puede ser que la parte afectada por dicho incumplimiento, reclame la ejecución del contrato



celebrado a través de un juicio ejecutivo, sin embargo también puede ser que la parte afectada no desee la ejecución forzosa del contrato, sino que solamente desee que exista una restitución mutua de todo lo que han recibido en virtud del otorgamiento del mismo, respecto a esto el Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1583: “Verificada o declarada la rescisión o resolución de un contrato, vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse, en consecuencia las partes deberán restituirse lo que respectivamente hubieren recibido. Los servicios prestados deberán justipreciarse ya sea para pagarlos o para devolver el valor de los no prestados.” Es decir que de declararse la resolución o rescisión de un contrato, las partes deberán restituirse todo lo que hubieren recibido en virtud de la celebración del mismo.

El último de los efectos del incumplimiento del negocio jurídico contractual es el pago de daños y perjuicios (si los hubiere), el Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 1434: “Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que se deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.” Por lo tanto, si como consecuencia del incumplimiento, la parte afectada sufriera daño o perjuicio, puede solicitar el pago de los mismos.

#### **1.5.6. Nulidad del negocio jurídico contractual**

Como se ha explicado anteriormente, el negocio jurídico puede ser nulo o anulable, la primera es la llamada nulidad absoluta y la segunda es la llamada nulidad relativa, pero



se debe entender cual es la diferencia entre una y la otra, además de los efectos que cada cual produce.

La nulidad absoluta de un negocio jurídico, ocurre por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia, que son capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito (cuando no es contrario al orden público o a las leyes prohibitivas expresas). Un negocio jurídico contractual que adolezca de nulidad absoluta no surte ningún efecto, puesto que jamás nació a la vida jurídica.

La nulidad relativa depende de dos factores, puesto que la misma se da cuando, en el negocio jurídico, una o ambas partes son incapaces relativamente o por vicios del consentimiento (error, dolo, violencia y simulación). En este caso dichos contratos si surten todos sus efectos, hasta que no se declare la nulidad judicialmente, los mismos son revalidables, confirmándolos expresamente, mediante el cumplimiento de todos los requisitos que establece el Código Civil, para la celebración del negocio que se trata de revalidar o también tácitamente, dando cumplimiento a la obligación, aún sabiendo del vicio que los hace anulables.

### **1.5.7. Clasificación del negocio jurídico contractual**

El Código Civil, Decreto Ley 106, regula la división de los contratos del Artículo 1587 al 1592, establece que los contratos son unilaterales si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes, son bilaterales si ambas partes se obligan



recíprocamente, son consensuales si para ser perfectos basta con el consentimiento de las partes y son reales cuando se requiere la entrega de la cosa para ser perfectos, son principales si subsisten por sí solos, son accesorios cuando necesitan la existencia de otro principal para subsistir y tiene por objeto el cumplimiento de otra obligación, son onerosos los contratos cuyos gravámenes y beneficios son recíprocos, son gratuitos aquellos en los en el beneficio es solamente para una de las partes, son conmutativos aquellos en los que se puede apreciar la pérdida o ganancia que producen de forma inmediata, en virtud que las prestaciones de las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, son aleatorios aquellos cuya ganancia o pérdida dependen de la realización de un acontecimiento futuro e incierto, son condicionales los contratos cuya existencia depende de una suceso incierto e ignorado por las partes y son absolutos aquellos cuya realización es independiente de toda condición.

Sin embargo a pesar de esta clasificación establecida en la ley, existe una clase de contratos que en materia civil se desarrollan en la doctrina y esto depende de si el contrato que se celebra esta o no regulado y dependiendo de esto, los contratos se dividen en típicos o nominados y atípicos o innominados.

El Código Civil regula en el Artículo 1256: “Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.”

De acuerdo en el autor Manuel Albaladejo “Negocios típicos son aquellos para los que el Derecho ha predispuesto un esquema particular; es decir los previstos y regulados



de una manera individual. Por ejemplo, la compraventa, la donación o el mandato. Negocios atípicos son aquellos que, sin tener una disciplina especial, permite el Derecho que puedan celebrarse." <sup>30</sup>

Entonces se establece que, existen contratos regulados en el ordenamiento jurídico, sin embargo el mismo no limita a las personas a celebrar únicamente los contratos regulados, sino que además les da a las personas, la potestad de celebrar contratos que las mismas pueden crear y además darle la forma que este de acuerdo a sus intereses particulares.

---

30 Albaladejo. **Op. Cit.**; Pág. 159.



## CAPÍTULO II

### 2. El contrato atípico de alquiler o subrogación de vientre

Es el contrato en virtud del cual una pareja, solicita servicios gestacionales a una tercera, que precisamente gestará el embrión fecundado con las células de sus padres biológicos, el cual será insertado artificialmente en el vientre de la misma y que al finalizar el embarazo entregará al menor producto del alquiler de vientre, a sus padres biológicos a cambio de una determinada remuneración monetaria.

“El supuesto de hecho presupone que la mujer miembro de la pareja comitente (quienes solicitan los servicios de gestación de la mujer) no puede llevar a cabo el embarazo, de suerte que aquéllos convienen con una tercera persona un contrato de gestación en útero ajeno, para que se implante el embrión en la matriz de ésta y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que posteriormente en virtud de lo estipulado renuncia a la filiación materna, lo entrega a la pareja comitente, arrendataria de los servicios de incubación de útero ajeno.”<sup>31</sup>

Se puede entender entonces que el contrato de alquiler de vientre, es el contrato por medio del cual, una pareja que por razones de infertilidad no puede concebir un hijo, solicita los servicios de gestación de una mujer, cuyo vientre es apropiado para el sostenimiento y desarrollo del niño. Este último es hijo biológico de la pareja comitente, puesto que el embrión insertado artificialmente en el vientre de alquiler, es producto de

---

31 Gassteiz, Victoria. *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Pág. 328.



la fecundación artificial del óvulo y el espermatozoides de dicha pareja.

## **2.1. Calificación jurídica del contrato de alquiler o subrogación de vientre en virtud de su objeto**

La calificación jurídica de un contrato, se refiere fundamentalmente, a lo que habrá de realizarse de conformidad con el contenido obligacional convenido, en este caso se debe de determinar ¿qué es en sí, lo que convienen las partes en realizar, en un contrato de alquiler de vientre? En el contrato de alquiler o subrogación de vientre, una mujer se obliga a: primero que un embrión sea colocado en su vientre mediante métodos artificiales; segundo se compromete a que el mismo se desarrolle en su cuerpo y eventualmente dar a luz a la criatura; y tercero se obliga a entregarla a sus padres biológicos, quienes acordaron pagar a la madre subrogada, por sus servicios gestacionales y por la entrega del niño al nacer el mismo.

“Inciendo sin ánimo de ser prolijo, con unas someras reflexiones sobre la calificación jurídica del contrato, diremos que si tuviéramos que encasillar dicho contrato de incubación de útero ajeno, dentro de los negocios jurídicos de lege lata aplicables concluiríamos que la figura contractual más afín resultaría ser el arrendamiento de servicios y obras.”<sup>32</sup>

---

32 Reyes Farfán, Ana María. *Implicancias de la reproducción asistida en el derecho de familia*. Pág. 350.





En la legislación guatemalteca, este contrato se conoce con el nombre de contrato de obra o de empresa, en virtud del cual una persona denominada “contratista”, se compromete a ejecutar y entregar una obra que le encarga otra persona, mediante un precio que esta última se obliga a pagar.

“...a mi parecer que el contrato de incubación en útero ajeno se trata más de un arrendamiento de servicios strictu sensu, es decir, la mujer gestante se obliga a desplegar una actividad (el prestar su vientre esto conduce a la nulidad de raíz, puesto que comportaría que el objeto del contrato sería la persona en sí misma y naturalmente dicho servicio sería ilícito); pero es que no solo sería la prestación del servicio, la ejecución de hacer, sino como consecuencia de la actividad realizada, debe entregar al niño en cuestión. Si nos fijásemos más como objeto del contrato, no tanto en la propia persona que realiza los servicios, sino en el resultado de los mismos, es decir en el hijo mismo, igualmente la ilicitud del contrato sigue siendo notoria, puesto que sobre la persona no caben ningún tipo de negocios jurídicos. Del mismo modo habría que descartar también como recurso analógico alternativo en la calificación jurídica del contrato de maternidad gestativa, que se tratase de una venta de cosa futura. A tal respecto, me remito al comentario realizado, ut supra dictum est, en torno a la consideración de un hijo como alguien y no como algo.”<sup>33</sup>

---

33 Vera Ramírez, Eduardo. *El control de la maternidad subrogada: argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica*. Pág. 280.



Entonces se puede decir que el objeto del contrato de alquiler o subrogación de vientre, puede ser determinado desde dos puntos de vista, primero se puede establecer que el objeto del contrato es la mujer que alquila su vientre y segundo se puede decir que el objeto del contrato no es la madre de alquiler, sino la criatura que nacerá y que deberá ser entregada a sus padres biológicos. Estudiando el Código Civil vigente, existen dos tipos de contratos que comparten características similares con el contrato de alquiler de vientre, el contrato de obra o empresa conocido en otros países como arrendamiento de servicios y también el contrato de compraventa, sin embargo existe una diferencia fundamental entre el objeto de estos negocios jurídicos contractuales y el objeto del contrato de alquiler de vientre; el objeto del contrato de obra se refiere a la capacidad de una persona de hacer o realizar determinada actividad, en virtud de pericia o profesionalidad técnica y el de compraventa se refiere a dar una cosa determinada, pues se es propietario de la misma, pero en ambos casos el objeto no es la persona en si, ya que en el primero, el objeto es la capacidad de la persona en determinada ciencia u arte en que la misma esta instruida y en el segundo es el objeto o bien que forma parte del patrimonio de la persona, pero nunca la persona en si misma, caso contrario al alquiler de vientre, en el que, ya sea que nos enfoquemos en la madre de alquiler o en el menor resultado del alquiler de vientre, en ambos casos es la persona en si el objeto del contrato, lo cual trae como consecuencia la nulidad absoluta del mismo.

“Así pues, como el negocio jurídico es nulo no se derivan obligaciones para las partes, puesto que carece dicho contrato de todo efecto negocial; por lo que aplicando los principios generales de las obligaciones no tiene la gestante, en absoluto, una

obligación de hacer lo pactado, es decir, entregar al hijo; de suerte que en caso de no hacerlo no se podría mandar a ejecutar a su costa.”<sup>34</sup>

## 2.2. Métodos de reproducción asistida

A fin de entender la reproducción asistida y la forma en que esta puede ayudar a las parejas infértiles, es importante comprender cómo se lleva a cabo la concepción natural. Para que se produzca la concepción tradicional, el hombre debe eyacular su semen, el líquido que contiene los espermatozoides, en la vagina de la mujer aproximadamente en el momento de la ovulación, cuando uno de los ovarios de ella libera un óvulo. La ovulación es un evento complejo controlado por la glándula pituitaria, que está ubicada en la base del cerebro.

La glándula pituitaria libera la hormona foliculoestimulante, que estimula los folículos en uno de los ovarios para que empiecen a crecer. El folículo produce la hormona estrógeno y contiene un óvulo en maduración. Cuando un óvulo madura, la glándula pituitaria envía una oleada de hormona luteinizante que hace que el folículo se rompa y libere (ovule) un óvulo maduro. Después de la ovulación, el óvulo es recogido por una de las trompas de falopio. Dado que la fertilización generalmente tiene lugar en el interior de la trompa de falopio, el espermatozoide del hombre debe ser capaz de nadar a través de la vagina y la mucosa cervical, subir por el canal cervical en el útero y llegar al interior de la trompa de Falopio, donde debe penetrar el óvulo con el fin de

---

<sup>34</sup> *Ibíd.* Pág. 283.



fecundarlo. El óvulo fecundado continúa viajando al útero y se implanta en el revestimiento uterino, donde se sigue desarrollando.

Se pueden entonces definir los métodos de reproducción asistida, como los procedimientos destinados a sustituir la fecundación que se da naturalmente por medio del coito, a través de una fecundación provocada mediante la manipulación ginecológica del óvulo y el espermatozoide, para lograr la fecundación que en forma natural ha sido imposible, en virtud de una enfermedad denominada infertilidad. La Organización Mundial de la Salud, define la infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo que se caracteriza por la no consecución de un embarazo clínico tras 12 meses o más de relaciones sexuales habituales sin anticoncepción.”<sup>35</sup>

“Por lo tanto entendemos por técnicas de reproducción asistida (TRA), al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.”<sup>36</sup>

Existen diversos factores que causan la infertilidad en las mujeres, tales como los factores ováricos que se refiere a todos aquellos casos en que no se produce la

---

35 <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf> (Guatemala, viernes 18 de enero de 2013)

36 [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf) (Guatemala, viernes 18 de enero de 2013).



ovulación, suelen deberse a fallos hormonales, el origen de estos fallos puede estar en sitios tan diversos como el sistema hipotálamo-hipófisis (centro regulador del sistema nervioso central), las glándulas suprarrenales, o el mismo ovario.

Existen también los factores tubáricos, en este caso se incluyen todas aquellas anomalías de las trompas de falopio, fundamentalmente se da por las secuelas de salpingitis que es la inflamación aislada de las trompas de falopio o por una enfermedad llamada endometriosis que se produce cuando el tejido que recubre la matriz crece fuera de la misma, este tejido puede obstruir el movimiento del óvulo por las trompas de falopio e impedir la fecundación, entre los factores tubáricos existen también los miomas, que son crecimientos musculares de tejido muscular en la matriz, que pueden bloquear las trompas de falopio o impedir que el óvulo ya fecundado se implante en el recubrimiento de la matriz.

Por último, se encuentran los factores uterinos, que son alteraciones de la anatomía interna del útero como malformaciones congénitas o tumoraciones y por último, existe el factor cervical que es la deficiente interacción entre el semen y el moco cervical, causada por infecciones, o por la aparición de anticuerpos en el moco.

Normalmente en el caso de un alquiler de vientre, la mujer (de la pareja contratante), sufre de infertilidad, pero en el supuesto objeto de este estudio, su caso no es el de no producir óvulos, por el contrario, la mujer si produce óvulos saludables, sin embargo sus problemas de infertilidad tienen que ver con la imposibilidad del útero de permitir que exista una fecundación y además no permite el sostenimiento de la vida en el mismo, es



decir que son los factores tubáricos, uterinos y cervicales los que afectan la fecundación natural de sus óvulos, además de impedir que el embrión pueda desarrollarse con normalidad.

“Conforme a la doctrina del derecho genético, las técnicas de reproducción asistida (TRA) se clasifican en dos grandes criterios: a) Por el lugar donde ocurre la fecundación, que se subdivide en: intercorpórea (inseminación artificial), cuando la fecundación se produce dentro del cuerpo de la mujer, a través de la introducción del espermatozoide en el interior de su órgano genital; y extracorpórea (Fecundación In Vitro – Maternidad Subrogada), cuando la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer; b) Por la procedencia de los gametos utilizados para la fecundación, que se subdivide en: Homóloga (ovario y espermatozoide de los padres genéticos), cuando la fecundación se realiza con los óvulos y espermatozoides de quienes serán los padres del niño y Heteróloga, cuando la fecundación se realiza con los óvulos y espermatozoides proveniente de un tercero.”<sup>37</sup>

Existen varios métodos de reproducción asistida, la inseminación artificial, la fertilización in vitro y más recientemente la inyección de espermatozoide en el óvulo, sin embargo aunque parece evidente que la técnica utilizada en el alquiler de vientre es la fecundación in vitro (específicamente la que es de carácter homólogo, puesto que se utiliza el espermatozoide y el óvulo de la pareja comitente), no se debe de olvidar que no solamente la mujer puede sufrir de problemas de infertilidad, ya que en el caso de que

---

37 Moro Martínez, María Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Pág. 25.

el espermatozoide del hombre no pueda por si solo fecundar el óvulo, ya sea por su calidad o cantidad, en dicho caso se utilizará la técnica de inyección de espermatozoide y al igual que el la fertilización in vitro después de fecundado el óvulo se colocará en el vientre.

### **2.2.1. Inseminación artificial**

“Este procedimiento consiste en colocar una buena cantidad de espermatozoides “capacitados” adentro del útero, en el momento previo a la ovulación. Para esto se hace un seguimiento folicular ecográfico, es decir, ultrasonido transvaginal en ciertos días del ciclo para determinar el mejor momento para la inseminación. En el día escogido para la inseminación, se pide una muestra del semen de la pareja y mediante un procedimiento de laboratorio se ponen a “nadar” los espermatozoides, separándose los más aptos. Estos son concentrados mediante centrifugación, en un volumen muy pequeño de medio de cultivo. Es esta preparación la que se introduce adentro del útero, con el propósito que cuando la paciente ovule ya estén los espermatozoides en las trompas de falopio, esperando para fertilizar. Se puede realizar con un ciclo espontáneo, o sea, sin necesidad de administrar medicamentos, o con un ciclo inducido, es decir, administrando inductores de la ovulación para producir 1 o más folículos. Se puede realizar con semen del esposo o con semen de donante. La condición indispensable para que este procedimiento funcione es que las trompas de falopio estén permeables (que no estén tapadas) y que estén funcionando adecuadamente, pues la fertilización sucede en ellas.”<sup>38</sup>

38 Ibid. Pág. 20.

La inseminación artificial es el método de reproducción asistida, en el cual se sitúan espermias aptos en el útero de la mujer, previo a la ovulación de la misma, dicha ovulación puede ser mediante un ciclo espontáneo o inducido a través de medicamentos para que el ovario fabrique uno o más óvulos, esta técnica puede ser de carácter homóloga o heteróloga, puesto que se pueden utilizar los espermias del hombre que es parte de la pareja o los espermias de un tercero, pero lo que es incuestionable en el uso de esta técnica es que la mujer puede producir óvulos y además su vientre es el adecuado para el sostenimiento de la vida de un embrión.

### **2.2.2. Inyección de espermatozoide en el óvulo (ICSI)**

“En algunos casos en los que la cantidad y/o calidad de los espermatozoides es inadecuada, la fertilización in vitro convencional no es suficiente pues los espermatozoides no logran fertilizar los óvulos por sí mismos. En este caso la inyección del espermatozoide en el óvulo es el tratamiento de elección. El ICSI consiste en la inyección directa del espermatozoide en el interior del óvulo, atravesando la zona pelúcida y la pared del óvulo. Este procedimiento requiere de gran destreza técnica para poder introducir el espermatozoide en el óvulo, sin dañarlo. Esto se realiza bajo el aumento que da el microscopio invertido y un sistema sofisticado de micromanipulación. Luego de la inyección de los óvulos, se dejan incubando durante 3 a 5 días para luego realizar la transferencia de los embriones al útero, igual que en el in vitro IVF.”<sup>39</sup>

---

39 Arias Schreiber, Max. **Genética y derecho**. Pág. 88.



La inyección de espermatozoide en el óvulo, es la técnica de reproducción asistida mediante la cual se inyecta directamente el espermatozoide en el óvulo, ya que por la cantidad o calidad de los espermatozoides no es suficiente para fertilizar por sí mismos el óvulo. Después de fecundado el óvulo, se deja incubando el mismo de 3 a 5 días y después se coloca el embrión en el útero, el cual puede ser el útero de la madre biológica (donadora de óvulo) o de una tercera persona, este último caso sería un alquiler de vientre o sería el caso de una mujer que no puede producir óvulos, pero cuyo vientre es apropiado para el desarrollo de un embrión.

### **2.2.3. Fertilización in vitro (IVF o FIV)**

“La FIV es un método de reproducción asistida en el que el espermatozoide de un hombre y el óvulo de una mujer se combinan fuera del cuerpo, en una placa de laboratorio. Uno o más óvulos fecundados (embriones) pueden ser transferidos al útero de la mujer, donde tal vez se implanten en el revestimiento uterino y se desarrollen. Los embriones que sobran pueden ser crioconservados (congelados) para un uso futuro. Inicialmente, la FIV se utilizó para tratar a las mujeres con trompas de falopio bloqueadas, dañadas o ausentes. Hoy en día, la FIV se utiliza para tratar muchas causas de infertilidad, como la endometriosis y el factor masculino, o cuando la infertilidad de una pareja es inexplicable. Los pasos básicos en un ciclo de tratamiento de FIV son la estimulación ovárica, la recuperación de óvulos, la fertilización, el cultivo de embriones y la transferencia de embriones.”<sup>40</sup>

---

40 Varsi Rospligliosi, Enrique. **Filiación, derecho y genética**. Pág. 150.

Esta técnica de reproducción asistida consiste en la fecundación del óvulo fuera del cuerpo de la mujer en un ambiente artificial y controlado que simula las condiciones que existen en las trompas de Falopio. El proceso se realiza en cuatro fases: a) extracción y traslado de los óvulos a un medio externo controlado hasta que maduran; b) recoger el semen y selección de los espermatozoides que poseen mejor movilidad; c) mezcla de los óvulos y los espermatozoides en el medio controlado durante veinticuatro horas y d) selección de los embriones y su posterior implantación en el útero. Al igual que en el método de inyección de espermatozoide en el óvulo, el útero en el cual se coloque el embrión puede ser el de la madre biológica (donadora de óvulo) o de una tercera persona en este último caso podría ser un alquiler de vientre o podría ser el caso de una mujer que no puede producir óvulos, pero cuyo vientre es apropiado para el desarrollo de un embrión.

#### **2.2.4. Alquiler o subrogación de vientre**

“Es una técnica de procreación asistida, que se realiza fuera del útero de la mujer, con material genético de la pareja contratante o proveniente de terceras personas. Bajo esta concepción, en la maternidad subrogada podemos identificar las siguientes formas: a) Madre Portadora (mujer que genera óvulos, pero tiene deficiencia uterina que le impide gestar). Cuando la procreación es homóloga y se produce en forma extracorpórea, estamos frente a un caso propiamente de alquiler de vientre; b) Madre Sustituta (mujer que no genera óvulos ni puede gestar, existe deficiencia ovárica y uterina); c) Ovodonación (mujer que tiene deficiencia ovárica y no genera óvulos, pero sí puede gestar, necesita que una tercera mujer le ceda óvulos). La procreación se produce con



espermatozoides del marido y óvulos de una mujer cedente, y la gestación se realiza en la esposa; d) Embrionación (infertilidad completa de la pareja, la mujer no genera óvulos ni puede gestar, hay deficiencia ovárica y uterina; y el hombre es infértil).”<sup>41</sup>

Teniendo en cuenta las clasificaciones expuestas de las técnicas de reproducción asistida, la presente investigación ha delimitado su ámbito de estudio solamente a la “Fecundación Extracorpórea Homóloga” que se realiza mediante inseminación in vitro o inyección de espermatozoide en el óvulo, con material genético de la pareja matrimonial contratante y alquiler de vientre de una tercera mujer para la gestación.

---

41 Marina Erades, Graciela, **Maternidad por otro y alquiler de útero**. Pág. 187.





## CAPÍTULO III

### 3. Filiación

#### 3.1. Definición de filiación

“En sentido estricto se entiende por filiación la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo, por lo tanto va implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima como en la natural, un estado jurídico, es decir una situación permanente que el derecho reconoce en virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre, la madre y el hijo.”<sup>42</sup>

“La filiación es la relación jurídica que une a ciertas personas (que pueden ser progenitores o no) y que determina en aquéllos y en éstos un conjunto de deberes, facultades y derechos atinentes, en esencia, a la protección (cuidado, alimentos, educación e inserción social) de estos últimos, pues bien las relaciones jurídicas entre padres e hijos que se generan, precisamente, por la filiación reciben el nombre de relaciones paterno-filiales.”<sup>43</sup>

Es el vínculo legal que existe entre el padre o madre y sus hijos, en virtud del cual y por razón de la ley, surgen derechos y obligaciones como la alimentación, educación, salud, vestuario y vivienda. Entre los derechos que nacen de la filiación se puede

---

42 Porras Escobar, Wilfrido, De León Estrada, Edgar Alberto y Espino Pinto, Victalino de Jesús. **Apuntes de derecho civil**. Pág. 148.

43 Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Pág. 219.

mencionar como ejemplo, el derecho de los padres de representar a los hijos en los actos para los cuales estos últimos, no tengan capacidad para ejercer su representación por si mismos, tales como la celebración de negocios jurídicos contractuales o para ejercer pretensiones en juicio.

## **3.2. Clasificación de la filiación**

### **3.2.1. Filiación matrimonial**

El Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 199 establece: "El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio: 1º El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2º El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio."

Esta clase de filiación se da cuando existe matrimonio entre los padres del menor y el mismo es concebido durante el matrimonio, independientemente de que este último, sea declarado nulo o anulable, sin embargo se presume que fue concebido durante el matrimonio el menor que nace ciento ochenta días después de la celebración del mismo o de la reunión de los cónyuges legalmente separados (por separación), o el hijo nacido dentro de los trescientos días después de disuelto el matrimonio de sus padres.

Sin embargo, a pesar de que el Código Civil establece dos presunciones legales, respecto a si el hijo fue concebido durante el matrimonio, también establece que el

marido puede impugnar la paternidad y que se admite como prueba la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico, así como la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia. El mismo cuerpo legal establece que en el caso del nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración de matrimonio, no puede tener lugar la impugnación por parte del marido, si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez, si estando presente en el acto de inscripción de nacimiento, firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento y si por documento público o privado el hijo hubiere sido reconocido.

### **3.2.2. Filiación extramatrimonial**

El Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 210 establece: “Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento; y, con respecto al padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad.”

La filiación extramatrimonial ocurre cuando nace un hijo de padres que no se encuentran casados o unidos de hecho, dicha filiación se prueba en cuanto a la madres por el solo hecho del nacimiento; y en cuanto al padre se prueba por el reconocimiento voluntario hecho a través de la partida de nacimiento por comparecencia ante el registrador civil, por acta especial ante el mismo registrador, por escritura pública, por

testamento; y por confesión judicial, en los último tres casos debe presentarse ante el registrador civil testimonio o certificación del documento en el que conste el reconocimiento para que se haga la inscripción correspondiente, sin embargo a pesar de que el reconocimiento puede ser voluntario, también se puede establecer la filiación respecto al padre, por sentencia judicial que declare la paternidad, pero si el reconocimiento es hecho en forma voluntaria, el mismo es irrevocable, si se hizo por medio de testamento y éste se revoca, el reconocimiento hecho en el mismo no se tiene por revocado.

La acción judicial de filiación, puede ser ejercida por el hijo que no fuere reconocido voluntariamente y este derecho nunca prescribe respecto de él. De acuerdo con el Artículo 221, del Código Civil, Decreto Ley 106: “La paternidad puede ser judicialmente declarada: 1º Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca; 2º Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre; 3º En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; y 4º Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción; 5 º Cuando el resultado de la prueba biológica, del Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo. Si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba, ordenada por juez competente, su negativa se tendrá como prueba de la paternidad, salvo prueba en contrario...”





### 3.3. Reconocimiento del menor de edad

El Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 214: “Los padres pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente. El reconocimiento hecho por uno solo de los padres, sólo produce efecto respecto a él. El padre o la madre que no intervino en el acto, así como el propio hijo o un tercero interesado legítimamente, pueden impugnar el reconocimiento dentro de los seis meses a contar del día en que tal hecho fuere conocido por ellos. Si el hijo fuere menor de edad, puede contradecir el reconocimiento dentro del año siguiente a su mayoría.”

El reconocimiento voluntario de un hijo lo pueden hacer los padres en forma conjunta o separada, sin embargo este reconocimiento puede ser impugnado ya sea por el propio hijo o por un tercero legítimamente interesado, dentro de seis meses a partir del día en que el hecho fuere conocido por ellos, pero si el hijo es mayor de edad tendrá un año, a partir de su mayoría para impugnar el reconocimiento.

Cuando el reconocimiento se hace de forma separada, el padre o madre que realizó tal reconocimiento, no está obligado a revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, sin embargo no se permite al padre hacer reconocimiento de hijos, atribuyendo la maternidad a una mujer casada con otro hombre, a menos que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido una sentencia favorable.



### 3.4. La patria potestad como efecto de la filiación

#### 3.4.1. Definición de patria potestad

“El termino patria potestad proviene de dos acepciones latinas que corresponden a dos ideas claramente definidas: patria que quiere decir padre, y potestad, que equivale decir poder, consecuentemente, patria potestad equivale a poder del padre. Las relaciones paterno-filiales alcanzan su máxima expresión jurídica a través de lo que tradicionalmente se conoce como patria potestad, con la que se pretende atender fundamentalmente las necesidades de los hijos menores de edad o los hijos mayores de edad que se encuentren en estado de interdicción.”<sup>44</sup>

“Es el conjunto de derechos y deberes que al padre y a la madre corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad; y constituye el derecho de representación legal del menor o incapacitado en los actos de la vida civil y administración de sus bienes.”<sup>45</sup>

La patria potestad es el efecto directo de la filiación, de carácter personalísimo y en consecuencia irrenunciable, intransmisible, imprescriptible, su ejercicio corresponde a los padres y consiste en el conjunto de derechos y obligaciones que la ley establece para los padres, sobre el hijo menor de edad o declarado en estado de interdicción y sobre sus bienes, para su protección y formación integral, desde la concepción de éste y mientras sea menor de edad o mientras dure el estado de interdicción.

---

44 *Ibid.* Pág. 221.

45 Guzmán Machorro, Juan Carlos. *Derecho civil de las personas y de la familia.* Pág. 137.



### 3.4.2. Los sujetos de la patria potestad: titularidad y ejercicio

El Código Civil, Decreto Ley 106, el Artículo 252 establece: “En el matrimonio y fuera de él. La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y la unión de hecho; y por el padre o la madre en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.”

“Por tanto, se concibe a la patria potestad como función dual, atribuida al padre y a la madre en igualdad de condiciones, con ello se inscribe decididamente nuestro Derecho en la poderosa corriente comparatista de la patria potestad conjunta. Por la misma razón, el ejercicio de la patria potestad también es conjunto, lo que significa que tendrá que concurrir el consentimiento de ambos progenitores para llevar a cabo actos de representación de hijo menor y de administración y disposición de sus bienes.”<sup>46</sup>

Cuando los padres están casados o unidos de hecho la titularidad de la patria potestad es de ambos padres y la misma se ejerce en forma conjunta, lo que significa que el derecho de representación del menor y la administración de sus bienes estará a cargo de ambos padres y uno no puede actuar sin el consentimiento del otro, sin embargo, a pesar de que por regla general la patria potestad se ejerce en forma conjunta, se contemplan en el Código Civil algunas excepciones a este principio.

---

46 Aguilar Guerra. *Derecho... Op. Cit.*; Pág. 224.



“La titularidad de la patria potestad es individual cuando la filiación se encuentre legalmente determinada respecto sólo a uno de los progenitores, cuando uno de los padres haya sido separado de la patria potestad por disipar los bienes de los hijos, o por su mala administración; por muerte de uno de los padres...Por consiguiente la titularidad individual es la que se designa a uno solo de los progenitores; es la contrafigura de la patria potestad dual que, en determinados supuestos, indeterminación de la filiación respecto del otro progenitor, exclusión legal y privación judicial se justifica.”<sup>47</sup>

La patria potestad será ejercida de manera individual: si la filiación está determinada respecto a solo uno de los padres, por separación solicitada por los ascendientes del menor, por sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad, o la Procuraduría General de la Nación en virtud de la mala administración de los bienes del menor, también se ejerce de manera individual si muere alguno de los padres del menor.

Existen otras razones o circunstancias por las cuales la patria potestad se ejerce de manera individual, de acuerdo con el Código Civil cuando el padre y la madre del menor no sean casados ni estén unidos de hecho, los hijos estarán en poder de la madre y como lo establece el Artículo 252 de dicho Código, la patria potestad se ejerce por el padre o la madre en cuyo poder esté el hijo, en tal virtud la patria potestad de los hijos cuyas madres sean solteras, será ejercida exclusivamente por estas últimas, a

---

47 Ibid. Pág. 225.

menos de que el padre del menor lo reconozca o que sea declarado padre del menor a través de un juicio de filiación.

La patria potestad también será ejercida en forma individual, si alguno de los padres incurriera en las causales de suspensión o pérdida de la misma, dicha suspensión o pérdida deberá ser declarada judicialmente.

### **3.4.3. Suspensión de la patria potestad**

La patria potestad como se estableció con anterioridad, es de carácter personalísimo y en consecuencia irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, sin embargo existen circunstancias en virtud de las cuales, la misma se puede suspender o perder.

El Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 273: “La patria potestad se suspende: 1º Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente; 2º Por interdicción, declarada en la misma forma; 3º Por ebriedad consuetudinaria; y 4º Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.”

La suspensión de la patria potestad, se define como la interrupción de los derechos que la ley otorga a los padres sobre sus hijos y los bienes de los mismos, sin embargo el que haya sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad, no está exonerado de la obligación de cuidar y sustentar a sus hijos. La acción sobre la suspensión de la patria potestad, solo la pueden promover los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y la Procuraduría General de la Nación.

#### 3.4.4. Pérdida de la patria potestad

De acuerdo con el Código Civil, Decreto Ley 106, Artículo 274: “La patria potestad se pierde: 1º Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; 2º Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores; 3º Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; 4º Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que lo haya expuesto o abandonado; y 5º Por haber sido condenado dos o más veces por delito de orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona. El mismo cuerpo legal establece en el Artículo 258: “La patria Potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado. 6º Por declaratoria judicial de adoptabilidad dictada por el juez de la niñez y adolescencia.”

La pérdida de la patria potestad se puede definir como la cesación de los derechos que la ley otorga a los padres sobre sus hijos y los bienes de los mismos, en virtud del cumplimiento de alguna de las causales establecidas en la ley, que al igual que en la suspensión de la patria potestad, el que la haya perdido, no está exonerado de la obligación de cuidar y sustentar a sus hijos. La acción sobre la pérdida de la misma, solo puede ser promovida por los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y la Procuraduría General de la Nación.



Tanto en la pérdida como en la suspensión de la patria potestad, puede existir el restablecimiento de la misma, toda vez se cumplan con determinados requisitos establecidos en el Código Civil, Decreto Ley 106, Artículo 277: “El juez en vista de las circunstancias de cada caso, puede, a petición de parte, restablecer al padre o la madre en el ejercicio de la patria potestad en los siguientes casos: 1º Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito cometido en contra de las personas o los bienes de los hijos; 2º Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, a que se refiere el inciso 3º del artículo 274, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes; y 3º Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1º de este artículo. En todos los casos debe probarse la buena conducta del que se intente rehabilitar, por lo menos en los tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva.”

#### **3.4.4.1. La adopción como causa de la pérdida de la patria potestad**

“Es un acto jurídico de carácter social, por el que el adoptante toma como hijo a un hijo de otra persona; estableciéndose entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación.”<sup>48</sup> El Código Civil, Decreto Ley 106, Artículo 190 establece: “La ley reconoce el parentesco, de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y sólo existe entre el

---

48 Guzmán Machorro. *Op. Cit.*; Pág. 149.



adoptante y el adoptado. Los cónyuges son parientes, pero no forman grado.” La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 54 estatuye: “Adopción. El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante. Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.”

La Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007, define la adopción en el Artículo 2 literal a.: “Adopción: Institución Social de protección y de orden público tutelada por el Estado, por la cual una persona toma como hijo propio al hijo biológico de otra persona.”

La adopción es entonces una institución social, regulada y tutelada por el Estado, en virtud de la cual, una persona toma como hijo propio, al hijo biológico de otra persona que ha perdido la patria potestad sobre el menor; la misma tiene como consecuencia la filiación entre el adoptante y el adoptado y por lo tanto la paternidad y la patria potestad, respecto del adoptante sobre el adoptado. Para entender a profundidad esta institución, se entiende como hijo biológico, a aquel que comparte el Ácido Desoxirribonucleico o ADN de su progenitor, el cual proviene de las células reproductivas de este último, es decir óvulos y/o espermias.



## CAPÍTULO IV

### 4. Problemática jurídica que surge en virtud de la maternidad subrogada en la filiación y la patria potestad

En materia de reproducción asistida, existen varios supuestos de interés para un estudio jurídico, sin embargo el presente estudio se concentra en la subrogación o alquiler del vientre en el cual el embrión fecundado artificialmente (mediante las células reproductivas de su padre y madre biológicos), es colocado dentro del vientre de la madre subrogada la cual gesta a la criatura y al cumplirse el tiempo del embarazo da a luz a la misma.

Como se estableció con anterioridad, existen diferentes métodos de reproducción asistida, sin embargo independientemente de como ocurra la fecundación de la células reproductivas, lo que es importante en realidad, para el objeto de este estudio, es el hecho de que el óvulo que se fecunda, a través de los métodos de reproducción asistida, es el óvulo de una mujer que no gestara al niño o niña dentro de su vientre, sino que será otra mujer la que gestará y dará a luz a ese niño o niña.

“Hay ahora una nueva realidad social, que parte de una dato inicial completamente diferente: ya es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna. Y se complica con numerosas variantes, según que los gametos (masculino o femenino) o el útero en que se desarrolle la gestación sea de uno de los miembros de la pareja que



decide el nacimiento del nuevo ser, o de una tercera....”<sup>49</sup>

Lamentablemente la legislación guatemalteca, a pesar de los avances que han quedado plasmados a través de las reformas al Código Civil, aun se encuentra rezagada en materia de tecnología de reproducción asistida, puesto que, como se puede apreciar, la legislación vigente únicamente contempla escenarios en los cuales ocurre una fecundación natural, más no una artificial, lo cual impone límites a la llamada verdad biológica, en cuanto a la determinación de la filiación tanto materna como paterna. “...la ley posibilita la determinación de filiaciones que no corresponden a la verdad biológica y hace inatacables las correspondientes relaciones jurídicas de filiación.”<sup>50</sup>

La verdad biológica, se refiere al hecho de que los padres biológicos o genéticos de una persona, son los que aportan sus células reproductivas (óvulos y espermias) para la concepción de esta última, sin embargo, como se explicó anteriormente, la legislación guatemalteca, al no contemplar las posibilidades que hoy en día ocurren en virtud de la tecnología de reproducción asistida, limita la filiación y la patria potestad a hechos que deben de encuadrar en los supuestos legales establecidos, lo cual restringe las posibilidades de los padres biológicos a reclamar algún tipo de derecho sobre el menor, que aunque biológicamente es su hijo, legalmente no lo es, de conformidad con el Código Civil vigente.

---

49 Aguilar Guerra. **Op. Cit.**; Pág. 185.

50 Gasteiz. **Ob Cit.**; Pág. 137.



#### **4.1. Problemática de la filiación materna y paterna**

Como se explicó con anterioridad, existen en el Código Civil, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, sin embargo para poder explicar de mejor manera la problemática en cuanto a la filiación del menor, en virtud del alquiler o subrogación de vientre, se dividirá en filiación materna y paterna.

Cuando la fecundación se da forma natural nos encontramos con dos supuestos, el primer supuesto se refiere a si la pareja es casada, en cuyo caso el marido se presume padre del hijo concebido durante el matrimonio, también se considera hijo del marido, al nacido dentro de los ciento ochenta días de los que siguientes a la celebración del matrimonio. El segundo supuesto se refiere a si los padres del menor no están casados, en este caso la filiación se establece y se prueba en relación a la madre por el solo hecho del nacimiento y con respecto al padre por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad.

##### **4.1.1. Problemática de la filiación paterna matrimonial**

En el caso del contrato de alquiler o subrogación de vientre, igualmente pueden existir dos supuestos que afectaran la filiación paterna del menor, el primer supuesto consiste en que la mujer que alquila su vientre sea casada o que este por casarse.

El Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 199 establece: "El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio: 1º El hijo nacido después de

ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2º El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.”

“Resulta, por tanto, que al tenor de las reglas generales del articulado de filiación madre es la que ha partido y como ésta resulta ser mujer casada, al nacido en el seno de una relación familiar con efectiva convivencia conyugal en época idónea se le consideraría hijo matrimonial, porque se desencadenaría la presunción de paternidad a favor de aquél.”<sup>51</sup>

En el caso de que la mujer que alquila su vientre fuere casada, existiría la siguiente disyuntiva: el esposo de la misma de conformidad con la ley, es considerado el padre de ese niño o niña y la única posibilidad del padre biológico de reclamar su paternidad sobre el menor es que el esposo de la madre subrogada impugnara su paternidad.

Si el esposo de la mujer que alquiló su vientre, deseara impugnar su paternidad, se acepta como prueba en contrario, de la presunción de paternidad dentro del matrimonio, la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico, así como la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, ya sea por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia.

---

51 Aguilar Guerra. *Op. Cit.*; Pág. 185.

Además el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, establece en el Artículo 128: “Son medios de prueba: 1. Declaración de las partes. 2. Declaración de testigos. 3. Dictamen de expertos. 4. Reconocimiento judicial. 5. Documentos. 6. Medios científicos de prueba. 7. Presunciones.” El artículo 191 del mismo cuerpo legal establece: “De oficio o a petición de parte, pueden disponerse calcos, relieves, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares. Es permitido, asimismo, para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo. Si el juez lo considerare necesario, puede procederse a su registro en forma fotográfica o cinematográfica. En caso de que así conviniere a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos u otros y, en general, cualesquiera experimentos o pruebas científicas.”

Dicha regulación faculta al marido que desee impugnar la paternidad que se le imputa, a ofrecer como evidencia, la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico (ADN). Es decir que los medios científicos de prueba pueden ser presentados como evidencia dentro de un juicio de paternidad y filiación; y entre estos la prueba mencionada, la cual no deja lugar a la duda, ya que comprueba de manera irrefutable y científica si un hombre es o no el padre de una persona y por medio de dicha prueba un hombre puede impugnar su paternidad o en caso contrario comprobarla.

En el supuesto de que la mujer que alquila su vientre se fuere a casar, opera la presunción regulada en el Artículo 201 del Código Civil: “El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, se presume hijo del marido si



este no impugna su paternidad. La impugnación no puede tener lugar: 1º Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez; 2º Si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento; y 3º Si por documento público o privado, el hijo hubiese sido reconocido.”

Por lo tanto, si la mujer que alquila su vientre fuera casada o se fuera a casar, esto dificultaría la filiación paterna del padre biológico (es decir quien donó su esperma), ya que se encontraría ante la dificultad que establece el Código Civil, Decreto 106, en el Artículo 215: “Cuando el padre o la madre hicieren el reconocimiento separadamente, no estarán obligados a revelar el nombre de la persona con quien hubieran tenido el hijo. No será permitido al padre hacer reconocimiento de hijos, atribuyendo la maternidad a una mujer casada con otra persona, salvo que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable.”

“Mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio. Esta norma absolutamente clara y precisa en su texto, otorga al marido el derecho exclusivo y único de desconocer su paternidad.”<sup>52</sup>

Lo anterior quiere decir que, a menos que el marido de madre subrogada impugne su paternidad y obtenga sentencia favorable, el padre biológico del menor no podrá reclamar su paternidad sobre el mismo puesto que, legalmente no esta facultado para

---

52 Grossman, Cecilia. *Acción de la impugnación de la paternidad*. Pág. 148.

impugnar la paternidad del marido de la madre subrogada.

#### **4.1.2. Problemática de la filiación paterna extramatrimonial**

El segundo supuesto que afecta la filiación del menor, en el alquiler o subrogación de vientre, se refiere al caso, en que la mujer que alquila su vientre sea soltera; y la misma no tenga planes de contraer matrimonio, en este caso se aplicaría lo regulado en el Código Civil, Decreto 106, Artículo 210: "Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento; y, con respecto al padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad." El Artículo 220 del mismo cuerpo legal establece: "El hijo que no fuere reconocido voluntariamente, tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto de él. Los herederos del hijo podrán proseguir la acción que éste dejare iniciada al tiempo de su fallecimiento, o intentarla si el hijo falleciere durante su menor edad, o si hubiere adolecido de incapacidad y muriere en ese estado.

El primer artículo citado establece respecto al padre, que el mismo podrá reconocer voluntariamente al hijo, sin embargo podría ocurrir que el padre biológico del menor no desee reconocerlo, en tal caso el Artículo 220 establece el derecho del hijo de ejercer lo que se conoce como la acción declarativa de la filiación y de acuerdo al Artículo 221 del Código Civil, puede ofrecer como evidencia la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico.



#### 4.1.3. Problemática de la filiación materna

De acuerdo al Artículo 210 del Código Civil, madre legalmente, es la madre de nacimiento, puesto que la maternidad se establece y se prueba por el solo hecho del nacimiento, en tal virtud, aunque una persona sea la madre biológica de un menor, ya que ella fue la que donó su óvulo y el mismo ya fecundado fue colocado en el vientre de otra mujer, esta última será la que atraviese el embarazo y eventualmente de a luz, por lo tanto de conformidad con el artículo citado, el menor que nazca como consecuencia de la celebración del contrato de alquiler o subrogación de vientre, es hijo de la madre de nacimiento, aunque esta no sea su madre biológica.

En cuanto a la filiación materna de acuerdo a la autora Victoria Gassteiz: “La donación de gametos femeninos para la práctica de técnicas de fecundación asistida carece de relevancia para la atribución y determinación de la filiación. Ocurre todo lo contrario con la llamada donación de útero o alquiler de madre para la filiación materna. Es madre la mujer que gestó el embrión y que, previo el embarazo, da a luz. Ello unido a la facilidad con que en principio se puede probar el hecho del parto y la identidad del hijo (no es preciso acudir a presunciones o reconocimientos como en el caso de la paternidad)...”<sup>53</sup>

“Los problemas de la filiación materna, sin embargo, que el supuesto plantea son, con el Derecho vigente en la mano, extraordinariamente difíciles de resolver. El principio

---

53 Gassteiz. *Op. Cit.*; Pág. 341.



romano *mater semper certa est*, que esta en la base de toda regulación de la filiación materna en nuestro Código, ya no sirve, por cuanto presupone en todo caso la la identidad entre la que hemos llamado madre genética y la que llamamos madre gestante.”<sup>54</sup>

La disyuntiva que la maternidad subrogada presenta, básicamente consiste en el hecho de que una persona puede tener dos madres, es decir, una madre biológica y una madre de nacimiento, con esto se debe plantear la posibilidad, de que una de ellas trate de impugnar la maternidad de la otra, dependiendo de quien haya reconocido al menor como hijo propio.

De acuerdo con el Código Civil, Decreto Ley 106, el Artículo 214 establece: “Los padres pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente. El reconocimiento hecho por uno solo de los padres, sólo produce efecto respecto de él. El padre o la madre que no intervino en el acto, así como el propio hijo o un tercero interesado legítimamente, puede impugnar el reconocimiento, dentro de seis meses a contar del día en que tal hecho fuere conocido por ellos. Si el hijo fuere menor de edad, puede contradecir el reconocimiento dentro del año siguiente a su mayoría.”

Sobre este aspecto el Artículo 221 del Código Civil establece en su último párrafo: “...La prueba de Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarse en cualquier institución de carácter público o privado,

---

54 Ibid. Pág. 313.

nacional o extranjera especializadas en dicha materia. Este medio de prueba, deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley para su admisibilidad. En juicios de impugnación de maternidad o paternidad, será admisible en iguales condiciones o circunstancias, la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico –ADN-.”

Ahora bien, si analizamos el Código Civil como fuente para resolver la disyuntiva que presenta la maternidad subrogada, se encontrará que de conformidad con el Artículo 210, la maternidad debe ser concedida a la madre de nacimiento, sin embargo, los Artículos 214 y 221 facultan a la madre biológica del menor, a impugnar la maternidad de la madre subrogada y ofrecer como evidencia, la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), lo cual comprobará que el menor es su hijo biológico, sin embargo, dicha prueba no demostrará el hecho del nacimiento, por lo tanto surge la pregunta ¿qué pruebas podría ofrecer la madre de nacimiento, para comprobar que ella de hecho, dio a luz al menor?

Podría ofrecer la prueba testimonial del personal médico que atendió el parto, pero esto solo comprobaría que la misma dio a luz a un menor, sin embargo no se podría constatar si ese bebe, es el mismo sobre el cual se esta disputando la maternidad. Puede entonces la madre de nacimiento, solicitar la declaración jurada de la madre biológica acerca del hecho de que el menor fue concebido mediante una técnica de reproducción asistida, que el mismo fue implantado en su útero y que fue ella quien dio a luz al menor. Incluso podría ofrecer como prueba, el testimonio del médico que asistió a la pareja comitente en el uso de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo en este último caso el Código Deontológico (Médico) en su Artículo 43 establece: “El

médico está obligado a guardar el secreto profesional sobre hechos vistos, oídos o relatados en el ejercicio de su profesión .”

Aunque dicho Código, también establece en el Artículo 45: “La revelación del secreto profesional podrá hacerse con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo y en sus justos y restringidos límites; el médico revelará el secreto en los siguientes casos: a. Por imperativo legal. Si bien en sus declaraciones ante los Tribunales de Justicia deberá apreciar, si, a pesar de todo, el secreto profesional le obliga a reservar ciertos datos. Si fuera necesario, pedirá asesoría al Colegio Médico. b. Cuando el médico se vea injustamente perjudicado por causa del mantenimiento del secreto de un paciente. c. Si con el silencio se diera lugar a un perjuicio al propio paciente u otras personas; o un peligro colectivo. d. En las enfermedades de declaración obligatoria ante autoridad competente. e. Cuando el médico comparezca como acusado ante el Colegio Médico o sea llamado a testimoniar en materia disciplinaria. No obstante, tendrá derecho a no revelar las confidencias del paciente. f. En los certificados de defunción y en los casos de aborto criminal. g. En la atención a menores de edad ante quienes tienen la patria potestad.” De acuerdo con las literales a y c del Artículo 45, puede que exista la posibilidad de que el médico que asistió a la pareja comitente en el uso de técnicas de reproducción asistida, pueda dar su declaración testimonial, sin embargo tendría que presentarse dicho caso para poder determinar cual sería la recomendación del Colegio de Médicos.

La madre de nacimiento, puede también ofrecer como medio de prueba, un examen ginecológico, mediante el cual se puede establecer el hecho de que ella ha dado a luz,



el Artículo 164 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 establece: “La parte a quien interese rendir prueba de expertos, expresará en su solicitud con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe versar el dictamen. El juez oírá por dos días a la otra parte, pudiendo esta adherirse a la solicitud, agregando nuevos puntos o impugnando los propuestos.”

El Artículo 165 del mismo cuerpo legal regula: “Cada parte designará un experto y el juez un tercero para el caso de discordia, a no ser que los interesados se pusieren de acuerdo respecto al nombramiento de uno solo. La designación de expertos por cada parte deberá hacerse al proponer la prueba y al contestar la audiencia a que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior. En caso contrario, el juez hará los nombramientos de oficio. El juez dictará resolución teniendo por nombrados a los expertos designados por las partes y, a su vez, nombrará al que haya de actuar como tercero.”

El dictamen ginecológico (de ambas mujeres), las pruebas testimoniales, la declaración jurada de ambas partes, además de la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), podrán confirmar que el menor de hecho, tiene dos madres, una madre biológica y una madre de nacimiento. Comprobado este hecho el Juez de Familia debe de determinar a quien le concederá la filiación materna del menor.

“...existen importantes corrientes favorables a la legalización de la subrogación materna, afirmando que los intereses de los niños y de sus padres se protegen mejor si se reconoce la subrogación materna, como se viene haciendo en algunas legislaciones

y jurisprudencias internacionales, sustentadas en la: **a) Teoría de la intención.** Considera madre legal a la mujer que tiene la intención de procrear y de criar a la criatura. Esta teoría fue aplicada por la Corte de Justicia del Estado de California, en los casos: “Johnson Calvert” (1993) y “Buzzanca” (1998). En estos dos casos la justicia por primera vez se enfrentó al problema de tener que determinar ¿quién es la madre legal, la que gesta y alumbra la criatura o la que provee material genético para la concepción de la criatura? En ambos casos, la mujer de la pareja contratante por impedimento para gestar, contrató el alquiler de vientre de otra mujer para la gestación. Según esta teoría, sin el interés de la pareja contratante, la criatura no hubiese sido creada; por ello se concluyó que la madre legal es aquella que tuvo la intención y el propósito de procrear y de criar la criatura. **b) Teoría de la contribución genética.** Sustenta la determinación de la maternidad en la relación genética entre la madre y la criatura. La mujer que dona el óvulo tendría derecho a reclamar la maternidad. Esta teoría determina las disputas de la maternidad subrogada gestacional, entre la madre que lleva a cabo la gestación y la que provee el óvulo, se reconoce como madre a la mujer que aporta el material genético para la procreación. **c) Teoría del mejor interés del menor.** Toma en consideración los factores de posibilidad que tienen las personas involucradas para proveer al niño un mejor bienestar, en el ámbito psicológico y físico. Los jueces tienen amplia discreción para resolver teniendo en cuenta los aspectos de: educación, manutención, la felicidad, entre otros. Lo que se busca es lo más justo para la criatura, independientemente de quienes hayan proporcionado el material genético para la concepción. Uno de los primeros casos donde se aplicó esta teoría fue el caso “Baby M” (1985), en el Estado de New Jersey. Este fue el primer caso conocido a nivel



mundial de maternidad subrogada, donde la pareja matrimonial “Stern” (William y Elizabeth Stern), contrataron el alquiler de vientre de la señora “Whitehead” para ser inseminada con el esperma de William Stern y gestó la criatura para entregarlo al nacimiento, quien después del parto se negó a entregar la criatura. Llevado el caso a los tribunales, en aplicación de la teoría del mejor interés del menor, se concedió la custodia permanente de la menor a la pareja Stern, por mejor capacidad para proveer un ambiente estable a la menor. A la gestante se reconoció su maternidad legal y señało un régimen de visitas.”<sup>55</sup>

Estas teorías han sido utilizadas en países en donde existe el Derecho Anglosajón (principalmente en los Estados Unidos de América), es decir en los países cuyo sistema de justicia, permite a los tribunales asentar jurisprudencia; lo que quiere decir que al resolver casos que no se encuentran regulados en leyes, los mismos solucionan el dilema presentado ante ellos, en base a los principios del derecho, especialmente la justicia y la equidad y de las circunstancias de cada caso en específico, los tribunales decidirán a quien otorgan la maternidad.

En el caso de Guatemala, el Código Civil, Decreto Ley 106, en el Artículo 210 dispone: “Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento; y, con respecto al padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia

---

55 Army, Larkey. **Redefiniendo la maternidad: determinar la maternidad legal en los arreglos de subrogación gestacional.** Pág. 333.



judicial que declare la paternidad.” Si solamente se tomara en cuenta el Código Civil para resolver la disyuntiva de la maternidad subrogada, de conformidad con el artículo citado, la madre de nacimiento del menor es legalmente su madre y aunque los Artículos 214 y 221 facultan a la madre biológica para impugnar la maternidad de la madre subrogada, de conformidad con el Artículo 210, el Juez de Familia debería de otorgar la filiación materna a la madre de nacimiento.

Sin embargo, a pesar de lo establecido en el Artículo 210 del Código Civil, la Convención Sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Congreso de la República de Guatemala, el 10 de mayo de 1990, mediante Decreto 27-90, establece en el Artículo 3 numeral primero: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” En el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. Por lo tanto al ser la Convención sobre los Derechos del Niño un instrumento convencional internacional en materia de Derechos Humanos, dicha Convención se convierte en una norma de superior jerarquía que el Código Civil, puesto que este último es considerado como Derecho Interno.

Es aquí en donde cobra importancia el principio del interés superior del niño, el cual ha sido reconocido en varios fallos emitidos por la Corte de Constitucionalidad, tales como los expedientes de amparo 2106-2007, 2151-2011 y 667-2012, en donde ha quedado



claro que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, en el caso de que surja un conflicto de intereses, se debe tener presente siempre que en la jurisdicción de menores, resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas.

Por lo tanto en base a los fundamentos legales citados, es mi criterio que el Juez de Familia al resolver la disyuntiva de la filiación materna, en virtud de la celebración de un contrato de alquiler de vientre, debe de fallar en base al mejor interés del niño y para esto debe de tomar en cuenta los factores psicológicos, emocionales y económicos de ambas partes y, determinar que es lo mejor para el menor afectiva y materialmente.

#### **4.2. Problemática de la patria potestad como consecuencia de la celebración del contrato de alquiler o subrogación de vientre**

Como se estableció con anterioridad, la patria potestad es la consecuencia directa de la filiación, en el caso del alquiler o subrogación de vientre, se determinó que existen dos supuestos, los cuales al ocurrir, afectan la filiación paterna del menor y en consecuencia la patria potestad sobre el mismo. Dichos supuestos básicamente se resumen en si la mujer que alquila o subroga su vientre, es casada o soltera.

En el primero de los casos, si la mujer que alquila su vientre es casada o esta por casarse, será su marido el padre del menor y este ejercerá la patria potestad sobre el mismo. “Si consta el matrimonio de la mujer cuya maternidad queda determinada, queda también legalmente determinada la paternidad de su marido – en el ámbito



temporal de la presunción – sin necesidad ni ocasión de comprobar su paternidad biológica. Tampoco hay lugar para una comprobación de la verdad biológica cuando la paternidad queda determinada mediante reconocimiento.”<sup>56</sup>

De ocurrir este primer supuesto, en que la madre subrogada es casada o esta por casarse, la patria potestad sobre el menor será ejercida por la misma y su esposo, por lo tanto la única posibilidad del padre biológico de reconocer al menor y reclamar su paternidad sobre el mismo, es que el esposo de la mujer que alquiló su vientre, impugne su paternidad y obtenga una sentencia favorable.

En el segundo supuesto, si la mujer que alquiló su vientre y dio a luz al menor fuere soltera, el padre del menor (sea casado o soltero) puede, sin ningún impedimento, reconocer voluntariamente al menor, aunque se podría dar el caso que el padre biológico del menor no lo quisiera reconocer, en este caso su paternidad podría ser declarada judicialmente, en virtud de un juicio de filiación, en el cual se podría aportar como evidencia la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico.

De darse este último supuesto, es importante recordar que la patria potestad se puede ejercer en forma conjunta o individual, se ejerce de forma conjunta dentro del matrimonio o la unión de hecho, pero se puede ejercer en forma individual por diferentes razones, porque uno de los padres falleció, por la pérdida o suspensión de la patria potestad y también se ejerce en forma individual si la mujer es madre soltera, en

---

56 Varsi Rospligiosi. *Ob Cit.*; Pág. 204.



el caso de que la madre subrogada sea soltera podría ejercer la patria potestad de forma individual, a menos de que el padre biológico del menor reconozca a su hijo o que sea declarado como padre del menor a través de un juicio de filiación.

Ahora bien, en cuanto a la filiación materna, como se estableció con anterioridad, el Código Civil reconoce como madre, a la madre de nacimiento, puesto que es el hecho del nacimiento, el que creará el vínculo de filiación entre la mujer y su hijo, sin embargo en el alquiler de vientre, puede darse el caso de la impugnación de la maternidad, ya sea por parte de la madre biológica o por parte de la madre de nacimiento, dependiendo de cual de las dos haya reconocido al menor como su hijo, de darse este caso sería el Juez de Familia quien tendría que resolver la disyuntiva de la filiación materna y dependiendo de su resolución, será la madre de nacimiento o la madre biológica la que ejercerá la patria potestad sobre el menor, ya que no se debe de olvidar, que es la filiación la que determina quien ejerce la patria potestad sobre un menor de edad.

En los casos de maternidad subrogada, en donde una pareja solicita los servicios gestacionales de una tercera, cuyo estado civil es casada, esta circunstancia dificulta aún más, su posibilidad de poder reclamar derechos de filiación sobre el menor, ya que no solamente tendrán que obtener la filiación materna de la madre biológica, sino que además el esposo de la pareja comitente, deberá esperar a que el esposo de la madre de alquiler, impugne su paternidad y obtenga una sentencia favorable sobre dicha impugnación, ya que el Código Civil, Decreto Ley 106, preceptúa en el Artículo 215: "Cuando el padre o la madre hicieren el reconocimiento separadamente, no estarán



obligados a revelar el nombre de la persona con quien hubieran tenido el hijo. No será permitido al padre hacer reconocimiento de hijos, atribuyendo la maternidad a una mujer casada con otra persona, salvo que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable.”



## CAPÍTULO V

### **5. Nulidad del contrato de alquiler o subrogación de vientre, en virtud de la ilicitud de su objeto por ser contrario al orden público**

El objeto del contrato puede ser definido como el elemento real del mismo, es decir lo que se conoce como la prestación, la cual se puede explicar como la conducta que puede exigirse al deudor, la cual es de dar, hacer o no hacer cosa u acción determinada, también se puede entender el elemento real como el objeto o bien en virtud del cual los sujetos se obligan.

Al elemento real del negocio jurídico, se le conoce como el objeto lícito dentro de los negocios jurídicos contractuales y es uno de los elementos esenciales dentro de los mismos, pero, cómo se puede determinar, si el objeto de un contrato es lícito, el Artículo 1301 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece: “Hay nulidad absoluta de un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas...”

Para entender a profundidad este precepto legal, debemos de comprender el significado de orden público, entonces se puede definir el orden público como el conjunto de normas y reglas establecidas dentro de una sociedad, que establecen los límites del actuar de las personas, el cual esta conformado por las normas y regulaciones de carácter internacional, constitucional, general, reglamentarias e individuales que forman el ordenamiento jurídico vigente. Por lo tanto, se dice que toda



vez el objeto del contrato no sea contrario al orden público establecido o las leyes prohibitivas expresas, el mismo es lícito.

### **5.1. Porque la persona misma no puede ser objeto de un contrato**

Al estudiar la naturaleza del contrato de alquiler o subrogación de vientre, se determinó que el objeto de dicho contrato puede ser, la mujer que presta sus servicios gestacionales o el menor que será producto del alquiler de vientre, pero independientemente del criterio que se maneje, en ambos casos es la persona misma la que es el objeto del contrato de alquiler de vientre, ahora bien se debe de recordar que la relación jurídica que deriva de la celebración de un contrato, tiene un carácter meramente patrimonial, lo cual quiere decir debe afectar el patrimonio de las personas, pero no a la persona en si, puesto que el ser humano no es un objeto o cosa de la cual se pueda disponer.

A pesar de esto, podría decirse que de conformidad con el principio constitucional de la libertad de acción, consagrado el Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la mujer es libre de hacer con su cuerpo lo que ella considere, pero aún analizando el alquiler de vientre desde ese punto de vista, no solo es ella, es decir la mujer que prestará sus servicios gestacionales, la que esta involucrada en el contrato, sino que también esta involucrado un menor de edad, el que al nacer, la misma entregará a sus padres biológicos, a cambio de una determinada cantidad de dinero, por lo tanto la mujer que presta sus servicios gestacionales no solamente esta disponiendo de su cuerpo o de su persona, sino que además esta disponiendo de un



menor, como si fuera parte de su patrimonio y no un ser humano, cuyos derechos también están protegidos por convenios internacionales, la Constitución Política de la República y leyes ordinarias.

La Declaración Universal del los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1948, establece en el Artículo 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros." La Constitución Política de la República de Guatemala estatuye en el Artículo 4: "En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben de guardar conducta fraternal entre sí." Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como la Constitución Política de la República, establecen que las personas por el solo hecho de ser seres humanos, nacen libres e iguales en dignidad y derechos, además el Artículo 4 de la Constitución establece que ninguna persona puede ser sometida a tratos denigrantes. Es evidente entonces, que el niño que nace en virtud de la celebración de un contrato de alquiler o subrogación de vientre, es un ser humano y por lo tanto no puede, ni debe de ser sometido a ningún trato que menoscabe su dignidad.

Además del derecho de protección a la dignidad humana, los niños también tienen el derecho a la identidad, es decir conocer quienes son sus padres y cual es su origen, sobre esto la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en el Artículo 7



numeral 1: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.” La citada convención también estatuye en el Artículo 8: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

Por lo tanto, al ser la persona misma el objeto del contrato de alquiler o subrogación de vientre y en virtud de que dicho objeto es contrario a los principios en materia de derechos humanos establecidos en Convenciones de Carácter Internacional y la Constitución Política de la República de Guatemala, se concluye que el contrato de alquiler de vientre es nulo ipso jure, por la ilicitud de su objeto.

#### **5.1.1. Porque la patria potestad no es renunciable a través de un negocio jurídico contractual**

Como se determinó en el apartado anterior, el objeto del contrato de alquiler o subrogación de vientre es la persona misma, también se estableció que existe una disyuntiva en cuanto a la filiación materna, entre la madre de nacimiento y la madre biológica, puesto que como el Código Civil establece, es el hecho del nacimiento el que determina la filiación materna y como consecuencia de dicha filiación, la ley le otorga a



la madre de nacimiento la patria potestad sobre el menor de edad, sin embargo para el desarrollo este apartado, me enfocare en el supuesto en el que la madre de alquiler lleva a cabo la gestación subrogada, eventualmente da a luz y enseguida entrega el bebe a sus padres biológicos, es decir que cumple a cabalidad con lo acordado en el contrato.

Se debe de recordar, que la patria potestad es el efecto directo de la filiación, de carácter personalísimo y en consecuencia irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, se define como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga a los padres sobre el hijo menor de edad o declarado en estado de interdicción y sobre sus bienes, para su protección y formación integral, desde la concepción de éste y mientras sea menor de edad o mientras dure el estado de interdicción. La misma se puede perder o suspender, pero solo por las causales legalmente establecidas y solamente en virtud de orden de juez competente.

El Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 273: “La patria potestad se suspende: 1º Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente; 2º Por interdicción, declarada en la misma forma; 3º Por ebriedad consuetudinaria; y 4º Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.”

El mismo cuerpo legal, dispone en el Artículo 274: “La patria potestad se pierde: 1º Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; 2º Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores; 3º Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de

sus hijos; 4º Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que lo haya expuesto o abandonado; y 5º Por haber sido condenado dos o más veces por delito de orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona. El mismo cuerpo legal establece en el Artículo 258: “6º Por declaratoria judicial de adoptabilidad dictada por el juez de la niñez y adolescencia.”

Es decir que solo si ocurre alguna de las causales para la suspensión o pérdida de la patria potestad y únicamente después de realizarse un juicio oral de patria potestad y solo si el Juez de Familia determina resolver, que la patria potestad, se pierde o se suspende, solo entonces se despojará de este derecho a quien legítimamente lo ejerza. El Artículo 2 de la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206, estatuye: “Corresponden a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.”

Sin embargo a pesar de todo lo expuesto, es evidente que al celebrarse un contrato de alquiler o subrogación de vientre, al momento en que la mujer que presta sus servicios gestacionales, entrega a la criatura producto de dicho alquiler, prácticamente renuncia a la patria potestad, que la misma obtuvo en virtud de la filiación materna, que surge por razón del nacimiento.



Ahora bien, el orden público se definió anteriormente como el conjunto de normas y reglas establecidas dentro de una sociedad, que establecen los límites del actuar de las personas, en este orden de ideas y en virtud de que tanto el Código Civil como la Ley de Tribunales de Familia, son parte del orden público establecido en nuestra sociedad, se puede concluir que de hecho, el contrato de alquiler o subrogación de vientre, es un negocio jurídico nulo, puesto que a través del mismo la madre de nacimiento del menor, renuncia a la patria potestad que legalmente le ha sido otorgada, dejando de un lado el hecho de que la misma tiene un carácter irrenunciable e intransferible.

## **5.2. Efectos de la nulidad del contrato de alquiler o subrogación de vientre**

Cuando se otorga un contrato, en el cual se celebra un negocio jurídico válido, puesto que reúne todos los requisitos necesarios, tales como capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito, el principal efecto de dicho contrato es la obligatoriedad del cumplimiento de la obligación u obligaciones pactadas por las partes dentro del mismo, es decir que si la parte afectada lo desea, puede solicitar la ejecución forzosa de la obligación y también el pago de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución o contravención de las obligaciones pactadas.

Por el contrario, cuando se otorga un negocio jurídico que carece de alguno de los elementos esenciales para su validez y que por lo tanto es considerado nulo, como es el caso del contrato de alquiler o subrogación de vientre, la parte que se considera afectada por el incumplimiento, no podrá demandar la ejecución forzosa de la obligación



y tampoco el pago de daños o perjuicios, puesto que estos como ya se estableció, son los efectos de un negocio jurídico válido.

### **5.2.1. La inexistencia de la ejecución forzosa y de los daños y perjuicios**

“Piénsese en la hipótesis más sencilla: en la madre subrogada fue colocado artificialmente el embrión fecundado con las células reproductivas del matrimonio comitente. Imagínese que, nacido el niño la madre subrogada se niega a entregarlo al matrimonio comitente. Aunque fuera lícito el contrato que nos ocupa, es indudable que no nace de él una pretensión jurídica para obligarla a hacerlo. ¿Podrá en tal caso el matrimonio comitente reclamar a la madre subrogada una indemnización por los gastos efectuados a su costa? O imagínese por el contrario, que es el matrimonio comitente el que, no gustándole el niño que ha nacido, se niega a aceptarlo. Aunque fuera lícito el contrato que nos ocupa, nuevamente es indudable que no nace de ellos una pretensión jurídica para obligarles a hacerlo. ¿Podría reclamar la madre subrogada indemnización por el daño que le supone quedar gravada con los deberes inherentes a la maternidad?, o tendrá que conformarse con ejercitar en nombre de su hijo la paternidad del marido del matrimonio comitente.”<sup>57</sup>

Es decir, que de otorgarse un contrato de alquiler o subrogación de vientre, puede que ocurra uno de los supuestos descritos, que la madre de alquiler, al nacer el niño no quiera entregarlo o que la pareja que contrató sus servicios gestacionales no le quiera

---

57 Army. Op. Cit.; Pág. 417.



pagar por los mismo y/o además no quieran recibir al niño. ¿Puede entonces la parte afectada por el incumplimiento del contrato, exigir la ejecución forzosa y además el pago de daños y perjuicios? La respuesta es sencilla: no puede, puesto que el contrato de alquiler o subrogación de vientre es un contrato nulo en virtud de la ilicitud de su objeto y por lo tanto no surte los efectos de un negocio jurídico contractual válido, puesto que el mismo no nace a la vida jurídica.

Sin embargo, lo que la madre subrogada si puede hacer, es iniciar una acción judicial de filiación a favor de su hijo, en contra del padre biológico del mismo y declarada la filiación también puede ejercer una acción judicial de alimentos, para que el padre biológico del menor se haga responsable de todo lo que estos conllevan. El Código Civil, Decreto Ley 106, establece en el Artículo 278: “La denominación alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad.”

Pero ¿qué ocurriría si a pesar de la nulidad del contrato de alquiler de vientre, la parte afectada por el incumplimiento inicia un juicio ejecutivo? En este caso el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, establece en el Artículo 186: “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad... La impugnación por el adversario debe hacerse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución que admita la prueba...” El Artículo 187 del mismo Código regula: “La parte que impugne un



documento público o privado presentado por su adversario, deberá especificarse en su escrito, con la mayor precisión posible, cuáles son los motivos de impugnación. Con dicho escrito se formará pieza separada, que se tramitará de acuerdo con el procedimiento de los incidentes, siendo apelable la resolución que se dicte. Si la impugnación del documento no estuviere decidida al vencerse el término probatorio, el juez podrá suspender el juicio principal hasta la decisión del incidente, si estimare que es fundamental para la sentencia..." Por lo tanto, si la parte afectada inicia un juicio ejecutivo, la otra parte puede alegar la nulidad de fondo del instrumento público, impugnándolo específicamente por la ilicitud de su objeto.

## CAPÍTULO VI

### **6. La necesidad de regular el alquiler o subrogación de vientre como una institución social**

Después de analizar todos los puntos expuestos, acerca de la problemática jurídica que surge en virtud de la celebración de un contrato de alquiler o subrogación de vientre, en cuanto a la filiación y la patria potestad sobre el menor, además de ser evidente que el objeto del mencionado contrato es ilícito, el propósito de este trabajo no es descartar el alquiler de vientre como una opción para las personas que deseen formar una familia, todo lo contrario, lo que desea demostrar este trabajo es que al alquiler de vientre debe ser permitido, pero solamente si el mismo es regulado y no como un contrato, sino como una institución social, en cual la gratuidad y la buena fe, deben de ser la base fundamental de dicha regulación.

El derecho a formar una familia, es uno de los principios resguardados por la Constitución Política de la República Guatemala, específicamente hay dos artículos que protegen dicho derecho, el Artículo 1 establece: "Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y la familia; su fin supremo es la realización del bien común." El Artículo 47 estatuye: "Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos."



Ambos artículos constitucionales, desarrollan la protección a la familia, que es la base fundamental de la sociedad y además de dicha protección el Artículo 47 reconoce el derecho de las personas a decidir la cantidad de hijos que deseen procrear, pero si bien es cierto, que el derecho a formar una familia, es un derecho protegido constitucionalmente, también lo es que la dignidad y la identidad de las personas, además de la protección tutelar a la niñez, son garantías igualmente establecidas y protegidas por la Constitución Política de la República y convenios de carácter Internacional en materia de Derechos Humanos.

Respecto a esto la Convención Sobre los Derechos del Niño, establece en el Artículo 4:” Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.” Y en el Artículo 19 numeral 1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”

La citada Convención fue ratificada por el Congreso de la República de Guatemala, el 10 de mayo de 1990, mediante Decreto 27-90; lo cual compromete al Estado de



Guatemala a tomar las medidas legislativas necesarias para velar por la protección integral de los niños, tomando como consideración primordial el interés superior de la niñez.

Por todas estas razones y para evitar la instrumentalización del hijo como un simple objeto o mercancía, fecundado con animus lucrandi; degradándose la institución familiar hasta sus más hondas raíces, es fundamental, que por el interés superior de los niños y por la protección social y jurídica que se debe dar a la familia, que se regule el alquiler de vientre como una institución social de carácter gratuito, mediante normas jurídicas que establezcan parámetros que protejan a la niñez y a la familia.

### **6.1. Aspectos a regularse en alquiler o subrogación de vientre**

En México las leyes de vientre de alquiler o maternidad subrogada varían dependiendo del Estado, por ejemplo en Estados como Aguascalientes y San Luis Potosí esta actividad esta prohibida, pero en Tabasco y en el Distrito Federal esta práctica esta regulada y permitida. En este último existe una ley denominada Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, la cual establece que alquiler de vientre puede otorgarse mediante un instrumento público no contractual y de carácter gratuito. La citada ley regula en su Artículo 1º: “La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada. La Maternidad Subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada

o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor.”

Existen otros artículos de la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, que considero son de suma importancia y se deben mencionar, el Artículo 2°: “La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley, son relativas a la Maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer. La Maternidad Subrogada se realizará sin fines de lucro para los padres subrogados y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el periodo gestacional.”

El Artículo 3° de la Ley de Maternidad Subrogada, esta compuesta por varios numerales, sin embargo existen algunos que se pueden considerar especialmente importantes para entender como legislar el alquiler de vientre en Guatemala, estos son los siguientes: “...VI. Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, en los términos que establece el Derecho Internacional Público;... XV. Instrumento para la Maternidad Subrogada: instrumento suscrito ante un Notario, en el que se establece el acuerdo de voluntades a título gratuito mediante el cual una mujer con capacidad de goce y ejercicio se compromete gestar el producto fecundado e implantado en su útero y gestarlo hasta las 40 semanas de embarazo o antes, por existir prescripción médica;

lo anterior en beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su carga o material genético a través de un ovulo y un espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante y que concluye con el nacimiento;...”

Existen otras leyes de carácter internacional que regulan el alquiler o subrogación de vientre, por ejemplo en la República de Rusia existe la Ley N°. 5487-1 Sobre la Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación de Rusia. En dicha ley se establece que en los servicios de una madre de alquiler, el estado civil de los usuarios no tiene trascendencia alguna. Las personas sin pareja o las parejas no casadas oficialmente también pueden acogerse a la gestación subrogada. La nacionalidad de los usuarios tampoco tiene importancia, ya que los extranjeros gozan en Rusia de los mismos derechos a tener hijos mediante técnicas de reproducción asistida que los rusos. Pueden ser madres de alquiler sólo las mujeres entre 29 y 35 años de edad que tienen, al menos, un hijo propio sano, una buena salud física y psicológica y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre. Antes de que se ponga en marcha un programa de gestación subrogada, los promotores del mismo y la madre de alquiler deben otorgar por escrito su consentimiento informado para la adhesión al programa y concertar un contrato de prestación de servicios médicos con el centro de reproducción.

La Ley Sobre la Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación de Rusia, también regula que tras el nacimiento del niño, la madre sustituta debe dar su autorización para que los promotores sean inscritos por el Registro Civil como padres



del nacido. Esta autorización se otorga en el centro de maternidad antes del alta de la madre de alquiler y se certifica con la firma del encargado y el sello del centro sanitario. Acto seguido, el Registro Civil del lugar de nacimiento del niño o del lugar de residencia de sus padres procederá a la inscripción del nacido y expedirá el certificado de nacimiento del bebé en el cual los promotores constarán como sus padres, sin mención alguna a la madre de alquiler. El procedimiento de inscripción registral tarda un solo día, una vez que los promotores sean inscritos como padres en el Libro de Nacimientos, la madre suplente perderá sus derechos maternos sobre el nacido.

Como se puede ver, las leyes de carácter internacional que se han citado en el desarrollo del presente apartado, cubren en forma amplia varios aspectos que deben de considerarse al regular el alquiler de vientre, sin embargo es mi criterio que hay varios aspectos que en Guatemala no pueden ser regulados de la misma manera, por ejemplo en México, Distrito Federal, se regula que el alquiler de vientre puede ser otorgado a través de un instrumento público no contractual gratuito, realizándose el trámite de la maternidad subrogada como un trámite de la jurisdicción voluntaria en Guatemala, sin embargo como se puede recordar, anteriormente la adopción era un trámite jurisdicción voluntaria, pero lamentablemente esta circunstancia permitió que se realizaran adopciones fraudulentas.

También existe un factor muy interesante que regula la Ley N°. 5487-1 Sobre la Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación de Rusia, que tanto las personas sin pareja como con pareja, pueden solicitar los servicios de una madre subrogada, sobre este aspecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el



caso Atala Riffo y niñas vs. Chile en sentencia del 24 de febrero de 2012 dictaminó:

“142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. 143. En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad). 144. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el Caso Karner Vs. Austria, que: El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo”.145. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y

estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”)... 172. Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar. De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios. Respecto a parejas de diferente sexo, ha señalado reiteradamente que: La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de “familia” de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es ipso jure parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y [, en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio.”

Lamentablemente sobre este aspecto no existe jurisprudencia constitucional a nivel nacional, a pesar de esto es importante recordar que aunque este trabajo solamente se enfoque en la posibilidad de un alquiler de vientre en el cual participan ambos padres biológicos, es posible que se presente la posibilidad de que, una sola persona hombre o mujer solicite el alquiler de vientre, sin que este casada o unida de hecho con otra persona.



Sobre esto, es mi criterio, al igual que el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la definición de familia no necesariamente es la papá, mamá e hijos, aunque para poder lograr que exista una legislación que contemple esta posibilidad en Guatemala, debe de existir un cambio en la sociedad guatemalteca, sin embargo por el momento y para no retardar más el proceso, primero se debe de regular el alquiler de vientre en el que es un matrimonio (o unión de hecho), la que solicita los servicios gestacionales de una tercera.

Por lo tanto, para poder crear una normativa que regule apropiadamente el alquiler de vientre en Guatemala, se deben de tomar en cuenta algunos aspectos que considero fundamentales: 1º. La dignidad humana y el interés superior del menor; 2º. La maternidad subrogada debe de realizarse sin fines de lucro y no debe de ser un contrato, aunque sea de carácter gratuito, sino que debe de ser regulado como una institución social tutelada por el Estado y para que el Estado pueda tutelar dicha práctica, se debe de crear una autoridad central en materia de reproducción asistida y maternidad subrogada; 3º. La pareja que solicitó los servicios gestacionales, solamente será responsable de la alimentación de la madre subrogada antes del nacimiento de la criatura, es decir todo lo referente al sustento, habitación, vestido y asistencia médica, aunque sobre este último aspecto, también serán responsables después del parto; 4º. La mujer que solicite los servicios gestacionales de otra mujer deberá comprobar que posee una imposibilidad médica para llevar a cabo la gestación en su útero; 5º. La mujer que alquile su vientre se debe de ser preferiblemente soltera, encontrarse en un buen estado de salud físico y mental y estar entre la edad de los dieciocho y treinta



años; 6°. Debe de crearse un procedimiento administrativo, a través de un reglamento por medio del cual la madre subrogada preste su consentimiento y de estar casada también su esposo; 7°. Para ser madre subrogada, debe de tomarse en cuenta primordialmente, a una mujer que tenga algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre o padre del menor que esta va a gestar y solo en caso de que no exista una candidata apta o que ninguna de sus familiares deseen auxiliar en la maternidad subrogada, se puede tomar en cuenta a una mujer que legalmente no sea su familiar y 8°. Debe de establecerse que la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor nacido y la mujer gestante, en todo caso los derechos de filiación será a favor de la pareja que solicitó los servicios de la madre subrogada.

Además de una ley que regule los aspectos sustantivos, se debe de crear una ley que regule los aspectos procedimentales del alquiler de vientre y para que se lleven a cabo dichos procedimientos, considero que se deben de crear Tribunales especializados en materia de reproducción asistida y maternidad subrogada los cuales serán competentes para resolver problemas de filiación, paternidad, patria potestad, gastos médicos y protección de las personas. Dichos Tribunales estarán constituidos por Juzgados de Familia en Materia de Reproducción Asistida y por las Salas de Apelaciones en Materia de Reproducción Asistida y también serán competentes para conocer en los casos de separación de la pareja que solicita los servicios gestacionales o del fallecimiento de uno o ambos antes de que nazca el menor producto de la Maternidad Subrogada, en



términos de las reglas sobre patria potestad, guarda y custodia y tutela que establece el Código Civil.

## **6.2. Propuestas de ley para regular en alquiler o subrogación de vientre**

Para regular el alquiler de vientre en Guatemala, se puede tomar como base principal la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007. La ley se podría denominar la Ley Reguladora de los Métodos de Reproducción Asistida y Subrogación de Vientre. En dicha ley se puede crear la figura de la maternidad subrogada, como una institución social, de carácter gratuito, tutelada y regulada por el Estado, en virtud de la cual una pareja casada o unida de hecho que por razones de infertilidad no puede lograr un embarazo, solicita los servicios de gestación a una tercera, que se denominará madre subrogada y al dar a luz al niño o niña, lo entregará voluntariamente a la pareja que solicitó sus servicios gestacionales. Todo el procedimiento deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del nacido.

A través de dicha ley, se debe de crear un consejo denominado el Consejo Nacional de Reproducción Asistida, el cual sería la autoridad central en materia de reproducción asistida y maternidad subrogada, el cual se encargará de certificar a las instituciones de salud privadas para llevar a cabo prácticas de reproducción asistida, de velar por el interés superior de los niños y por el cumplimiento de los procedimientos administrativos establecidos en el reglamento de la Ley Reguladora de los Métodos de Reproducción Asistida y Subrogación de Vientre. La práctica médica de maternidad subrogada sólo se podrá llevar a cabo en aquellas instituciones de salud privadas que cuenten con la



certificación de la autoridad competente para realizar la transferencia de embriones humanos.

El reglamento de la Ley Reguladora de los Métodos de Reproducción Asistida y Subrogación de Vientre, debe contener el procedimiento administrativo mediante el cual la madre subrogada presta su consentimiento, el cual puede ser similar al que se realiza en las adopciones en que los padres biológicos desean darlo voluntariamente en adopción, que esta regulado en el Artículo 39 del Reglamento de la Ley de Adopciones, Acuerdo Gubernativo 182-2010.

Por lo tanto, para presentar su consentimiento, la madre subrogada deberá llenar un formulario que contendrá los siguientes apartados: nombres y apellidos completos; lugar y fecha de nacimiento; lugar de residencia; impresión de las huellas dactilares, palmares y plantares, además se debe de adjuntar a dicho formulario la certificación de la partida de nacimiento, fotocopia legalizada del documento de identificación personal y certificado médico que constate que la misma se encuentra en un excelente estado físico y mental, extendida por los profesionales que formarán parte de la Unidad Médica, que será parte del Consejo Nacional de Reproducción Asistida. En el formulario para solicitar ser madre subrogada, habrá un apartado en el cual la misma acepta expresamente, entregar el niño al momento de nacer, a la pareja que solicito sus servicios gestacionales. Dicho formulario, contendrá un apartado en el cual, de ser casada la madre subrogada, su esposo dará su consentimiento expreso para que la misma subrogue su vientre y entregue al menor al momento de nacer.



La pareja que solicita los servicios gestacionales, deberá llenar un formulario que le proporcionará el Consejo Nacional de Reproducción Asistida, solicitando el servicio de subrogación de vientre, el cual contendrá los siguientes apartados: nombres y apellidos completos; lugar y fecha de nacimiento; lugar de residencia; impresión de las huellas dactilares, palmares y plantares, deberán de adjuntar al formulario, certificado médico extendido por la Unidad Médica que constate que la madre biológica posee una imposibilidad médica para llevar a cabo la gestación en su útero, la certificación de las partidas de nacimiento, fotocopias legalizadas de los documento de identificación personal, certificados médicos y además deberán proporcionar la información médica relacionada a la reproducción asistida, que incluirá el nombre del médico que los asistirá en la fecundación artificial y el nombre de la clínica, de lograrse el embarazo, el médico de la pareja deberá dar aviso al Consejo Nacional de Reproducción Asistida.

Para analizar la información proporcionada por las madres subrogadas y las parejas que solicitan los servicios de maternidad subrogada, deberá crearse la Unidad de Maternidad Subrogada, que será parte del Consejo Nacional de Reproducción asistida, la cual estudiará la situación específica de la pareja y enviará al Juez de Familia en Materia de Reproducción Asistida, el expediente respectivo y su dictamen.

El Juez de Familia en Materia de Reproducción Asistida, deberá autorizar las solicitudes de maternidad subrogada presentadas, el Juez será el que decida aprobar o desaprobar la solicitud y antes de resolver en definitiva, puede requerir cualquier otra información que considere necesaria para poder resolver la solicitud. El médico que asista a la pareja que solicite los servicios gestacionales, no debe llevar a cabo ningún



procedimiento médico, ya sea de reproducción asistida o de maternidad subrogada, hasta que la pareja le presente copia certificada de la resolución de Juez competente, en la que se autorice la maternidad subrogada.

En la Ley Reguladora de los Métodos de Reproducción Asistida y Subrogación de Vientre, debe existir un artículo que establezca que son madre o padre del menor que nace en virtud de la subrogación de vientre, las personas que solicitaron los servicios gestacionales, mediante el procedimiento administrativo establecido en dicha ley y que por lo tanto ellos ejercen la patria potestad sobre el menor.

El formulario que la madre subrogada entregue al Consejo, contendrá un apartado especial en el que ella, de manera expresa se comprometerá a entregar al menor después de su nacimiento, bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo, el Juez de Familia en Materia de Reproducción Asistida competente, podrá y tendrá la potestad de presentarse donde se encuentre el menor, o citará a la madre subrogada a la sede del Juzgado, para que en ambos casos, la misma ante su presencia, entregue al menor a sus padres biológicos.

Sin embargo de continuarse negando, el Juez en Materia de Reproducción Asistida certificara lo conducente, en virtud de lo regulado en el Artículo 209 del Código Penal, Decreto 17-73, que estatuye el delito de sustracción propia: “Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de estos, será sancionado con prisión de uno a tres años...”

El formulario que entregue la pareja que solicite los servicios gestacionales, igualmente incluirá un apartado en el cual se comprometan expresamente a aceptar al niño al momento de su nacimiento, de lo contrario al igual que con la madre subrogada el Juez de Familia en Materia de Reproducción asistida tendrá la potestad de citar a la persona o pareja que solicito los servicios gestacionales a la sede del Juzgado, para que la madre subrogada ante su presencia, entregue al menor a sus padres de conformidad con la Ley Reguladora de los Métodos de Reproducción Asistida y del Alquiler o Subrogación de Vientre.

Sin embargo, de continuarse negando a recibir al menor, el Juez en la misma audiencia preguntará a los padres del menor si desean darlo en adopción y de ser una respuesta positiva, dictará las medidas de seguridad pertinentes para proteger al mismo y en virtud de la denegatoria de recibirlo, además de la manifestación expresa de querer darlo en adopción, remitirá los expedientes de ambas partes al Consejo Nacional de Adopciones y ordenará a los padres del menor cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 36 de la Ley de Adopciones, Decreto Número 77-2007, en el cual se establece: Los padres biológicos que manifiesten voluntariamente su deseo de dar a un hijo en adopción, deberán acudir a la Autoridad Central para recibir el proceso de orientación correspondiente. Si ratifican su deseo de darlo en adopción, la Autoridad Central deberá presentar al niño inmediatamente ante el juez de niñez y adolescencia, para que éste inicie el proceso de protección de la niñez y la adolescencia y declare la adoptabilidad. En estos casos además de ordenar la investigación que corresponde conforme a la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, ordenará a la

Autoridad Central la práctica de las siguientes diligencias: a. Realizar el proceso de orientación a los padres biológicos; b. Recabar las pruebas científicas idóneas y necesarias para establecer la filiación, entre ellas la de Ácido Desoxirribonucleico – ADN; c. Tomar las impresiones dactilares de los padres biológicos y de impresiones palmares y plantares del niño; d. Evaluar los aspectos que el Equipo Multidisciplinario estime convenientes. Los resultados de estas diligencias deberán ser presentados por el coordinador y/o Equipo Multidisciplinario en la audiencia que para el efecto señale el juez.”

## **6.2. Propuestas de reformas a leyes vigentes para lograr legislar el alquiler o subrogación de vientre**

Como se ha evidenciado en el desarrollo del presente trabajo, en materia de reproducción asistida, existen en Guatemala diversas lagunas legales que pueden crear una problemática jurídica, en cuanto a la filiación y la patria potestad sobre un menor de edad, sin embargo aunque es evidente la necesaria la creación de una ley que regule todos los posibles escenarios que se puedan presentar en virtud del uso de métodos de reproducción asistida y el alquiler o subrogación de vientre, también es evidente que para que dicha regulación funcione, deben de proponerse reformas a algunas leyes vigentes, que de lo contrario entrarían en conflicto con las regulaciones propuestas.

Para poder resolver los conflictos de filiación y patria potestad, se debe de empezar por el Código Civil, agregando a los Artículos 199, 200, 202, 210, 214, 220, 221 y 222 la



“Todo lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Reguladora de los Métodos de Reproducción Asistida y de Alquiler o Subrogación de Vientre”.

Para evitar la comercialización del alquiler o subrogación de vientre, al Código Penal debería agregarse un artículo un cuyo epígrafe será el Alquiler o subrogación de vientre remunerado o forzado y dicho artículo establecerá los elementos del tipo delictivo de la siguiente manera: “Comete el delito de alquiler o subrogación de vientre remunerado o forzado, cualquier persona que reciba, entregue, ofrezca o solicite un beneficio económico, a cambio de alquilar o subrogar su vientre o el de una tercera persona o que solicite una remuneración por entregar al niño o niña que nazca en virtud del alquiler o subrogación de vientre. También comete este delito la persona que obligue a otra a subrogar su vientre, independientemente de que reciba una remuneración económica o no.”

Además de esto para poder llevar a cabo los aspectos procesales al Artículo 118 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Número 27-2003, se deberá agregar un párrafo que indique “Si el proceso de protección a la niñez, se hubiere iniciado a solicitud del Consejo Nacional de Adopciones, en virtud de la remisión de expedientes de alquiler o subrogación de vientre por parte del Consejo Nacional en Materia de Reproducción Asistida, el Juez de la Niñez y Adolescencia, deberá determinar si dejará que permanezcan las medidas de seguridad dictadas por el Juez de Familia en Materia de Reproducción Asistida, o si dictará otra más convenientes según las circunstancias del menor.”



Para concluir, se debe hacer énfasis, en que las reformas planteadas en el presente apartado, son necesarias para poder aplicar una nueva normativa en materia de reproducción asistida, puesto que como se ha expuesto con anterioridad, las leyes vigentes no son congruentes con todas las posibilidades que surgen en materia de filiación, por el uso de técnicas de reproducción asistida y por el alquiler de vientre. Por lo tanto no solo es necesario la creación de normas que regulen la reproducción asistida, sino que además deben de reformarse la leyes vigentes para que no exista un conflicto entre las mismas y las leyes que regulen la reproducción asistida y la subrogación de vientre.



## CONCLUSIONES

1. En virtud de que la persona misma no puede ser objeto de un negocio jurídico contractual, el contrato de alquiler o subrogación de vientre es nulo de pleno derecho, puesto que es evidente que su objeto es contrario al orden público, ya que claramente es contrario a los derechos y garantías plasmadas en la Constitución Política y en convenios internacionales en materia de derechos humanos.
2. Independientemente de la nulidad absoluta del contrato de alquiler o subrogación de vientre, surgen del mismo, conflictos de filiación y patria potestad sobre el menor producto de la maternidad subrogada, ya que la legislación vigente a pesar de sus avances en materia de reproducción asistida, solamente contempla la posibilidad de una fecundación natural.
3. Al darse el incumplimiento del contrato de alquiler o subrogación, ya sea porque la madre subrogada no entregó al niño o porque los padres biológicos no quieren recibir al niño o pagar la cantidad acordada, la parte afectada por el incumplimiento no podrá exigir el cumplimiento forzoso de la obligación ni el pago de daños y perjuicios, en virtud de la nulidad absoluta de dicho contrato.
4. Al permitir que continúe el vacío legal en cuanto al alquiler o subrogación de vientre, se permite que el mismo sea utilizado como una forma de lucrar de la madre subrogada, lo que quiere decir que la esta última utiliza al menor como una simple mercancía, violando así los derechos humanos del niño o niña producto de la maternidad subrogada.





## RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, en virtud de la ratificación y entrada en vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño, esta obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger a la niñez de cualquier tipo de violación a sus derechos, por lo tanto se debe de tomar una medida de carácter legislativo que regule el alquiler de vientre, como una institución social gratuita tutelada por el Estado.
2. Al presentarse un conflicto de filiación materna ante un Juez de Familia, en virtud de la maternidad subrogada, el mismo para poder determinar a quien otorga la filiación materna, si a la madre biológica o a la madre de nacimiento, deberá tomar en cuenta pruebas científicas, testimoniales y documentales, pero deberá tomar en cuenta primordialmente, el interés superior del niño.
3. Se debe de crear la regulación adecuada que establezca quienes son considerados legalmente los padres de un menor producto de un alquiler de vientre y a través de dicha regulación se deben de crear Juzgados y Salas especializadas en materia de reproducción asistida y procedimiento administrativos y judiciales para la resolución de conflictos que surjan en virtud de la maternidad subrogada.
4. Se debe de reformar el Código Penal incluyendo un nuevo tipo delictivo, que permita sancionar mediante una pena de prisión, el acto de obligar a una persona a ser madre subrogada o si alguien obtiene cualquier tipo de lucro de una subrogación de vientre o si se ofreciere alguna remuneración a cambio del mismo, ya que de esta manera se lograría evitar que las personas utilizaran como mercancía a los niños.





## ANEXOS

### AMPARO EN ÚNICA INSTANCIA

#### EXPEDIENTE 2106-2007

**CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD:** Guatemala, veintidós de enero de dos mil ocho. Se tiene a la vista para dictar sentencia el amparo en única instancia promovido por Gloria Patricia Castañeda Garza, en ejercicio de la patria potestad de su menor hijo Víctor Alfonso Castañeda Garza, contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil. La postulante actuó con el patrocinio de la abogada Anneliezze Pereira Ruano.

#### ANTECEDENTES

##### I. EL AMPARO

**A) Interposición y autoridad:** presentado ante esta Corte el trece de julio de dos mil siete. **B) Acto reclamado:** sentencia de dos de mayo de dos mil siete por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, desestimó el recurso de casación interpuesto por la postulante contra la sentencia de ocho de noviembre de dos mil seis, dictada por la Sala de la Corte de Apelaciones de Familia, que revocó la decisión del Juez Primero de Primera Instancia de Familia del departamento de Guatemala y, como consecuencia, declaró sin lugar la demanda ordinaria de paternidad y filiación que Gloria Patricia Castañeda Garza, en la calidad con que actuó, promovió contra Jorge Mario García Rodríguez. **C) Violaciones que denuncia:** derechos a la familia, paternidad responsable, alimentación, salud, educación, seguridad, los relativos a la niñez, a la no discriminación por el origen y por el nacimiento, identidad, a conocer su padre biológico, protección jurídica de los padres; tutela judicial efectiva; y los principios jurídicos al debido proceso, igualdad de los hijos ante la ley, e interés superior del niño. **D) Hechos que motivan el amparo:** de lo expuesto por la solicitante se resume: **a)** ante el Juzgado Primero de Primera Instancia de Familia del departamento de Guatemala promovió juicio ordinario de paternidad y filiación contra Jorge Mario García Rodríguez, el cual fue declarado con lugar en sentencia de seis de junio de dos mil seis y, en consecuencia, declaró que el demandado es el padre biológico del menor Víctor Alfonso Castañeda García; **b)** el demandado interpuso apelación, recurso que, al ser conocido por la Sala de la Corte de Apelaciones de Familia revocó el fallo venido en



grado y declaró sin lugar la demanda planteada; **c)** en el referido fallo, el tribunal de alzada sustentó su decisión en que "...aunque la parte demandada ofreció como medio científico la prueba de "ADN", ese medio de prueba no aparece regulado como tal por el Código Procesal Civil y Mercantil en su artículo 128, pues aunque esta norma de manera muy general regula los medios científicos de prueba en que se encuentran comprendidos los análisis hematológicos, la demandante no lo ofreció de esa manera. En suma al señalarse audiencias (...) a efecto de practicar la diligencia de prueba de "ADN" (Acido dexorribonucleico) en la persona del demandado y del menor Víctor Alfonso Castañeda, bajo apercibimiento que se indica en las resoluciones que señalan esas audiencias, no tienen razón de ser – pues la parte demandante – como ya se expuso – ni siquiera cumplió con la carga procesal del ofrecimiento probatorio, a efecto de que el juez la diligenciara..." ; **d)** contra dicha sentencia interpuso recurso de casación por motivo de fondo con los submotivos de: **d.1)** error de derecho en la apreciación de la prueba; **d.2)** interpretación errónea de la ley; y **d.3)** violación de ley, el cual en sentencia de dos de mayo de dos mil siete, fue desestimado (acto reclamado). El primer submotivo lo fundamentó en que la prueba científica de análisis comparativo de muestras de "ADN" es admisible en la legislación guatemalteca y por ello, no puede ser excluido como medio de prueba. Con relación a este submotivo, agrega, el Tribunal de primer grado hizo un apercibimiento legal del cual se extrae una consecuencia jurídica para el caso de negativa del demandado de someterse al examen: tener por cierta la paternidad de Jorge Mario García Rodríguez; de ahí que la Sala en forma arbitraria negó la validez de ese apercibimiento. La Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia desestimó la casación, respecto a este submotivo, porque a su juicio no señaló con precisión que reglas de la sana crítica fueron infringidas ni la forma en que fueron violadas, consideración que evidencia que no tomó en cuenta el interés superior del niño como principio rector que deben aplicarse a los juicios de filiación, vulnerando así el principio de interés superior del niño y los derechos de la niñez. Respecto al segundo submotivo el cual se fundamenta en que el tribunal de alzada pretende negar valor probatorio a la prueba científica de "ADN", por considerar que no fue propuesta como prueba hematológica; a dicho sub motivo la autoridad impugnada se limitó a indicar que las normas que se denuncian, como en el presente caso, el artículo 621,



numeral 1º, del Código Procesal Civil y Mercantil, deben ser de carácter sustantivo y no procesal, razón por la cual el planteamiento era improcedente al no conocer el fondo de la situación sometida a conocimiento de la Cámara Civil, violando así su derecho a la tutela judicial efectiva. Respecto al último submotivo invocado, lo sustentó en la facultad jurídica que tienen los jueces, respecto al artículo 181 de la Ley del Organismo Judicial de decretar apercibimientos, así como el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia que establece facultades discrecionales al tribunal de familia; de ahí que el juez de familia se encontraba legalmente facultado para hacerlo, en su obligación de proteger los derechos de la parte más débil, en el presente caso el niño que busca averiguar quien es su padre. El Tribunal de Casación en el tercer considerando de la sentencia, también se limitó a indicar que los artículos citados son normas de carácter procesal y como tal no pueden servir de base para sostener una casación de fondo, cuyo carácter es eminentemente sustantivo. Con la decisión última también se advierte la violación incurrida por la autoridad impugnada de ignorar el interés superior del niño, pues la misma Cámara Civil refiere que "...es importante destacar que aún cuando en la sentencia impugnada se advierten errores, si la recurrente no hace un planteamiento técnicamente apropiado de la casación, de oficio no se puede anular la sentencia, dada la naturaleza extraordinaria y limitativa del recurso de casación..."; proceder que también vulneró sus derechos constitucionales. Solicitó que se le otorgue amparo. **E) Uso de recursos:** ninguno. **F) Casos de procedencia:** citó los contenidos en los incisos b), d) y h) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **G) Leyes violadas:** citó los artículos 1º, 2º, 47, 50 y 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3º, 6º, 8º y 9º de la Convención de los Derechos del Niño; 1.2 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 14 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Juventud; 220 del Código Civil; 6º, 12, 16, 26, 127, 128, 129, 177, 186 y 191 del Código Procesal Civil y Mercantil; 1º, 4º, 10, 16, 24, 26, 34, 61, 94, 116, 121 y 139 de la Ley del Organismo Judicial.

## II. TRÁMITE DEL AMPARO

**A) Amparo provisional:** no se otorgó. **B) Terceros interesados:** Procuraduría de los Derechos Humanos, Procuraduría General de la Nación y Jorge Mario García Rodríguez. **C) Remisión de antecedentes:** expediente de casación cuatrocientos



noventa y cinco - dos mil seis (495-2006) de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil. **D) Prueba:** se relevó de prueba.

### **III. ALEGACIONES DE LAS PARTES**

**A) Gloria Patricia Castañeda Garza**, solicitante del amparo, se limitó a solicitar que se releve de prueba el amparo por tratarse de un punto de derecho. **B) El Procurador de los Derechos Humanos**, tercero interesado, se limitó a señalar que se abra a prueba el amparo si el Tribunal lo estima pertinente. **C) La Procuraduría General de la Nación**, tercera interesada, manifestó que la autoridad impugnada al emitir el acto reclamado actuó dentro de sus facultades legales y conforme la potestad de interpretar y valorar los hechos y disposiciones legales, por lo que no se evidencia violación a ningún derecho constitucional que pueda ser reparado con la protección constitucional solicitada y además que el amparo no es un medio de revisión de las actuaciones judiciales. Solicitó que se declare sin lugar el amparo. **D) Jorge Mario García Rodríguez**, tercero interesado, manifestó que: **a)** el hecho de que la resolución de segundo grado fue contraria a los intereses de la interponente no significa que la misma esté violando los principios y garantías constitucionales y demás contenidos en el ordenamiento jurídico interno; **b)** es de recordar que sus derechos fueron violados por la Juez Primero de Familia, al momento de dictar sentencia sin tomar en cuenta los medios de prueba propuestos y las excusas presentadas conforme a la ley; **c)** en el presente caso no existen hechos que examinar para determinar sobre violación de la ley, pues no existen pruebas que analizar para determinar que es el padre del menor. Solicitó que se declare sin lugar la acción de amparo. **E) El Ministerio Público** alegó que no encuentra razón alguna de reproche porque la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, formuló la tesis respectiva dentro de los parámetros fijados para el Tribunal de Casación por el artículo 630 del Código Procesal Civil y Mercantil actuando con base en las atribuciones legales conferidas. Solicitó se declare sin lugar el amparo.

### **CONSIDERANDO**

**-I-**

La Constitución Política de la República, en la Sección I del Capítulo II, que regula los derechos sociales, prevé protecciones jurídicas preferentes para aquellos integrantes de la familia en situación de desventaja real respecto de los demás. Tal es el caso de





los niños, quienes por su corta edad son incapaces de hacer valer sus derechos por sí mismos, corriendo el riesgo de que, por su indefensión, puedan caer en estado de abandono o maltrato. Dicha protección preferente se desarrolla en las leyes internas y en los tratados internacionales, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, que en su artículo 3º dispone que los tribunales deben atender primordialmente el interés del niño, el cual se considera superior. Por estas razones, las resoluciones de los jueces que afecten derechos de menores, deben, en cada caso concreto, tener en cuenta primordialmente los derechos de los niños garantizados en la Constitución y demás leyes aplicables. De no advertirse tal actitud es procedente, mediante esta vía, restituir sus derechos, a fin de que los jueces ordinarios reencaucen su actuación conforme a las normas que sobre su protección deben aplicarse.

En materia judicial, el amparo, si bien por disposición constitucional no puede convertirse en revisor del criterio asumido en las decisiones emanadas de los órganos instituidos para resolver los conflictos de intereses sometidos a su conocimiento, se constituye en contralor del respeto y observancia de los derechos reconocidos por el ordenamiento legal, a fin de hacer prevalecer éstos ante actuaciones jurisdiccionales que provoquen su menoscabo.

- II -

En el presente caso, Gloria Patricia Castañeda Garza, en el ejercicio de la patria potestad del menor Víctor Alfonso Castañeda Garza, acudió en amparo y señaló como acto reclamado la sentencia de dos de mayo de dos mil siete, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, que declaró sin lugar el recurso de casación de fondo contra el fallo dictado por la Sala de la Corte de Apelaciones de Familia en el juicio ordinario de paternidad y filiación que promovió contra Jorge Mario García Rodríguez. Considera que tal proceder vulneró los derechos de su menor hijo, ya enunciados, ya que la autoridad impugnada, al conocer del primer submotivo de casación, no tomó en consideración que la prueba científica de análisis comparativo de muestras de "ADN" es admisible en la legislación guatemalteca y no puede ser excluido como medio de prueba; de ahí que la Sala, en forma arbitraria negó la validez del apercibimiento, ya que en el caso de negativa de someterse al referido examen, se



tendría por cierta la paternidad de Jorge Mario García Rodríguez. Respecto al segundo submotivo, fundamentado en que el tribunal de alzada pretende negar valor probatorio a la prueba científica de “ADN”, la autoridad impugnada, se limitó a indicar que las normas que se denunciaron, -como en el presente caso artículo 621, numeral 1º del Código Procesal Civil y Mercantil-, deben ser de carácter sustantivo y no procesal, razón por la cual el planteamiento era improcedente. Respecto al último submotivo invocado, la autoridad impugnada sustentó el rechazo en la facultad jurídica que tienen los jueces, respecto al artículo 181 de la Ley del Organismo Judicial de decretar apercibimientos, así como el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia que establece facultades discrecionales al tribunal de familia. Por último, el Tribunal de Casación en el tercer considerando de la sentencia, se limitó a indicar que los artículos citados en la interposición de dicho recurso son normas de carácter procesal y como tal, no pueden servir de base para sostener una casación de fondo, cuyo carácter es eminentemente sustantivo.

El desarrollo jurisprudencial de esta Corte ha demostrado que no pueden ser ajenas al ámbito de protección del amparo, las sentencias emanadas de los Tribunales de Casación, al atenderse fundamentalmente a la amplitud del ámbito de protección que, según disposición del artículo 265 de la Constitución Política de la República, se confiere a la institución del amparo. La pertinencia del otorgamiento de amparo contra este tipo de sentencias no ha sido una cuestión novedosa o ajena para este Tribunal, que desde sus inicios falló en tal sentido (según se puede evidenciar en la sentencia de veinte de agosto de mil novecientos ochenta y seis, dictada en el expediente ocho – ochenta y seis [8-86]); y que a lo largo de su historia ha sentado un criterio jurisprudencial que ha llevado a precisar que, respetando desde luego, la potestad de juzgar del supremo tribunal en materia ordinaria, los derechos a la seguridad jurídica y a la justicia garantizados en los artículos 2º y 203 de la Constitución, han de observarse en las sentencias de casación al ejercer el control de legalidad que corresponde a la Corte Suprema de Justicia, de manera que “de inobservarse [tales derechos] sus decisiones son revisables en la vía reparadora del amparo” (doctrina legal contenida en tres sentencias de veintiuno de febrero de dos mil uno, dictadas en los expedientes setecientos treinta y cuatro – dos mil, setecientos cincuenta y uno – dos mil y



setecientos setenta y nueve – dos mil [734-2000, 751-2000 y 779-2000], y reiterada en las sentencias de seis de diciembre de dos mil cuatro, dictada en el expediente ochocientos noventa – dos mil cuatro [890-2004] y ocho de marzo de dos mil seis, dictada en el expediente mil seiscientos cincuenta y dos – dos mil cinco [1652-2005]).

**-III-**

Como cuestión preliminar, respecto al submotivo de interpretación errónea de la ley, la autoridad impugnada consideró: "...al analizar dicho planteamiento, se denuncia como infringida una norma de estimativa probatoria, a ese respecto cabe expresar que cuando se invoca cualquiera de los submotivos regulados en el artículo 621, numeral 1º del Código Procesal Civil y Mercantil (violación, aplicación indebida o interpretación errónea) las normas que se denuncian como infringidas deben ser de carácter sustantivo y no procesal, razón por la cual el planteamiento es improcedente, por lo que este submotivo también debe desestimarse...". Al proceder al estudio de la citada consideración, esta Corte estima pertinente señalar lo siguiente: **a)** el recurso extraordinario de casación constituye un medio de impugnación limitado tanto en su interposición, como en los motivos que determinan su procedencia. En efecto, no ante cualquier resolución judicial se viabiliza el planteamiento del recurso (artículo 620 del Código Procesal Civil y Mercantil); e igualmente, es la ley la que recoge los motivos específicos (*numerus clausus*) que determinan los casos por los cuales puede impugnarse en casación; es decir, que no cualquier agravio imputable al fallo reputado consiente la interposición del recurso; **b)** el ordenamiento procesal civil y mercantil, para los efectos de recurrir en casación, hace referencia a dos tipos de errores imputables al tribunal inferior, siendo éstos los vicios de fondo –*in iudicando*- y los vicios de forma –*in procedendo*-, los primeros, relativos a errores en el juicio, es decir, en la decisión que pone fin a la controversia surgida entre las partes; y los segundos, concernientes a violaciones suscitadas en la tramitación del proceso que inciden directamente en el fallo, de ahí que la ley las integre bajo la denominación única de quebrantamiento substancial del procedimiento. Respecto de los motivos de fondo, vale acotar que el Código Procesal Civil y Mercantil contempla dentro de estos tanto la violación, aplicación indebida o interpretación errónea de leyes –*error en el derecho*- o doctrinas legales aplicables (artículo 621 numeral 1º), como el error de derecho o de hecho en la



apreciación de la prueba (numeral 2º del artículo en mención), vicios que, indudablemente, inciden en forma directa en la resolución del proceso; es decir, en el fondo del asunto sometido a discusión; **c)** conforme lo anotado, cabe afirmar que los motivos de casación se diferencian notoriamente entre sí, tanto en el vicio que determina su procedencia, como en los efectos producidos ante su eventual estimación. De esa cuenta, en el submotivo de fondo contenido en el numeral 1º del artículo 621 del Código Procesal Civil y Mercantil, concerniente a violación, aplicación indebida o interpretación errónea de ley, la doctrina y la jurisprudencia han limitado su viabilidad ante la infracción de normas de orden sustantivo, criterio que es dable de ser ampliado al concepto de normas materiales o sustanciales, cuya aplicación atañe a la solución del conflicto de intereses sometido al conocimiento y resolución del órgano jurisdiccional. En ese sentido, la doctrina ha entendido por normas sustanciales las que, frente a la situación fáctica en ellas contempladas, declaran, crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas entre las partes implicadas en la hipótesis legal (Cardoso Isaza, Jorge, Manual Práctico de Casación Civil, Colombia, Librería Temis Editorial, 1984, página 107). Por su parte, ante vicios por quebrantamiento substancial del procedimiento, se ha entendido que la denuncia de infracción normativa debe recaer sobre preceptos de orden procesal, es decir, normas que establezcan la forma de actuación del juez o de las partes en el procedimiento específico del cual penda el recurso planteado. En lo que concierne a los efectos del recurso, es menester indicar que, de acoger el tribunal el motivo de fondo, casará la sentencia y fallará como en Derecho corresponda (artículo 630 del Código de mérito), cuestión lógica, pues si lo que se aprecia es error en la decisión del tribunal inferior, el superior deberá anular ésta y resolver el asunto de manera acertada; por su parte, ante la procedencia del motivo de forma, lo que el tribunal advierte es error en el diligenciamiento del procedimiento, debiendo anular las actuaciones viciadas y ordenar la renovación del trámite con arreglo a la ley (artículo 631); y **d)** por otro lado, el autor Eduardo Pallarés en su Diccionario de Derecho Procesal Civil refiere en cuanto a que “las normas materiales: son las normas que inmediatamente componen un conflicto de intereses, o sean los preceptos legales que determinan de qué manera ha de resolverse el conflicto. En la doctrina de Carnelutti equivalen al derecho sustantivo de Benthan. Se contraponen a las normas



instrumentales o formales, que en el pensamiento del jurisconsulto inglés recibieron la denominación de derecho adjetivo. Carnelutti dice: 'Las normas materiales componen inmediatamente un conflicto de intereses, imponiendo una obligación y atribuyendo, eventualmente un derecho subjetivo; las normas instrumentales lo componen, mediatamente, atribuyendo un poder de componerlo e imponiendo correlativamente una sujeción' (...). Gran parte de las normas que constituyen el derecho procesal son instrumentales, pero también las hay materiales. Carnelutti señala entre esas, las que determinan el poder – deber del juez y de los diversos funcionarios y empleados de los tribunales, con respecto a las partes que litigan; las obligaciones y derechos correlativos de las partes entre sí y con los terceros, que surgen en el proceso, tales como las de pagar las costas, indemnizar los daños y perjuicios, remunerar a los testigos y peritos, etc.”.

#### **-IV-**

El conflicto que ahora se somete a conocimiento de la jurisdicción constitucional, ha tenido su origen en la pretensión de Gloria Patricia Castañeda Garza, en el ejercicio de la patria potestad del menor hijo Víctor Alfonso Castañeda Garza, de que se declare la paternidad y filiación que promovió contra Jorge Mario García Rodríguez; a esa pretensión por vía de la casación, el demandado logró que se confirmara lo resuelto por la Sala de la Corte de Apelaciones de Familia, respecto a declarar sin lugar el juicio de mérito. Del estudio respectivo, se advierte que en el fallo reclamado, la autoridad impugnada, se adentró en el conocimiento y resolución de los motivos invocados mediante el recurso de casación interpuesto; sin embargo, al resolver el segundo submotivo invocado -interpretación errónea de la ley-, hizo alusión que el artículo 191 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual por pertinente se cita: “(...) en caso de que así conviniera la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos u otros, y en general cualesquiera experimentos o pruebas científicas”, es de carácter procesal y no sustantivo; pues es de estimativa probatoria, razón por la cual el planteamiento era improcedente. Esta Corte considera que, dado el contenido de la norma de mérito, respecto a lo que comprenden los medios científicos de prueba regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, y en vista de lo considerado, devenía oportuno y exigible al Tribunal de Casación que



considerara la naturaleza de la norma relacionada, en atención a su aplicación al caso concreto, pues su regulación podría conllevar a presumir, -como alega la postulante- que tal naturaleza exigía adentrarse en el conocimiento de fondo. Por esa razón, y en virtud de lo regulado en la Sección I del Capítulo II de la Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente los artículos 47 y 51 y el artículo 3º de la Convención Sobre los Derechos del Niño, el cual establece: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen (...) los tribunales, (...) una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (...)”, procede otorgar la protección que solicita Gloria Patricia Castañeda Garza, en el ejercicio de la patria potestad de su menor hijo Víctor Alfonso Castañeda Garza, para el solo efecto de que en el nuevo fallo que habrá que dictarse como consecuencia de la decisión que se asume en esta sentencia, el Tribunal impugnado tome en cuenta los aspectos antes indicados y previo a adentrarse en el conocimiento del submotivo invocado, analice la pertinencia de realizar dicho estudio, en congruencia con la naturaleza de los principios generales del derecho de desarrollo integral y sostenible de la niñez, con la doctrina y normativa internacional en esta materia y con la naturaleza de la norma denunciada como infringida. Por todo lo anteriormente considerado, este Tribunal llega a la conclusión de que procede estimar la pretensión de otorgamiento de amparo, decisión que se hace sin condenar en costas a la autoridad impugnada, por presumirse buena fe en su actuación.

### **LEYES APLICABLES**

Artículos citados y 265, 268, 272 inciso b) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 7º, 8º, 10, 42, 43, 149, 163 inciso b), 185 y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y, 14 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

### **POR TANTO**

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I) Otorga** amparo a Gloria Patricia Castañeda Garza, en el ejercicio de la patria potestad de su menor hijo Víctor Alfonso Castañeda Garza y, como consecuencia: **a)** restaura a la postulante en la situación jurídica afectada, dejando en suspenso, en cuanto a ésta, la sentencia dictada el dos de mayo de dos mil siete por la Corte Suprema de Justicia,



Cámara Civil; **b)** para los efectos positivos de este fallo, la autoridad impugnada deberá dictar nueva sentencia en sustitución de la suspendida definitivamente, observando lo aquí considerado; **c)** se conmina a la autoridad impugnada a dar exacto cumplimiento a lo resuelto en este fallo, dentro del plazo de quince días contados a partir de la fecha en que reciba la ejecutoria respectiva, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se le impondrá multa de dos mil quetzales a cada uno de sus magistrados, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales correspondientes. **II)** No se condena en costas a la autoridad impugnada. **III)** Notifíquese y, con certificación de lo resuelto, devuélvase el antecedente.

**MARIO PÉREZ GUERRA  
PRESIDENTE**

**JUAN FRANCISCO FLORES JUÁREZ  
MAGISTRADO**

**ROBERTO MOLINA BARRETO  
MAGISTRADO**

**ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE  
MAGISTRADO**

**VINICIO RAFAEL GARCÍA PIMENTEL  
MAGISTRADO**

**MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ  
SECRETARIO GENERAL**



## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Guatemala, Guatemala: Ed. Serviprensa, 2005.

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Guatemala, Guatemala: Ed. Serviprensa, 2002.

ALBALADEJO, Manuel. **La relación, las cosas y los hechos jurídicos**. Vol. II. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1985.

ARIAS SCHEREIBER, Max. **Genética y derecho**. Lima, Perú: Ed. el Comercio, 1985.

ARMY, Larkey. **Redefiniendo la maternidad: determinar la maternidad legal en los arreglos de subrogación gestacional**. Illinois, Estados Unidos de América: Ed. Southland, 2002.

BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. **Las obligaciones en el derecho moderno**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 2004

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Editorial Heliasta, 1979.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español, común y foral: derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general**. Madrid, España: Ed. Reus, 1974.

CHUMIL PORTILLO, Luis Francisco. **El negocio jurídico en la legislación guatemalteca**. Guatemala, Guatemala: Ed. Gráficas, 2007.

GASSTEIZ, Victoria. **La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana**. Madrid, España: Ed. Trivium, 1988.





GROSMAN, Cecilia. **Acción de Impugnación de la Paternidad del Marido**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abaco Rodolfo De Palma, 1982.

GÚZMAN MACHORRO, Juan Carlos. **Derecho civil de las personas y de la familia**. Guatemala, Guatemala: Ed. Fénix, 2012.

<http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf> (Guatemala, viernes 18 de enero de 2013)

[http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf) (Guatemala, viernes 18 de enero de 2013).

MARINA ERADES, Graciela. **Maternidad por otro y alquiler de útero**. Bogotá, Colombia: Ed. Rivera, 1992.

MORO MARTÍNEZ, María Jesús. **Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro**. México D.F., México: Ed. Fontamara, 2007.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2008.

PORRAS ESCOBAR, Wilfrido, DE LEÓN ESTRADA, Edgar Alberto y ESPINO PINTO, Victalino de Jesús. **Apuntes de derecho civil**. Guatemala, Guatemala: Ed. Jade, 2001.

ROCA MENÉNDEZ, Manuel Vicente. **Las Obligaciones Civiles**. Guatemala, Guatemala: Ed. Fénix, 2008.

ROCA MENÉNDEZ, Manuel Vicente. **Del Negocio Jurídico y las Obligaciones en Particular**. Guatemala, Guatemala: Ed. Fénix, 2010.

REYES FARFÁN, Ana María. **Implicancias de la reproducción asistida en el derecho de familia**. Lima, Perú: Ed. Monte María, 1998.



Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva. **Tecnologías de reproducción asistida, guía para pacientes, 2009.**

VARSÍ ROSPIBLOSI, Enrique. Enrique. **Filiación, derecho y genética.** 4ta Ed. Lima, Perú: Ed. Grisley, 2001.

VÁSQUEZ ORTÍZ, Carlos Humberto. **Derecho civil II.** Guatemala, Guatemala: Ed. Pineda Vela, 2007.

VERA RAMÍREZ, Eduardo. **El control de la maternidad subrogada: argumentos a favor y en contra de concederle eficacia jurídica.** Paraguay, Paraguay: Editorial Solari, 1998.

#### **Legislación:**

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

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

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

**Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.**

**Ley de Adopciones. Decreto Número 77-2007.** Congreso de la República de Guatemala, 2007.

**La Declaración Universal del los Derechos Humanos.** Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948.

**Convención Sobre los Derechos del Niño.** Ratificada por el Congreso de la República de Guatemala, el 10 de mayo de 1990, mediante Decreto 27-90.



**Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.** 01 diciembre de 2010.

**Ley N°. 5487-1 Sobre la Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación de Rusia.** 22 de junio 1993

